

# **LA CONSTITUCIÓN REFORMADA**

## **Treinta años después**

Coordinadores

**LEANDRO ABEL MARTÍNEZ  
LUCIANO DURRIEU**

---

**ALFONSO - ALONSO REGUEIRA - ALVADO - ÁLVAREZ ALONSO  
BENCE PIERES - CARSÉN NICOLA - CHACÓN - COLOMBANO  
DOLABJIAN - DURRIEU - ETCHEVERRY - FLORES COLLAZO  
FREEDMAN - GARCÍA - GASCUE - LÓPEZ ALFONSÍN - MARTÍNEZ  
PENNELL - REY - RÍOS - RODRÍGUEZ - RUBIO - SPOTA - WÜST**



## LA CONSTITUCIÓN REFORMADA

Treinta años después



# **LA CONSTITUCIÓN REFORMADA**

## **Treinta años después**

Coordinadores

**LEANDRO ABEL MARTÍNEZ  
LUCIANO DURRIEU**



**ALFONSO - ALONSO REGUEIRA - ALVADO - ÁLVAREZ ALONSO  
BENCE PIERES - CARSEN NICOLA - CHACÓN - COLOMBANO  
DOLABJIAN - DURRIEU - ETCHEVERRY - FLORES COLLAZO  
FREEDMAN - GARCÍA - GASCUE - LÓPEZ ALFONSÍN - MARTÍNEZ  
PENNELLA - REY - RIOS - RODRÍGUEZ - RUBIO - SPOTA - WÜST**

1<sup>a</sup> Edición: Octubre de 2025

MARTÍNEZ, LEANDRO ABEL

La Constitución reformada - Treinta años después / Leandro Abel Martínez; Luciano Durrieu (Coord) 1a. edición especial - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2025.

272 págs.; 23x16 cm.

Edición para Asociación de Docentes UBA, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

ISBN 978-987-46364-4-7

1. Derecho Constitucional. I. Durrieu, Luciano II. Título.

CDD 342.02

**Edición:**

Edición de estilo a cargo de la Lic. Clarisa Analía Vittoni

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página.

Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina

## ÍNDICE

<b>Prólogo .....</b>	<b>15</b>
Leandro Abel Martínez	
<b>El espíritu constituyente en el amparo, a treinta años de la reforma constitucional de 1994.....</b>	<b>17</b>
Augusto Alfonso	
I. Introducción .....	17
II. La génesis pretoriana y legislativa: un camino hacia la constitucionalización .....	18
II.I. La etapa pretoriana (1957-1966): la audacia de la Corte en Siri y Kot .....	18
II.II. Los laboratorios federales: el amparo en las constituciones provinciales .....	19
II.III. La etapa legislativa restrictiva (1966-1994): la Ley 16.986 y la contención del instituto.....	19
III. La voluntad del constituyente de 1994: el «Nunca más» a la indefensión ciudadana .....	19
IV. La evolución jurisprudencial posreforma: la reconfiguración del amparo por la Corte Suprema .....	20
IV.I. El nacimiento del amparo colectivo: de Verbitsky a Halabi .....	21
IV.II. La tutela de los bienes comunes: el amparo ambiental y el precedente Mendoza.....	21
IV.III. La justiciabilidad de los DESCA: de Badaro a Patterer y la doctrina del contenido mínimo esencial .....	22
IV.IV. El amparo por mora y la lucha contra la inacción administrativa .....	22
V. El futuro del amparo: acceso a la justicia y la brecha digital .....	23
V.I. El expediente digital y las nuevas barreras de acceso para los vulnerables .....	23
V.II. El amparo como herramienta para la inclusión digital.....	23
V.III. La necesaria adaptación del proceso para una tutela judicial efectiva .....	24
VI. Conclusión: del espíritu del 94 a los derechos de cuarta generación....	24
<b>Fontevecchia. Un sismo de sentencias en reversa .....</b>	<b>25</b>
Enrique Alonso Regueira	

I. Sismo.....	25
II. Réplica .....	28
III. Richter menguante .....	30
IV. Sismo, o presismo .....	31
V. Liquefacción.....	33
<b>Riqueza, distribución y derechos fundamentales en la Constitución de 1994.....</b>	<b>35</b>
Maite Alvado	
I. Una introducción al debate abierto.....	35
II. Un breve recorrido en torno a las reformas constitucionales y el modelo económico .....	36
III. Sobre los recursos .....	38
IV. Sobre la distribución y la redistribución .....	40
V. Sobre los derechos fundamentales .....	41
VI. Conclusión .....	43
<b>El reconocimiento complaciente y el derecho constitucional-convencional, a partir de la reforma constitucional de 1994.....</b>	<b>45</b>
José Álvarez Alonso	
I. Introducción .....	45
II. Efectos de la carencia de legitimación para obrar del reconociente en la identidad del niño/a reconocido/a .....	46
II.I. La legitimación.....	46
II.II. El planteo del problema a partir de un caso real .....	47
II.III. Marco Normativo .....	48
III. Doctrina .....	52
IV. Jurisprudencia.....	54
V. Reflexiones finales.....	55
<b>Coparticipación Federal de Impuestos: una deuda con la Constitución .....</b>	<b>57</b>
Ignacio E. Bence Pieres	
I. Breve reseña histórica.....	57
II. El régimen vigente y algunas críticas .....	59
III. Obstáculos y propuestas para el dictado de la ley-convenio.....	61
IV. Los criterios distributivos .....	64
V. Palabras finales .....	66
<b>Aproximación al derecho constitucional .....</b>	<b>67</b>
Diego A. Dolabjian	
I. Introducción .....	67
II. Organización de los poderes públicos y sus controles .....	67
II.I. Formas de Estado y de Gobierno .....	68

II.II. Apuntes sobre las formas de Estado .....	69
II.III. Apuntes sobre las formas de Gobierno.....	71
III. Consagración de los derechos fundamentales y sus garantías.....	75
III.I. Fórmulas de derechos .....	75
III.II. Apuntes sobre los derechos constitucionales y los derechos humanos .....	77
III.III. Apuntes sobre los derechos fundamentales .....	78
IV. Conclusión .....	81
<b>Los Decretos de Necesidad y Urgencia a treinta años de la Reforma Constitucional .....</b>	<b>83</b>
Luciano Durrieu y Santiago Colombano	
I. Introducción .....	83
II. Los orígenes de los Decretos de Necesidad y Urgencia y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la Reforma Constitucional de 1994 .....	86
III. La introducción de los Decretos de Necesidad y Urgencia en la Reforma Constitucional de 1994 .....	90
IV. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la interpretación del nuevo artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional .....	92
V. Conclusiones .....	99
<b>Validez constitucional y vigencia de la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa para la habilitación de la instancia judicial, tras la Reforma Constitucional de 1994 .....</b>	<b>101</b>
Ana Lucía Etcheverry y Santiago Rubio	
I. Introducción .....	101
II. Agotamiento de la vía administrativa para la habilitación de la instancia judicial: prerrogativa estatal y condición de admisibilidad de la demanda en el proceso contencioso administrativo .....	102
II.I. Prerrogativa estatal .....	102
II.II. Condición para la admisibilidad de la demanda .....	104
III. Regulación normativa .....	105
III.I. El instituto en la Constitución nacional .....	105
III.II. La tutela judicial efectiva y el principio de razonabilidad.....	110
III.III. Una breve reseña del esquema legal vigente .....	111
III.IV. El esquema actual.....	113
IV. La constitucionalización de la acción de amparo.....	116
IV.I. Creación pretoriana y regulación legal .....	117
IV.II. La constitucionalización del instituto y su recepción jurisprudencial.....	119
V. Colofón.....	122

<b>La incorporación de la Defensa del Consumidor en el artículo 42 de la Constitución nacional .....</b>	125
María Sol Flores Collazo	
I. Introducción .....	125
II. Incorporación del artículo 42 de la Constitución nacional. Protección al consumidor.....	126
III. Libre comercio versus protección al consumidor .....	127
IV. Conclusión .....	130
<b>Estándares jurisprudenciales en materia de plazo razonable de duración del proceso penal .....</b>	131
Diego Freedman	
I. Introducción .....	131
II. La garantía de plazo razonable de duración del proceso penal.....	131
III. Los criterios relevantes para determinar la afectación de la garantía de duración razonable del proceso penal .....	136
IV. La garantía de duración razonable del proceso penal y la prescripción de la acción procesal.....	148
V. Reflexiones finales.....	150
<b>Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación.</b>	
<b>Expectativas y balance a treinta años de su creación .....</b>	153
Andrés Leandro García	
I. Introducción .....	153
II. Función de administrar el Poder Judicial .....	161
III. Proceso de selección de magistrados.....	162
IV. Disciplina y acusación.....	165
<b>Las deudas pendientes en materia de género. Promesas de papel .....</b>	171
Camilia Gascue y Delfina Chacón	
I. Introducción .....	171
II. Derecho a la igualdad y a la no discriminación.....	171
III. Feminismo constitucional .....	173
IV. Marco internacional.....	173
V. Marco nacional .....	175
VI. Normativa versus realidad .....	176
VII. Conclusión .....	179
<b>La conveniencia de un tribunal constitucional para hacer más eficaz el control de constitucionalidad en Argentina. A modo de homenaje al profesor Germán J. Bidart Campos.....</b>	181
Marcelo Alberto López Alfonsín	
I. El porqué de una nueva elección del tema en este homenaje.....	181
II. Sobre quién debe defender la Constitución .....	182

III. La discusión sobre la interpretación constitucional .....	186
IV. La opinión de Bidart Campos y nuestros comentarios .....	188
IV.I. Sobre la supremacía constitucional.....	189
IV.II. Sobre el denominado «bloque de constitucionalidad» .....	190
IV.III. Sobre la relación entre supremacía y control de constitucionalidad.....	191
IV.IV. Sobre los «contenidos pétreos».....	192
V. Un intento de respuesta actual a una vieja cuestión .....	193
<b>Derecho constitucional del enemigo.....</b>	<b>197</b>
Leandro Abel Martínez	
<b>A treinta años de la reforma constitucional de 1994: el exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo nacional y su injerencia en el sistema de control interno de las universidades nacionales .....</b>	<b>203</b>
María Laura Pennella	
I. Introducción .....	203
II. La potestad reglamentaria del órgano ejecutivo .....	204
II.I. Límites a la potestad reglamentaria.....	205
II.II. Control de razonabilidad .....	206
III. El alcance de la autonomía universitaria .....	207
IV. Dictado del Decreto 72/2018 .....	208
IV.I. El sistema de control interno de las universidades nacionales.....	209
IV.II. Las modificaciones introducidas por el Decreto 72/2018 en las designaciones de los auditores internos.....	211
IV.III. Conformación de los sistemas de control interno de las universidades nacionales .....	213
IV.IV. Panorama posterior a la entrada en vigencia del Decreto 72/2018.....	214
V. Conclusión .....	216
<b>La doctrina Miranda y su inexplicable desconocimiento en el sistema de enjuiciamiento penal nacional y federal.....</b>	<b>219</b>
Gabriel Gonzalo Rey	
I. Introducción .....	219
II. Punto de partida .....	220
III. Finalidad .....	222
IV. El cambio de paradigma.....	224
IV.I. Resumen de la sentencia dictada por la Suprema Corte en Miranda v. Arizona .....	225
IV.II. Comentario.....	226
V. La garantía contra la autoincriminación–Concepto-Marco Constitucional y Legal-Alcances .....	226

V.I. Concepto .....	226
V.II. Marco constitucional y legal .....	228
V.III. Alcances .....	230
VI. La doctrina de la validez de las manifestaciones espontáneas o requeridas sin consentimiento informado.....	233
VII. A modo de conclusión: la regla negativa de verificación y la doctrina Miranda de necesaria aplicación en el sistema penal nacional de la República Argentina .....	236
<b>Treinta años de la reforma constitucional argentina: perspectiva ambiental y desafíos actuales .....</b>	<b>239</b>
Facundo Rios y María Soledad Carsen Nicola	
I. Introducción .....	239
II. Antecedentes de nuestra cláusula constitucional ambiental.....	240
III. El marco jurídico argentino .....	243
IV. Balance actual a treinta años de la reforma .....	246
<b>Relaciones de consumo de niños, niñas y adolescentes .....</b>	<b>249</b>
Paula Eugenia Rodríguez	
I. Introducción .....	249
II. Derechos de las consumidoras y los consumidores .....	249
III. Niños, niñas y adolescentes como consumidores .....	250
IV. Normativa específica de NNYA en el ámbito del derecho del consumidor.....	253
V. A modo de conclusión .....	255
<b>Capacidad reglamentaria de los poderes constituidos con respecto al quehacer del poder reformador de 1994 .....</b>	<b>257</b>
Alberto Antonio Víctor Luis Spota	
I. Introducción .....	257
II. Validez constitucional de la transferencia por parte del poder constituyente derivado en favor de los poderes constituidos de competencias reformadoras que aquel recibió del Congreso de la Nación en los términos de la ley declarativa de la necesidad de la reforma (art. 30 de la Constitución nacional) .....	258
III. Los poderes constituidos ante el mandado del constituyente reformador .....	259
IV. De la capacidad de los poderes ejecutivo y judicial de tornar operativos, ante la omisión del Poder Legislativo, aquellos institutos de carácter programático que fueron incorporados en 1994 por el poder constituyente .....	260
<b>Garantía de la doble instancia .....</b>	<b>263</b>
Graciela Wüst	

I. Introducción .....	263
II. Doble instancia es también garantía del debido proceso .....	265



## PRÓLOGO

Los escritos reunidos en el presente volumen pretenden constituir un aporte de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho a los debates académicos en torno a la versión actual de la Constitución nacional. La nómina de autores y la diversidad de temas abordados dan cuenta de la pluralidad de ideas y de pertenencias que hacen a la institución universitaria que nos cobija. Las libertades académicas que aquí se ejercen han sido garantizadas con la autonomía constitucional concedida a las universidades nacionales en la reforma constitucional de 1994.

En *Origen y naturaleza del poder constituyente*, uno de los grandes maestros del Derecho Constitucional del siglo xx, Alberto Antonio Spota (1970), enseñaba que el poder constituyente originario es el poder político que se juridiza al normarse. Explicaba que el ejercicio del poder constituyente –originario o reformador– se configuraba: «... cuando la juridización habida, tiene valimiento, validez y vigencia durante un plazo razonablemente extenso, para que se reconozca objetivamente su durabilidad efectiva» (p. 79). Treinta años después, la premisa enunciada por Spota se encuentra cumplida.

El título de nuestro libro tiene la aspiración de honrar la figura y la obra de Germán J. Bidart Campos. En ese afán, se reproduce parcialmente la denominación de su trabajo *Manual de la Constitución reformada*, publicado en 1996. El subtítulo de la contribución evoca –con una década de diferencia y permítaseme la licencia– la novela *Veinte años después* (1845) de Alejandro Dumas. La historia es la segunda parte de la trilogía conformada por *Los tres mosqueteros* (1844) y el *El vizconde de Bragelonne* (1847), transcurre en Francia durante la sublevación de La Fronda (1648-1653). Las insurrecciones fueron producto, principalmente, del descontento hacia la monarquía absoluta encarnada en ese momento por la regenta Ana de Austria. Y, justamente, es el nacimiento del constitucionalismo la herida mortal de los absolutismos monárquicos.

Dice el refrán que «es de bien nacido ser agradecido». Agradezco, entonces, a las columnas dóricas de la Asociación de Docentes: Alberto Antonio Víctor Luis Spota y Enrique Alonso Regueira, síntesis del profesionalismo en el ejercicio de la abogacía y de la judicatura. A los artífices de la publicación: Luciano Durrieu y Sol Flores Collazo, ambos abanderados del espíritu docente universitario. A

la *alma mater*: la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Ella, motor del progreso y símbolo de la fraternidad.

Villa Crespo, invierno de 2025. En las vísperas de la llegada de mi niña Elena.

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ  
Presidente  
Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho

# EL ESPÍRITU CONSTITUYENTE EN EL AMPARO, A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

AUGUSTO ALFONSO\*

## I. INTRODUCCIÓN

En *El espíritu de las leyes*, Charles-Louis de Secondat, barón de Montesquieu, abre su tratado con una definición que sienta las bases de toda su construcción teórica: las leyes, en su sentido más amplio, «son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas», el resultado lógico y necesario de un conjunto de factores interconectados. El «espíritu» de las leyes es, precisamente, la suma de todas estas relaciones, el principio unificador que explica por qué una sociedad tiene las leyes que tiene; no como edictos abstractos, sino como el producto orgánico de las condiciones particulares de una nación. Este «espíritu» es el alma de una comunidad, la lógica interna que da forma a su sistema legal. Dentro de este marco, la teoría de la separación de poderes emerge no como una fórmula rígida, sino como el mecanismo institucional más sofisticado para preservar la libertad, haciendo que «el poder frene al poder».

¿Por qué existe, entonces, el instituto del amparo en la Constitución nacional argentina? Su «espíritu» no puede entenderse sin analizar la naturaleza de las cosas de la Argentina de finales del siglo xx. La «constitucionalización» del amparo fue vista como una herramienta clave para empoderar a los ciudadanos, un «Nunca más» a la indefensión del individuo frente a la arbitrariedad estatal. Esta consagración es una manifestación clara del constitucionalismo moderno: los derechos de las personas como fin, el poder del Estado como un medio y la relación de subordinación del medio al fin. De este modo, el amparo se convirtió en el principal instrumento de control judicial en poder del ciudadano sobre los actos de poder.

Este artículo sostiene que el espíritu del amparo constitucionalizado en 1994 fue la consolidación de un pacto democrático para transformar declaraciones de

\* Abogado (UCA), docente del Departamento Práctica Profesional (Facultad de Derecho UBA). Contacto: abg.augustoalfonso@gmail.com.

derechos en prerrogativas justiciables. Se explorará esta tesis a través de tres ejes: su génesis histórica, su reconfiguración jurisprudencial posreforma y sus desafíos futuros en la era digital.

## **II. LA GÉNESIS PRETORIANA Y LEGISLATIVA: UN CAMINO HACIA LA CONSTITUCIONALIZACIÓN**

La historia del amparo en Argentina revela un patrón fundamental: un ciclo de expansión judicial audaz seguido de una contracción política restrictiva. La Corte Suprema, actuando como un poder contramayoritario, creó una herramienta poderosa para la defensa de los derechos, y el poder político de turno, particularmente el de facto, reaccionó para contenerla. Este ciclo de tensión entre la judicatura y la política es la «naturaleza de las cosas» de la que emerge la necesidad de la reforma de 1994. La constitucionalización del amparo puede entenderse como el intento definitivo de romper este ciclo, otorgando a la creación judicial una jerarquía normativa que la protegiera de las reacciones políticas coyunturales y la consolidara como un pilar del Estado de derecho.

### *II.I. La etapa pretoriana (1957-1966): la audacia de la Corte en Siri y Kot*

Ante la inacción del Poder Legislativo para crear una vía procesal que tutelara los derechos constitucionales –más allá de la libertad física protegida por el *habeas corpus*–, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió un rol protagónico. En dos fallos emblemáticos, actuó como un verdadero poder contramayoritario, supliendo la omisión legislativa y dando nacimiento al amparo en el ordenamiento federal.

El primer hito fue el caso *Siri, Ángel* (1957). Ante la clausura de un periódico por parte de la autoridad policial sin orden judicial, la Corte estableció que la garantía de la libertad de imprenta no podía quedar desprotegida. En un pasaje que se convertiría en la piedra angular del constitucionalismo argentino, el tribunal afirmó que las garantías individuales «existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias»<sup>1</sup>. Con este argumento, la Corte declaró la operatividad directa de la Constitución y creó, por vía pretoriana, un remedio para hacerla efectiva contra los actos de la autoridad pública.

Apenas un año después, en el caso *Kot, Samuel S.R.L.* (1958), la Corte fue aún más lejos. Frente a la ocupación de una fábrica por parte de un grupo de obreros en el marco de un conflicto gremial, extendió la procedencia del amparo a los actos lesivos provenientes de particulares. El Máximo Tribunal razonó que la protección judicial de los derechos esenciales «no tolera dilaciones» y que la

1 CSJN, “Siri, Ángel s/ recurso de hábeas corpus”, 27/12/1957, *Fallos*: 239:459.

garantía se centra en la persona agraviada para restaurar sus derechos, sin que sea determinante si la lesión proviene de la autoridad o de otros individuos.<sup>2</sup>

### *II.II. Los laboratorios federales: el amparo en las constituciones provinciales*

Es menester señalar que el federalismo argentino actuó como un verdadero laboratorio para esta garantía. Mucho antes de los fallos mencionados, diversas constituciones provinciales ya habían consagrado «fórmulas amparistas», demostrando una temprana preocupación por la tutela efectiva de los derechos en el ámbito local. La provincia de Santa Fe fue pionera al incorporar un «recurso jurisdiccional de amparo» en su Constitución de 1921<sup>3</sup>. Le siguieron la Constitución de Entre Ríos de 1933, con sus innovadores mandamientos de ejecución y prohibición<sup>4</sup>, y la del Chaco de 1957, que también previó una acción de amparo antes de la creación pretoriana federal<sup>5</sup>.

### *II.III. La etapa legislativa restrictiva (1966-1994): la Ley 16.986 y la contención del instituto*

A la etapa de creación judicial le siguió un período de regulación legislativa que, paradójicamente, implicó un retroceso. La Ley 16.986, dictada en 1966 por el gobierno de facto del general Onganía, fue una réplica de la jurisprudencia expansiva de la Corte. Si bien se la presentó como una reglamentación del amparo, en la práctica significó un notorio retroceso. A través de una serie de requisitos de procedencia, plazos de caducidad y exclusiones, se procuró acotar y reducir el campo de acción de un instrumento procesal que, en manos de la Corte, había demostrado ser una herramienta formidable para la defensa de los derechos constitucionales<sup>6</sup>. Esta norma puede ser interpretada como un esfuerzo del poder de facto para retomar el control sobre una garantía que había surgido, precisamente, para controlar al poder.

## **III. LA VOLUNTAD DEL CONSTITUYENTE DE 1994: EL «NUNCA MÁS» A LA INDEFENSIÓN CIUDADANA**

La inclusión del artículo 43 en la Constitución nacional no fue un mero ajuste técnico, sino la pieza central de un nuevo pacto de gobernabilidad democrática. Los debates de la Convención Constituyente revelan un diagnóstico profundo sobre la fragilidad histórica de la democracia argentina y una voluntad

2 CSJN, “Kot, Samuel S.R.L. s/ acción de amparo”, 05/09/1958, *Fallos*: 241:291.

3 Provincia de Santa Fe, Constitución de la provincia de Santa Fe, art. 17.

4 Provincia de Entre Ríos, Constitución de la provincia de Entre Ríos, arts. 26 y 27.

5 Provincia de Chaco, Constitución de la provincia de Chaco, art. 19.

6 Ley 16.986, art. 2.

decidida de superarla<sup>7</sup>. La idea de que los derechos son «anteriores y superiores a toda organización jurídico-política» y que el Estado no los crea, sino que meramente los «reconoce y tutela», representó una ruptura filosófica con el pasado autoritario. En este nuevo paradigma, el artículo 43 no es solo una herramienta procesal; es un mecanismo de empoderamiento ciudadano concebido como un contrapeso estructural para disuadir «tentaciones autoritarias» y consolidar una democracia sustantiva.

El contexto histórico era claro: la necesidad de consolidar definitivamente el sistema democrático recuperado en 1983, modernizar las estructuras del Estado y fortalecer los mecanismos de protección de los derechos humanos tras décadas de inestabilidad institucional y violaciones sistemáticas. Los discursos de los convencionales reflejan un anhelo por un Estado más eficiente, que se centrara en sus funciones indelegables como la justicia, la salud y la educación, y que a la vez garantizara el máximo protagonismo a los ciudadanos<sup>8</sup>.

En este marco, la inclusión del artículo 43 fue la respuesta directa a un mandato de operatividad. Se pretendía transformar las declaraciones de derechos, a menudo consideradas «simples fórmulas teóricas», en prerrogativas reales y justiciables. El amparo fue concebido, así, como la herramienta procesal por excelencia para cerrar la brecha entre el derecho proclamado y el derecho efectivamente gozado. Fue calificado como «la garantía de las garantías», un derecho fundamental en sí mismo –el derecho a una tutela judicial efectiva y urgente– y, a la vez, una acción al servicio de la protección de casi todos los demás derechos y garantías<sup>9</sup>.

#### **IV. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL POSREFORMA: LA RECONFIGURACIÓN DEL AMPARO POR LA CORTE SUPREMA**

Tras la reforma de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se convirtió en la principal artífice de la reconfiguración del amparo. Su jurisprudencia no ha sido lineal; por el contrario, ha sido el campo de batalla donde coexisten en tensión dos modelos de amparo. Por un lado, un *amparo-proceso colectivo* expansivo, diseñado para el litigio estructural y la tutela de derechos que afectan a grandes grupos de la sociedad. Por otro, un *amparo-remedio individual* que a menudo reafirma el carácter subsidiario y excepcional heredado de la legislación

7 Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1994

8 Cita atribuida a Raúl Alfonsín, resume el espíritu de los objetivos perseguidos por la UCR en la Convención Constituyente. Múltiples convencionales de su partido (Varese, Quiroga Lavié, Hernández) defendieron la necesidad de “atenuar el presidencialismo” y “fortalecer los controles”. Véase Convención Nacional Constituyente, Diario de Sesiones, 1994.

9 Cita atribuida a Raúl Alfonsín, frecuentemente referenciada en la doctrina para subrayar la importancia de la jerarquía constitucional del amparo.

prerreforma. Esta dualidad no es una inconsistencia, sino la manifestación del poder discrecional de la Corte para definir, caso por caso, la agenda de los derechos y el alcance del control judicial sobre los otros poderes del Estado.

#### IV.I. *El nacimiento del amparo colectivo: de Verbitsky a Halabi*

El fallo *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus* (2005) representó un punto de inflexión<sup>10</sup>. Al admitir un *habeas corpus* colectivo para abordar la crisis estructural del sistema carcelario bonaerense, la Corte reconoció explícitamente la ineficacia del litigio individual para remediar violaciones sistemáticas de derechos humanos y abrió la puerta a las acciones de clase para enfrentar problemas de política pública<sup>11</sup>.

Pocos años después, en *Halabi, Ernesto* (2009), la Corte sistematizó esta doctrina. Al analizar la constitucionalidad de una ley que permitía la intervención de comunicaciones, el tribunal distinguió con precisión tres categorías de derechos: 1) *derechos individuales*; 2) *derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos* (como el ambiente); y 3) *derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos* (como los de usuarios y consumidores, o los de sujetos afectados por una misma causa fáctica). Para esta última categoría, la Corte estableció los requisitos para la procedencia de las acciones de clase, suplió la inacción del Congreso en la reglamentación del artículo 43 y consolidó una vía procesal para reclamos masivos<sup>12</sup>.

#### IV.II. *La tutela de los bienes comunes: el amparo ambiental y el precedente Mendoza*

En la causa *Mendoza, Beatriz Silvia y otros* (2008), la Corte asumió un rol sin precedentes en la dirección y control de una política pública compleja: el saneamiento de la Cuenca Matanza-Riachuelo. A través de un amparo ambiental colectivo, el tribunal no solo condenó al Estado nacional, la provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sino que fijó objetivos precisos (mejora de la calidad de vida, recomposición del ambiente y prevención de daños), impuso plazos y multas, y estableció un sistema de control de ejecución con participación ciudadana<sup>13</sup>. Este fallo consolidó al Poder Judicial como un actor central en la gobernanza ambiental y en la exigibilidad de políticas públicas.

10 CSJN, “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, 03/05/2005, considerando 15.

11 Filippini, Leonardo, “El fallo Verbitsky parece haber iniciado un camino para el litigio colectivo en materia de derechos humanos en la Argentina”, en *Litigio estructural y derechos sociales. El caso del derecho a la salud en la Argentina*, Buenos Aires: CELS, 2008, p. 1.

12 CSJN, “Halabi, Ernesto c/ P.E.N.”, 24/02/2009, considerando 12.

13 CSJN, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros...”, 08/07/2008, punto resolutivo 3.

#### *IV.III. La justiciabilidad de los DESCA: de Badaro a Patterer y la doctrina del contenido mínimo esencial*

Históricamente, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) fueron considerados meras declaraciones programáticas, no exigibles judicialmente. La acción de amparo ha sido el ariete que ha derribado este muro<sup>14</sup>. La jurisprudencia ha establecido que, si bien la implementación general de estos derechos corresponde a los poderes políticos, existe un *contenido mínimo esencial* que el Estado no puede dejar de garantizar, y cuya violación habilita la tutela judicial urgente.

El caso *Badaro, Adolfo* (2006-2007) fue paradigmático. Ante la omisión del Congreso de fijar por ley una movilidad jubilatoria justa, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la situación y, finalmente, ordenó aplicar un índice de actualización, sentando la doctrina de la «facultad-deber» del legislador y la plena justiciabilidad de los derechos previsionales<sup>15</sup>. Más recientemente, en *Patterer, Susana Alicia* (2023), la Corte reafirmó esta línea al declarar la inconstitucionalidad de un decreto que mantenía un tope «irrisorio» para la prestación por desempleo, desnaturalizando por completo su propósito social debido a la omisión de actualizarlo<sup>16</sup>.

#### *IV.IV. El amparo por mora y la lucha contra la inacción administrativa*

Además del amparo contra actos lesivos, la Ley 19.549 regula el amparo por mora, una herramienta para combatir la inactividad formal de la Administración. Su objeto es compelir a la autoridad a expedirse. Recientemente, la Ley 27.742 introdujo una reforma significativa: la facultad del juez para incluir en su sentencia el «apercibimiento de considerar aprobada la solicitud del peticionante» si la administración incumple la orden de pronto despacho<sup>17</sup>. Esta modificación, de consolidarse en la práctica, podría transformar radicalmente la eficacia del instituto, dotando al Poder Judicial de una herramienta de coerción mucho más potente frente a la inercia burocrática y alineándose con la tendencia expansiva del control judicial.

14 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2014, p. 35.

15 CSJN, “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, 08/08/2006, considerando 19.

16 CSJN, “Patterer, Susana Alicia c/ Estado Nacional s/ amparo”, 25/04/2023, considerando 9.

17 Ley 27.742, art. 1.

## V. EL FUTURO DEL AMPARO: ACCESO A LA JUSTICIA Y LA BRECHA DIGITAL

La digitalización de la justicia, simbolizada por el expediente electrónico, presenta una profunda paradoja para el amparo. Por un lado, promete agilizar los procesos, lo cual es congruente con la naturaleza «expedita y rápida» de esta garantía. Por otro, crea nuevas y significativas barreras de acceso para quienes carecen de conectividad, dispositivos o competencias digitales, una realidad conocida como «brecha digital»<sup>18</sup>. Esto genera una contradicción fundamental: el amparo, la herramienta por excelencia para garantizar el acceso a la justicia, corre el riesgo de volverse inaccesible precisamente para los más vulnerables, traicionando su espíritu fundacional. A su vez, el propio amparo se perfila como el instrumento idóneo para reclamar el acceso a internet como un nuevo derecho humano. El futuro de la efectividad del amparo está, por tanto, intrínsecamente ligado a resolver esta tensión.

### V.I. *El expediente digital y las nuevas barreras de acceso para los vulnerables*

La transición acelerada hacia el proceso electrónico, si bien busca la eficiencia, puede profundizar la exclusión de personas en situación de vulnerabilidad por razones económicas, culturales, etarias o de discapacidad. Las «Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad» establecen el deber de los Estados de remover los obstáculos que impidan la tutela judicial efectiva, un mandato que los sistemas judiciales digitales deben cumplir para ser considerados legítimos<sup>19</sup>. La falta de un diseño inclusivo en los portales judiciales y la exigencia de trámites exclusivamente *online* pueden constituir una denegación de justicia para vastos sectores de la población.

### V.II. *El amparo como herramienta para la inclusión digital*

Frente a este desafío, la acción de amparo emerge como la vía procesal adecuada para exigir al Estado el cumplimiento de su deber de garantizar la inclusión digital. El acceso a internet ya no es un lujo, sino un presupuesto para el ejercicio de derechos fundamentales como la educación, el trabajo, la salud y la libertad de expresión. Un amparo podría, por ejemplo, reclamar la implementación de políticas públicas de conectividad universal o programas de alfabetización digital, enmarcando el acceso a la tecnología como un derecho humano básico indispensable para la participación plena en la sociedad del siglo XXI.

18 Warlet, Rosa, “#Doctrina Brecha digital, vulnerabilidad y proceso electrónico”, *Microjuris*, 2023. Disponible en <https://aldiaargentina.microjuris.com/2023/12/31/doctrina-brecha-digital-vulnerabilidad-y-proceso-electronico/>

19 Cumbre Judicial Iberoamericana, Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008, Regla 25.

### V.III. *La necesaria adaptación del proceso para una tutela judicial efectiva*

En este contexto, los jueces que resuelven acciones de amparo tienen el deber de adaptar el proceso para no agravar la brecha digital. Esto implica aplicar una «perspectiva de vulnerabilidad», flexibilizando las formas procesales y garantizando que la tecnología sea un medio para facilitar el acceso a la justicia, no una barrera. Medidas como admitir presentaciones en formato papel en casos justificados, proveer asistencia tecnológica en los tribunales o interpretar las normas procesales de manera favorable al justiciable vulnerable son cruciales para que el amparo siga siendo una herramienta «expedita y rápida» para todos, y no solo para los digitalmente incluidos.

## VI. CONCLUSIÓN: DEL ESPÍRITU DEL 94 A LOS DERECHOS DE CUARTA GENERACIÓN

El «espíritu» que animó a los constituyentes de 1994 –la voluntad de empoderar al ciudadano, poner límites al poder y transformar derechos reclamados en realidades tangibles– no es una reliquia histórica. Es, por el contrario, la clave conceptual para enfrentar los desafíos que plantean los derechos de cuarta generación en la sociedad de la información<sup>20</sup>. La protección de la identidad digital, la autodeterminación informativa, el derecho al olvido y la no discriminación por parte de algoritmos representa la nueva frontera de la libertad individual frente a formas de poder, tanto estatal como corporativa, cada vez más complejas y opacas.

La amenaza a los derechos ya no proviene únicamente de la «arbitrariedad o ilegalidad manifiesta» de un acto administrativo clásico, sino también de la vigilancia masiva de datos, la manipulación algorítmica y la privatización de la esfera pública digital. En este nuevo escenario, la acción «expedita y rápida» de amparo, consagrada en el artículo 43, se revela como la garantía constitucional lógicamente destinada a proteger estas nuevas libertades.

El recorrido del amparo, desde su audaz creación pretoriana hasta su consolidación como motor de la expansión de los derechos sociales, ambientales y colectivos, demuestra su formidable plasticidad y su vigencia. A treinta años de la reforma, el espíritu del 94 se proyecta hacia el futuro, reafirmando al amparo no solo como la «garantía de las garantías» existentes, sino como el instrumento fundamental para asegurar «los beneficios de la libertad» a las generaciones venideras en un mundo inexorablemente digital.

20 Aquino Britos, Armando, “La 4<sup>a</sup> generación de derechos. La democracia constitucional como meta-garantía. Una mirada desde Argentina”, Monzón Wyngaard, Álvaro et al., *Derecho político. Temas de ayer y hoy*, Asociación Argentina de Derecho Político, 2018, pp. 142-165.

Disponible en <https://repositorio.unne.edu.ar/handle/123456789/27813>.

## FONTEVECCHIA. UN SISMO DE SENTENCIAS EN REVERSA

ENRIQUE ALONSO REGUEIRA\*

*Estoy sentado en un cráter desierto.  
Gustavo Cerati (1985)*

Abordaremos en el presente trabajo<sup>1</sup>, desde un punto de vista jurisprudencial, las implicancias y las particularidades que se han generado a partir del caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación conocido como «Fontevecchia» (2017)<sup>2</sup>. Este análisis tiene como presupuesto que el cambio de postura allí adoptado ha iniciado una suerte de diálogo entre el tribunal local y el interamericano. Nuestra intención es plasmar, de la manera más respetuosa posible, dicha «conversación»<sup>3</sup>. Finalmente, a modo de epílogo, mencionaremos el «impacto y la extensión» que ha tenido la cuestión en pronunciamientos posteriores.

### I. SISMO

La jurisprudencia de la Corte Suprema, históricamente, ha considerado con cierta prevalencia los pronunciamientos de los órganos del Sistema

\* Juez en lo Contencioso Administrativo Federal, profesor de grado y posgrado en materias relacionadas con el Derecho Administrativo o Tributario en la UBA, la UNLZ, la UNLAM y la UNPaz, secretario de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA. Contacto: enrique@alonsoregueira.com.ar.

1 Este artículo constituye, en sustancia, una nueva versión de Alonso Regueira, Enrique, *Discrecionalidad, Convencionalidad y Administradxs*, Buenos Aires, Lajouane, 1<sup>a</sup> edición, 2024, Capítulo III, Acápite VI.

2 CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’”, 2017, *Fallos*: 340:47.

3 Sobre la tensión o complementariedad existente entre los controles de convencionalidad y constitucionalidad, ver Martínez, Leandro y Rosatti, Emilio: “Ensayo sobre el margen de apreciación nacional y la jerarquía de las fuentes en el sistema constitucional argentino”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 17, n.º 1, noviembre de 2019, pp. 135-150; Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *LL*, 2009-D, 1205; Gelli, María Angélica, Gozaíni, Osvaldo y Sagüés, Néstor, “Control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad”, *LL*, 2011-B, 779; y Gil Domínguez, Andrés, “El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio: ¿una tensión difícil de superar?”, *LL*, 2010-B, 1302.

Interamericano de Derechos Humanos. Incluso, ha reconocido el carácter obligatorio de un informe final de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>4</sup>. En tal contexto, ha hecho especial hincapié en el deber que tiene el Poder Judicial de efectuar un control de convencionalidad respecto de las decisiones y normas que hayan sido dictadas por las autoridades constituidas<sup>5</sup>.

Esta doctrina, en un primer momento, se vinculó con el deber «de investigación y de punición de delitos aberrantes»<sup>6</sup> y luego se terminó por consolidar con el dictado del precedente «Rodríguez Pereyra» (2012). Allí se explicitó que las autoridades judiciales «de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están [obligadas] a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado». Pues, resultaría «un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango»<sup>7</sup>.

Ante esta aparente calma, el precedente Fontevecchia ha importado una suerte de sismo (o, al menos, un cambio de dirección)<sup>8</sup> en la jurisprudencia argentina, al determinar que no era obligatoria la sentencia de la Corte Interamericana que había resuelto que se dejara «sin efecto» una sentencia dictada por la propia Corte Suprema, pasada en autoridad de cosa juzgada. Para así decidir, consideró

4 Aun cuando la propia Corte IDH, “había expresado que tales recomendaciones no resultaban obligatorias, en punto a generar la responsabilidad internacional del Estado incumplidor” (Bestard, Ana María, “El control de los actos del Estado. Control de constitucionalidad y de convencionalidad”, Alonso Regueira, Enrique (dir.), *El Control de la Actividad Estatal I. Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA), 1<sup>a</sup> edición, 2016, pp. 379 y 380. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-bestard-convenctionalidad.pdf>; con cita de CSJN, “Carranza Latubesse”, *Fallos*: 336:1024 y Corte IDH, Casos “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia” (Excepciones Preliminares), 21/1/1994, Serie C No. 17 y “Genie Lacayo vs. Nicaragua” (Fondo, Reparaciones y Costas), 29/1/1997, Serie C No. 30).

5 Profundizar en Alonso Regueira, Enrique, *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Buenos Aires, Lajouane, 1<sup>a</sup> edición, 2017, pp. 65 y ss.

6 CSJN, “Mazzeo”, *Fallos*: 330:3248, considerando 21 y “Videla”, *Fallos*: 333:1657; considerandos 8 y 10.

7 CSJN, “Rodríguez Pereyra”, *Fallos*: 335:2333, considerando 12.

8 Abramovich, Víctor, “Comentarios sobre ‘Fontevecchia’, la autoridad de las sentencias de la corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, *Pensar en Derecho*, N° 10, Buenos Aires, Eudeba, 2017, pp. 9-10, con cita de CSJN, “Espósito”, *Fallos*: 327:5668 y “Derecho”, *Fallos*: 334:1504.

que la decisión de la Corte Interamericana no se hallaba «dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH»<sup>9</sup>; ni «de sus potestades remediales»<sup>10</sup>, en cuanto había «recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional»<sup>11</sup>. Recordó el hecho de que la Corte IDH no constituye una «cuarta instancia», ya que su jurisdicción «es subsidiaria, coadyuvante y complementaria»<sup>12</sup>. Asimismo, mencionó que el principio de subsidiariedad trae como corolario que carezca «de competencia para subsanar [...] violaciones en el ámbito interno»<sup>13</sup> y que justifica la doctrina del «margen de apreciación nacional» desarrollado principalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>14</sup>.

En otro orden de argumentaciones, advirtió que dejar sin efecto la referida sentencia era «jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino (...) El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho

9 CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’”, 2017, *Fallos*: 340:47, considerandos 7 y 12. Por lo demás, también explicitó que lo resuelto por la Corte “no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH, arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)” (considerando 20).

10 CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’”, 2017, *Fallos*: 340:47, considerando 6, en el cual indicó que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de *Fallos*: 327:5668, voto de Highton de Nolasco, considerando 6). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.

11 El “análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados –en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)– determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido (...) y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran” (*ibidem*, considerando 12).

12 CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’”, 2017, *Fallos*: 340:47, considerando 8. En cuanto a este punto, destacó que reconocer a la Corte Interamericana el carácter de cuarta instancia “implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba” (considerando 11).

13 *Ibidem*, considerando 9.

14 *Ibidem*, considerando 10.

público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad»<sup>15</sup>.

Cabe también destacar que, en su voto concurrente, Rosatti consideró que debe reconocerse:

... un contexto de “diálogo jurisprudencial” que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)<sup>16</sup>.

Por último, en su disidencia, Maqueda expresó:

... la Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano con sustento en la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana<sup>17</sup>.

## II. RÉPLICA

Frente al citado pronunciamiento, la Corte Interamericana emitió una resolución de supervisión, en la que, si bien ratificó su posición originaria y profirió una

15 *Ibidem*, considerando 16, con cita de CSJN, “Fibraca Constructora”, 1993, *Fallos*: 316:1669.

En cuanto a este punto, se subrayó que, entre dichos “principios incombustibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional [...] Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional” (considerando 17). “Esta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH –entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos– ha establecido expresamente que sus normas ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales” (considerando 19, con cita de *Fallos*: 317:1282).

16 “[L]a reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción (...), no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional –si es ello lo que se pretende– sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar” (*ibidem*, considerando 8 del voto concurrente de Rosatti).

17 Razón por la cual en dicha disidencia se resuelve “dejar sin efecto la sentencia dictada por este Tribunal –con otra composición– en los autos “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A.” (*Fallos*:324: 2895) y, en consecuencia, también la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que es su antecedente, así como todas sus consecuencias, inclusive los alcances que hubieran tenido respecto de terceros”.

fuerte crítica a la decisión de la Corte Suprema, también aclaró los alcances de la expresión «dejar sin efecto» y efectuó algunas sugerencias a fin de arribar a un cumplimiento de sentencia que permitiera dar por terminado el proceso de supervisión<sup>18</sup>.

Puntualmente, expuso:

... la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional<sup>19</sup>.

» De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana ‘[e]l fallo de la Corte [interamericana] será definitivo e inapelable’, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada internacional. El cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia es una obligación que no está sujeta a condiciones [...] y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional. Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado<sup>20</sup>.

» Aun cuando exista una decisión del tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional declarando tal ‘inejecutabilidad’, ello no puede oponerse como una justificación para el incumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal internacional<sup>21</sup>.

Asimismo, consideró:

... [en] el cumplimiento del deber de ‘dejar sin efecto’ las sentencias internas que se determinaron en la Sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este Tribunal (...). Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que ‘revocar’ dichos fallos. Es por ello que en el párrafo 105 de la Sentencia se dispuso que el Estado debía adoptar ‘las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias’ para ‘dejar sin efecto’ tales sentencias<sup>22</sup>.

Por lo demás, analizó la conducta adoptada por los Estados parte en casos análogos y expresó:

18 Corte IDH, “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (Supervisión de cumplimiento de sentencia), 18/10/2017. Disponible en [https://corteidh.or.cr/casos\\_en\\_supervision\\_por\\_pais.cfm](https://corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm).

19 *Ibidem*, párr. 12.

20 Corte IDH, “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (Supervisión de cumplimiento de sentencia), 18/10/2017, párr. 13.

21 *Ibidem*, párr. 15.

22 *Ibidem*, párr. 16.

... al tratarse de una sentencia civil (...) el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de las páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana<sup>23</sup>.

Expresó también que algunas de las consideraciones realizadas en el citado precedente de la Corte Suprema no habían sido «acordes a las obligaciones internacionales asumidas por Argentina». En particular, sostuvo que «no le corresponde a dicho tribunal interno determinar cuándo una Sentencia de este Tribunal internacional es obligatoria»; y que el tribunal interamericano había actuado dentro de las competencias que le otorga la Convención<sup>24</sup>.

Asimismo, expuso:

... [para] el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado (...). Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos<sup>25</sup>.

En cuanto al «principio de complementariedad o subsidiariedad», consideró:

... precisamente porque la violación no se resolvió ni se reparó en el ámbito interno, las víctimas activaron los mecanismos de protección internacional, los cuales no pretenden sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino complementarlas en la protección de derechos humanos<sup>26</sup>.

### III. RICHTER MENGUANTE

Como consecuencia del citado pronunciamiento, la Corte Suprema emitió una resolución en la dispuso que se asiente, junto a la decisión que debía dejarse sin efecto, la siguiente leyenda: «Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 29 de noviembre de 2011)»<sup>27</sup>. Por su parte, la Corte Interamericana terminó con este asunto al resolver que tal anotación «es suficiente para declarar

23 Corte IDH, “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (Supervisión de cumplimiento de sentencia), 18/10/2017, párr. 21.

24 *Ibidem*, párrs. 22-30.

25 *Ibidem*, párr. 31.

26 *Ibidem*, párr. 32.

27 CSJN, Resolución 4015/2017, de fecha 5/12/2017. Disponible en <https://www.csjn.gov.ar/decisiones/resoluciones>.

el cumplimiento del componente de la reparación relativo a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D'Amico»<sup>28</sup>.

#### IV. SISMO, O PRESISMO

Con posterioridad al precedente «Ministerio de Relaciones Exteriores», la Corte Suprema ha tenido oportunidad de ratificar las posiciones allí expresadas en Escalante (2022), al precisar que el tratamiento de la cuestión federal allí debatida:

... supone sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional (cfr. artículos 27, 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; artículos 1, 2, 63.1, 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 2 de la ley 23.054, entre otras disposiciones relevantes) en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental<sup>29</sup>.

En similar sentido, puede citarse Milantic (2021), en el que la Corte precisó:

Más allá del alcance que corresponda otorgarle a la noción de orden público en materia de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, la interpretación de la Convención de Nueva York, como la de todo tratado internacional ratificado por nuestro país, debe hacerse siempre de conformidad con los

28 Corte IDH, “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” (Supervisión de cumplimiento de sentencia), 11/03/2020, párr. 10. Disponible en [https://corteidh.or.cr/casos\\_en\\_supervision\\_por\\_pais.cfm](https://corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm).

29 CSJN, “Escalante”, 2022, *Fallos*: 345:647, considerando 6 del voto de la mayoría conformada por Rosatti y Lorenzetti, con cita de *Fallos*: 340:47, considerando 11 del voto de la mayoría y 5 del voto de Rosatti.

Asimismo, cabe destacar que Maqueda, en su voto concurrente, citó el precedente “Arce, Diego”, 5/8/2014, Causa CSJ 1008/2011 (47-A)/CS1, en cuanto a que “corresponde que en el ejercicio del ‘control de convencionalidad’, la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno de conformidad con el artículo 2 de aquel instrumento internacional...”, lo que permitiría “observar fielmente las condiciones de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en lo vinculado particularmente a esta materia en la República Argentina (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional)” (considerando 7). Asimismo, “con relación a las razones brindadas por el *a quo* con base en el precedente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” concluyó que “resulta de acatamiento obligatorio por parte de los poderes constituidos del Estado argentino en función de lo que surge del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional y del artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (considerando 9, con cita de doctrina de *Fallos*: 326:2968 “Cantos”, disidencia de Maqueda; 327:5668 “Espósito”, voto de Belluscio y Maqueda; 334:1504 “Derecho”, voto de Maqueda; 336:1024 “Caranza Latrubesse”, voto de Maqueda; resolución CSJN 477/15 del 25/03/2015 en Expte. nº 4499/13 “Mohamed vs. Argentina”; *Fallos*: 339:127 “Z., V. R. y otros” y *Fallos*: 340:47 “Fontevecchia”, disidencia de Maqueda).

principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27)<sup>30</sup>.

En Molinos Río de la Plata (2021), respecto de un Convenio de Doble Imposición entre la Argentina y Chile (CDI) explicó:

... la inserción de los tratados en el sistema jurídico argentino se referencia genéricamente (como toda norma infra-constitucional) con su grado de congruencia con las disposiciones del tratado y el texto constitucional y específicamente con la cláusula del artículo 27 de la Constitución, aquella que obliga al Gobierno Federal ‘a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución’. Esta ubicación exige la adecuación del derecho internacional a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, entre los cuales se encuentra: *a*) la forma representativa, republicana y federal de gobierno (artículo 1); *b*) el principio de juridicidad y el de reserva (artículo 19); *c*) el principio de igualdad (artículos 15, 16, 75, inc. 23, y concordantes); *d*) el carácter no absoluto de los derechos y la pauta de razonabilidad para su reglamentación (artículos 14, 28, 99, inc. 2, y concordantes); *e*) el debido proceso legal (artículo 18 y concordantes); *f*) las medidas de emergencia adoptadas para garantizar la existencia misma de la Nación<sup>31</sup>.

En sentido similar, Lorenzetti, en su voto, afirmó que «la interpretación del CDI, como la de todo tratado internacional ratificado por nuestro país, debe hacerse siempre de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (artículo 27)»<sup>32</sup>. Finalmente, Rosenkrantz, en su disidencia, concluyó que se había afectado el principio *pacta sunt servanda*, «sin que se verifiquen las circunstancias excepcionales de conflicto irresoluble con los principios de derecho público establecidos en la Ley Suprema, únicas en las que los tratados deben ser soslayados para que pueda prevalecer la propia Constitución Nacional»<sup>33</sup>.

Por último, en Deutsche Rückversicherung (2019), Rosatti expresa:

... la Constitución de 1853/60, establece una esfera de reserva soberana (denominada margen de apreciación nacional) en función de la cual no es

30 CSJN, “Milantic”, 2021, *Fallos*: 344:1857, considerando 11 del voto de la mayoría, conformado por Highton y Rosenkrantz; con cita de “Fibraca”, ya citado, considerando 3; “Cafés La Virginia SA”, 1997, *Fallos*: 320:1166, considerando 9 y “Ministerio de Relaciones Exteriores”, ya citado, considerando 16.

31 CSJN, “Molinos Río de la Plata”, 2021, *Fallos*: 344:2175, considerando 9 del voto mayoritario suscripto por Rosatti y Maqueda.

32 *Ibidem*, voto de Lorenzetti, considerando 14.

33 *Ibidem*, disidencia de Rosenkrantz, considerandos 10 y 20, con cita de “Ministerio de Relaciones Exteriores”, ya citado, considerando 12 y de los artículos 23, 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

possible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional – sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional<sup>34</sup>.

## V. LICUEFACCIÓN

Del repaso de pronunciamientos efectuado, se observa que, efectivamente, el punto álgido de la decisión adoptada en Fontevecchia reside en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que «funciona como ‘valladar’ infranqueable de reserva de soberanía»<sup>35</sup>.

La posibilidad de incurrir en una responsabilidad internacional como consecuencia inmediata de dicho precedente se ha disipado, mientras que la intención de recorrer el camino hacia un nuevo dualismo aparece cada vez más clara. Esperemos que los intentos en tal sentido no terminen por degradar los derechos y las garantías consagrados en los tratados de derechos humanos a un segundo rango constitucional<sup>36</sup>.

34 CSJN, “Deutsche Rückversicherung”, 2019, *Fallos*: 342:1524, voto de Rosatti, considerando 10.

35 Abramovich, *ob. cit.*, p. 17.

36 *Ibidem*, p. 21.



# RIQUEZA, DISTRIBUCIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1994

MAITE ALVADO \*

*Nadie puede hoy ignorar que el factor económico incide fuertemente en el régimen sociopolítico. Si alguna forma digna de ética social no humaniza a la economía, los derechos humanos quedaran atrofiados en sus exigencias primarias.*

Germán Bidart Campos

## I. UNA INTRODUCCIÓN AL DEBATE ABIERTO

Corre el siglo XXI. Posmodernidad y capitalismo financiero y especulativo. Mega corporaciones archipoderosas (más poderosas que muchos Estados)<sup>1</sup>. Hiperglobalización. Deuda mundial del 238 % del PBI mundial (146 % privada y 92 % pública)<sup>2</sup>. Inteligencia artificial sin regulación. Depredación climática. Guerra y violencia. Unos pocos ricos y muchos pobres<sup>3</sup>. Derechos fundamentales no garantizados y necesidades básicas insatisfechas. Muertes.

\* Alvado, Maite Milagros, abogada (UBA), especialista en Abogacía del Estado (UNLP), su trabajo final integrador versó sobre el rol de la sociedad civil en la construcción de políticas públicas, disponible en: <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/155130>, profesora adjunta interina de Constitucionalismo Social en el Ciclo Profesional Orientado (FDER/UBA), diputada de la provincia de Buenos Aires 2021/2025. Contacto: maitealvado@derecho.uba.ar.

1 Mas de Xaxsás, Xavier, “Por qué BlackRock domina el presente y el futuro del mundo”, *La Vanguardia*, 5 de mayo de 2018. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/economia/20180506/443279727124/blackrock-investigacion-primera-gestora-fondos.html>.

2 Gaspar, Vitor et al., “La deuda mundial reanuda su tendencia ascendente”, IMF Blog, 13 de septiembre de 2023.

Disponible en <https://www.imf.org/es/Blogs/Articles/2023/09/13/global-debt-is-returning-to-its-rising-trend#:~:text=Fuerzas%20de%20las%20tendencias%20de%20la%20deuda&text=La%20deuda%20p%C3%BAblica%20mundial%20se,m%C3%A1s%20de%20USD%2091%20billones>

3 Naciones Unidas, “El 10% de la población concentra actualmente el 52% de la riqueza global”. Noticias ONU, 7 de febrero de 2023, disponible en: <https://news.un.org/es/story/2023/02/1518412>

Han pasado 171 años desde la sanción de la Constitución nacional y treinta desde su última reforma. Todos los gobiernos que sucedieron en Argentina desde 1853 hasta la fecha, excepto las dictaduras cívico-militares que han corrompido y desecharido la ley fundamental; y una parte del primer y el segundo gobierno de Perón pos-Constitución de 1949 –que introdujo cambios profundos y un modelo diferente al plasmado en la Constitución alberdiana–, han administrado el país y gestionado con esta Constitución vigente. Cada uno lo ha hecho a su manera. Algunos han tenido como fin principal el bienestar general y otros, la conservación del interés particular. Algunos han tomado deuda externa sin cesar y otros la han cancelado. Sea como fuere, no está en discusión la Constitución que nos rige<sup>4</sup>.

Sin embargo, hay un debate que viene de todos los tiempos y no ha variado. O han variado las circunstancias, el contexto y los actores, pero la cuestión de fondo se mantiene indemne –e irresuelta-. Incluso, desde antes de la sanción de la primera Constitución del mundo (EE. UU.) ya se discutía: *los recursos y su distribución*.

El objeto de este ensayo no es llevar a cabo un análisis profundo y exhaustivo en materia tributaria ni fiscal, sino realizar una introducción a la relación de garantía existente entre el modelo económico y la satisfacción de los derechos. Tampoco haremos una distinción categórica entre constitucionalismo liberal y constitucionalismo social; o entre derechos civiles y políticos, por un lado, y derechos económicos, sociales y culturales, por otro. Nos enfocaremos, entonces, en los recursos, la distribución y los derechos fundamentales: ¿cómo recaudamos, cómo distribuimos y cómo gastamos?

Los derechos fundamentales y los principios dogmáticos de la Constitución socioeconómica sirven como líneas de acción para el ejercicio de la actividad financiera estatal. Así, el modelo económico alojado en la Constitución debería servir como garantía de los derechos fundamentales.

## **II. UN BREVE RECORRIDO EN TORNO A LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES Y EL MODELO ECONÓMICO**

Como ya se adelantó, la cuestión económica estuvo siempre presente. El 25 de mayo de 1810, al grito de «libertad», comenzó a delinearse lo que hoy podemos denominar República Argentina. Su organización no sería para nada fácil:

4 “Con esa Constitución hubo hombres de la clase política argentina y de la vida universitaria que sostenían que el socialismo aún era practicable bajo la Constitución de 1853. Era la concepción de Alfredo Palacios, un socialista humanista, si ustedes quieren, pero socialista al fin. No reclamaba la reforma de la Constitución. Y un marxista, heterodoxo, pero marxista, como Silvio Frondizi, decía que solamente dos artículos de la Constitución había que modificar si se quería cambiar el sistema económico y social del país”. Vanossi, Jorge, *La Reforma Constitucional y la Economía*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Política, 1996, pp. 15-16.

comenzaría a discutirse, de manera intelectual y con enfrentamientos físicos, la forma de gobierno, la forma de Estado, el modelo económico y de producción, y los derechos de libertad e igualdad. La independencia consumada el 9 de julio de 1816 se traduciría en soberanía política y económica del naciente Estado.

Estas discusiones llevaron, por lo menos, cuarenta años, cuando finalmente en 1853 se sancionó nuestra primera Constitución nacional, sin la participación de la provincia de Buenos Aires. Esos años estuvieron marcados por disputas entre federales y unitarios. ¿Cuáles eran los temas en pugna? En realidad, uno solo: el modelo económico, a partir de la libre navegación de los ríos, las importaciones y la aduana de Buenos Aires. Pero otras cuestiones también formaron parte de este cuadro: la primera deuda externa y usurera (1823) cuyo objetivo no se cumplió; el dinero se destinó a la creación del Banco Nacional en 1826 y a la guerra con Brasil, y recién en 1904 se terminó de pagar. También configuró el panorama la Ley de Enfiteusis, que estuvo lejos de propiciar tierras para el pequeño arrendatario: sirvió para dar garantía frente a préstamos extranjeros y fue el origen de la concentración de la tierra y de los grandes latifundios en nuestro país. El pacto federal (1831), suscripto únicamente por Santa Fe, Buenos Aires y Entre Ríos, además de establecer la cooperación militar entre las provincias, se ocupó de adelantar algunas cuestiones económicas que luego se consolidaron con la Ley de Aduanas y con la propia Constitución.

La Constitución de 1853, sin Buenos Aires, consagró un modelo económico liberal, con ausencia de regulación estatal, protección de la propiedad privada y garantía de la libertad de comercio y empresa. Ahora bien, la discusión entre unitarios y federales continuó luego de la sanción de la Constitución: la disputa sobre los recursos era la principal puga que obstaculizaba, en definitiva, la organización del Estado. En 1855, los recursos de la Confederación eran de 1,8 millones de \$ fuertes (\$F) mientras que los de Buenos Aires ascendían a 3,2 millones<sup>5</sup>. Finalmente, la sanción de la reforma de la Constitución nacional en septiembre de 1860 y la incorporación definitiva de la provincia de Buenos Aires al esquema nacional consolida un modelo de país federal en lo político y de

5 Cortes Conde, Roberto, *La economía argentina en el largo plazo. Siglos xix y xx*, Buenos Aires, Sudamericana – Universidad de San Andrés, 1997, p. 100.

tendencia unitaria en lo económico-fiscal<sup>6</sup>. Las propuestas de reforma realizadas por la provincia de Buenos Aires fueron aceptadas<sup>7</sup>.

Así, la Convención Constituyente de 1860 modifica el artículo 4 de la Constitución nacional, y prevé un plazo para la integración de los derechos de exportación (hasta 1866) al Tesoro Nacional. También se modifica el artículo 67, inciso 1 e inciso 2. Este sistema de normas determina, básicamente, la provisión de recursos para los gastos de la nación a partir de la nacionalización de la aduana y los derechos de importación y exportación –estos últimos hasta 1866–.

Sin embargo, tras la victoria del unitarismo de la mano de Mitre en Pavón, en 1861, la Constitución nacional se reformó otra vez. Las tres primeras reformas de la Constitución de 1853 (1860, 1866 y 1898), además de ser sancionadas en un período corto (45 años), estuvieron relacionadas con los recursos de la nación y de las provincias, y con la configuración del modelo económico.

La reforma de 1949 no corrió distinta suerte, pero su finalidad fue otra: el peronismo avanza en la consolidación de nuevos derechos sociales paralelamente con la consolidación de un modelo económico de bienestar. Así, no solo asienta los derechos del trabajador, de la familia, de la ancianidad, de la educación y la cultura (art 37), sino que lo complementa con grandes reformas económicas sobre la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica (arts. 38, 39 y 40). Incluso, en esta reforma también se vuelve a modificar el artículo 4: ahora los empréstitos y operaciones de crédito que el Congreso sancione serán para urgencias de empresas de utilidad *pública* (no nacional).

La reforma de 1957, por su parte, además de cuestionable desde su convocatoria, retomó la Constitución de 1853 con sus reformas (excepto la del 49) y no discutió el artículo 4 ni el 67. Solo incorporó el artículo 14 bis.

### **III. SOBRE LOS RECURSOS**

La reforma constitucional de 1994 no introdujo cambios en la primera parte de la Constitución. Quedó, así, la misma fórmula prevista en 1866 para el artículo 4. Entonces, ¿cómo recaudamos? El tesoro nacional está formado por lo siguiente:

- 1) el producto de derechos de importación y exportación: la disputa histórica versó sobre si los derechos de exportación conformaban transitoria o

6 “Es un dato cierto y palpable de la realidad, que nuestra Constitución ha instituido tal forma de Estado, por razones históricas que no desconocemos, aunque es también veraz, y plenamente constatable que ella fue horadada luego en la realidad por una multiplicidad de circunstancias, entre las que resaltamos ahora en particular, los presupuestos de actuación de nuestra constitución económica”. Jimenez, Eduardo, *Constitución económica y coparticipación tributaria*, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 314.

7 Texto Asamblea Constituyente de 1860. Disponible en: <https://elhistoriador.com.ar/reforma-constitucional-de-1860/>

permanentemente el tesoro. Esto significaba, en definitiva, si lo recaudado por la aduana en el puerto de Buenos Aires quedaba en manos únicamente de la ciudad portuaria o integraría el tesoro nacional para luego compartirlo con las provincias. En 1866, finalmente, se incorporan de manera permanente al tesoro y así continúa hasta la fecha.

- 2) la venta o locación de tierras de propiedad nacional: la Ley de Enfiteusis –pre-Constitución de 1853– permitió la consolidación de la concentración de la tierra en pocas manos. La Constitución de 1853-1860 legitimó fuertemente la propiedad privada, dando protección al modelo desarrollado. La reforma del 49 intentó modificarlo a partir de la incorporación de la función social de la propiedad, pero fue derogada.
- 3) la renta de correos: la reforma del 94 mantuvo la regulación de los correos generales de la nación y solo eliminó el término “postas”, que había caído en desuso.
- 4) demás contribuciones que equitativa y proporcionalmente imponga el Congreso general a la población: este inciso debe leerse junto a la primera parte del artículo 75 inc. 2, el cual:
  - faculta al Congreso para imponer contribuciones indirectas de manera concurrente con las provincias; y directas por tiempo determinado: de manera equitativa y proporcional (conforme el art. 4). Estos dos principios dogmáticos son fundamentales.
  - establece la necesidad de sancionar una ley convenio para el régimen de coparticipación y la automaticidad de los fondos: cabe destacar que ya en 1934 se sancionó la primera ley de coparticipación (Ley 12.139), con una tendencia de dependencia fuerte de las provincias, lo que se mantiene vigente hoy en la Ley 23.548.
- 5) empréstitos y operaciones de crédito que decrete el mismo Congreso para urgencias de la nación, o para empresas de utilidad nacional: la deuda externa es un capítulo clave en la historia política, social y económica de Argentina. Este tipo de deuda condiciona la vigencia plena de los postulados de nuestra Constitución y la soberanía del Estado: son generalmente contraídas de espaldas al pueblo, para fines ilegítimos y resultan usureras en términos económicos.

Así, de modo resumido, queda conformado hoy el tesoro de la nación. El debate sobre este ítem continúa larga y profundamente, aunque generalmente la discusión se centra en la distribución y la coparticipación de los recursos. Sin embargo, el financiamiento a partir de la deuda externa y su tratamiento posterior, y la necesidad de incorporar constitucionalmente a las grandes fortunas como aporte fundamental al tesoro son deudas pendientes y posibles soluciones para garantizar la eficacia de los derechos consagrados en la Constitución.

#### **IV. SOBRE LA DISTRIBUCIÓN Y LA REDISTRIBUCIÓN**

Recaudar fondos es imprescindible para hacer cumplir derechos, pero concretarlo – incluso con cifras millonarias– no garantiza, directamente, su satisfacción. La distribución de los fondos a las provincias y la redistribución dentro del programa general del gobierno es esencial a la hora de definir cuánto, cómo y para qué se repartirá ese dinero. ¿Cómo y cuánto distribuimos? El artículo 75 inc. 2 y la ley convenio de coparticipación<sup>8</sup>, además de los pactos federales, determinan la cuestión. El artículo 75 inc. 2, en su segunda parte, estipula que la distribución entre la nación y las provincias se efectuará del siguiente modo:

- 1) en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto;
- 2) será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional;
- 3) dispone que no habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos.

Esta distribución primaria, entre el Estado nacional y las provincias en general, no puede realizarse de cualquier manera. La Constitución de 1994 introduce, por primera vez en la historia argentina, criterios valorativos y principios dogmáticos, profundamente axiológicos y teleológicos, que eliminan la discrecionalidad que existía hasta ese momento sobre la distribución de los recursos.

De aquí podemos suponer que la Constitución no establece un reparto de los recursos por cantidad de población, ni meritocracia provincial, ni siquiera por el principio de igualdad formal (1 provincia, 1 peso). Reconoce asimetrías y propone eliminarlas, para que en todo el territorio nacional no exista falta de recursos. Sin embargo, este artículo fue, para muchos, el gran debate de la reforma constitucional. Incluso, un dictamen en minoría proponía mayor solvencia a las provincias<sup>9</sup>.

8 Ley 23.548.

9 Convención Nacional Constituyente. 24º reunión. 3.<sup>a</sup> sesión ordinaria (continuación), 4 de agosto de 1994. Intervención de la Sra. Fernández de Kirchner: “¿Cuál era, entonces, señora presidenta, la intención al introducir el tema de la coparticipación? Fundamentalmente cambiar las reglas de juego, instalar el sistema con jerarquía constitucional, pero además establecer que todos los impuestos, ya sea bajo formas de contribuciones directas o indirectas son coparticipables. Y, como dije, puede haber asignaciones específicas, si las necesidades excepcionales así lo justifican, pero no deben serlo de la parte que les corresponde a las provincias, porque si no, estamos frente a una federalización al revés. Es como si se federalizara, que tenemos que poner, pero no se federalizan los recursos. Por eso disentimos en nuestro dictamen de minoría con el de mayoría. No era una cuestión meramente formal, sino conceptual: cómo nos plantábamos frente a la Nación para discutir esta cuestión, que es absolutamente fundamental para nuestras provincias. Y lo es porque hoy las provincias, luego de la transferencia de los servicios educativos y de salud, no están vinculadas a las variables macroeconómicas. Sí lo están directamente con la calidad de vida de la gente,

Ahora bien, la tercera cuestión es trascendental: ¿en qué gastamos? El presupuesto general de gastos y cálculo de recursos de la administración nacional (art. 75 inc. 8) debe ser elaborado según los siguientes criterios:

1) con base en el programa general de gobierno y en el plan de inversiones públicas.

2) conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo: es decir, debe ser equitativo, solidario y destinado al desarrollo equivalente en todas las provincias.

El jefe de gabinete debe enviar al Congreso los proyectos de ley de ministerios y de presupuesto nacional, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (art. 100 inc. 6). El Congreso, a su vez, debe fijarlo conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 (art. 75 inc. 8).

La voluntad constituyente es clara e inobjetable: el tesoro nacional, las contribuciones, su distribución y el presupuesto general de gastos deben estar anclados en la equidad, la solidaridad, la proporcionalidad y orientados al desarrollo equivalente en todo el territorio nacional. Sin embargo, existe cierta flexibilidad que permite que la voluntad del poder constituido, a partir de decisiones políticas y económicas, muchas veces diste de ese imperativo constitucional.

Esta discrecionalidad posibilita, por ejemplo, que no exista principio de equidad ni solidaridad ni proporcionalidad cuando hablamos de la propiedad privada, la libertad económica del mercado y los beneficios a grandes empresarios:

Los gastos corrientes se componen de prestaciones sociales y de subsidios económicos. Entre las prestaciones sociales, los salarios del sector público significaron el 2,3 % del PBI; la asignación universal por hijo sólo representó el 0,6 % y los subsidios económicos directo a las empresas representaron el 3 % del PBI. En otras palabras, la AUH –que está en el centro de las críticas– representó la quinta parte de las transferencias a empresarios<sup>10</sup>.

Ahora bien, esa distancia tiene un límite: cualquier variabilidad ocasional de las políticas socioeconómicas deben subordinarse a la Constitución; en caso contrario, serán inconstitucionales.

## V. SOBRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La reforma de 1994, en materia de derechos, ha incorporado los «nuevos derechos y garantías» (capítulo segundo), entre los que se incluyen los referidos

---

porque son los ciudadanos los que tienen que hacer frente a los servicios de salud, de educación y de promoción social. Entonces, el financiamiento provincial no es una cuestión menor, con un límite para las provincias en lo que respecta a la reforma del Estado; la carencia de fuentes alternativas de trabajo nos pone una limitante real y concreta para la transformación del Estado en la medida en que se pudo haber hecho en el orden nacional».

10 Duarte, Marisa: “Para que el país crezca, hay que achicar el Estado”, *Mitos impuestos, Revista Anfibia*, Buenos Aires, 22/5/2023, p. 25.

al ambiente y al consumo de bienes y servicios. También fueron incorporados algunos derechos en la parte orgánica: el artículo 75 inc. 18<sup>11</sup> y 19<sup>12</sup> atribuyen al Congreso nacional competencia para legislar con miras a la prosperidad del país, al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, y al crecimiento armónico de la nación.

Así, y partiendo de una lectura armónica de la Constitución nacional, es innegable la relevancia y prioridad que la reforma de 1994 otorga a situaciones que no estaban amparadas en el modelo económico originario de la Constitución de Alberdi. La reforma de 1994 no borra, pero tampoco fortalece la propiedad privada, la libertad de comerciar, o la igualdad en materia tributaria, que eran postulados principales de 1853. Tampoco promueve el lucro infinito, la usura ni la concentración de la riqueza, ni enaltece la meritocracia y el progreso económico individual. La reforma de 1994 reconoce asimetrías y desigualdades y promueve una fuerte actividad estatal dirigida a remediarlas. Tal es así, que el artículo 75 inc. 23 profundiza esta línea y obliga al Congreso:

... [a] legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

En definitiva, la reforma de 1994 ha relacionado y unido de manera potente la parte orgánica con la parte dogmática. Los criterios plasmados en la

11 Art. 75 inc. 18 Constitución nacional: “18. Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la explotación de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

12 Art. 75 inc. 19 Constitución nacional: “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales”.

Constitución, sumados a una interpretación armónica de los demás artículos, en especial de la parte dogmática, del artículo 75 inc. 18, inc. 19 e inc. 23, y del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (art.75 inc. 22) dan como resultado el imperativo de que el Estado debe recaudar y gastar para cumplir con el mandato constitucional y, por ende, para lograr el bienestar de todos y todas. Priorizar la satisfacción de los derechos fundamentales –alimentación, vivienda, educación, salud– de los más excluidos permitirá ir acercándose a ese bienestar general.

En este sentido, la Corte Suprema, en «Quinteros c/ Compañía de tranvías», reconoció que la Constitución era individualista, pero que también se proponía afirmar el bienestar general y dio primacía a este último, declarando la constitucionalidad de ciertas leyes que otorgaban beneficios laborales (Fallos, 179:113). En «Avico c/ de la Pesa» priorizó también el valor del bienestar general sobre los de libertad y propiedad (Fallos, 172:29). En «Bercaitz, Miguel Angel s/ jubilación», dijo que el objetivo preeminente de la Constitución era lograr el bienestar general, «es decir, la justicia en su más alta expresión, la justicia social» (Fallos, 289:430). Esa prioridad, además de estar envuelta por mantos de humanidad y justicia social, es el camino necesario hacia la paz comunitaria relativa y duradera<sup>13</sup>.

## VI. CONCLUSIÓN

Lejos de cerrar el debate, abrimos más interrogantes: ¿de qué sirve el crecimiento económico si ello no tiene una correlación directa con el bienestar de la comunidad? ¿Qué sentido tiene el aumento del PBI si ello no significa mejores condiciones de vida para todas las personas? ¿Se puede hablar de la eficacia de los derechos fundamentales sin tener en cuenta el modelo económico? ¿Puede una misma Constitución servir a dos modelos económicos opuestos? ¿Puede haber crecimiento económico y también bienestar general? ¿Es necesario incorporar a los grandes agentes económicos a esta discusión puramente estatal? ¿Por qué la igualdad y proporcionalidad tributaria se impone ante ciertas discusiones, pero los beneficios y exenciones fiscales –transferencias del Estado al sector privado– no son parte de esa misma discusión?

Las siguientes palabras del maestro German Bidart Campos, además de orientar de modo general el presente trabajo, sirven de síntesis:

Si el estado constitucional es un estado limitado que ha puesto límites al poder y límites a las personas, en esa interacción –no por difícil imposible– entre lo público y lo privado, entre los derechos de las personas y las funciones del estado, entre la autoridad y la libertad, no vemos por qué cuando tales condiciones

13 Ferreyra, Raúl, *Bosquejo sobre la constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1<sup>a</sup> edición, 2015, p. 207.

se desplazan a la actividad económica ha de quedar solamente la libertad y ha de retraerse el poder, ni por qué el estado ha de abdicar de su elemental competencia de ordenar el ejercicio de la libertad limitada mediante la presencia activa de su autoridad también limitada<sup>14</sup>.

Cuando hablamos de derechos y, más concretamente, de derechos fundamentales, debemos hablar de recursos y, por ende, de riqueza y de distribución. No porque aquellos tengan que estar atados a una fórmula numérica alejada de toda humanidad, sino porque están fuertemente ligados y relacionados en cuanto a su eficacia y progresividad. Repensar no solo la forma en que recaudamos (y de qué manera podríamos mejorar la recaudación) y distribuimos (de qué forma garantizamos a las provincias y a las áreas de gobierno recursos suficientes), sino también cómo redistribuimos (a qué y a quiénes otorgamos prioridad en el gasto) son acciones necesarias a la hora de debatir, de manera integral y coherente, sobre la plena vigencia de los derechos fundamentales.

El problema no es la Constitución. El problema no son los derechos económicos, sociales y culturales. El problema tampoco es la democracia. Pretender poner en crisis cualquiera de estas instituciones es «patear la pelota al cérner». Seguir postergando la discusión sincera y real sobre los recursos y su distribución; seguir echando la culpa y cortar siempre por lo más fino, podría llevarnos hacia el abismo, y con nosotros a la Constitución.

14 Bidart Campos, Germán, *El constitucionalismo social en Economía, Constitución y Derechos Sociales*, Buenos Aires, Ediar, 1<sup>a</sup> edición, 1997, p. 184.

# EL RECONOCIMIENTO COMPLACIENTE Y EL DERECHO CONSTITUCIONAL- CONVENCIONAL, A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

JOSÉ ÁLVAREZ ALONSO\*

## I. INTRODUCCIÓN

El tema sobre el cual versa el presente artículo es la falta de legitimación activa que posee el padre reconociente, en la República Argentina, para impugnar tal reconocimiento en el marco de una filiación extramatrimonial. Nos planteamos analizar, entonces, el impedimento del padre reconociente de impugnar el reconocimiento en el marco de una filiación extramatrimonial, y la manera en que tal imposibilidad afecta los derechos fundamentales del reconocido – niño/ niña–, en particular, el impacto en su identidad a la luz del ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina desde la reforma constitucional de 1994, con la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Particularmente, en el caso en análisis abordaremos la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, y la Convención de los Derechos del Niño.

En este sentido, la falta de legitimación activa del reconociente para impugnar tal reconocimiento en el marco de una filiación extramatrimonial de los mal llamados *reconocimientos complacientes* afecta en sumo grado el derecho a la igualdad de filiación y el derecho a la identidad del reconocido, a la vez que menoscaba la verdad material, la verdad jurídica objetiva, que debe ser el fin último que guíe a todo proceso jurisdiccional.

Entendemos como *reconocimiento complaciente* al reconocimiento que lleva a cabo una persona de alguien que no es su hijo/a, es decir, a sabiendas de que no existe nexo biológico alguno. Consideramos que se trata lisa y llanamente de reconocimientos fraudulentos. Además, tal reconocimiento complaciente

\* Adjunto interino de la materia Práctica Profesional (Facultad de Derecho UBA). Secretario del Departamento de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho UBA. Contacto: josealvarezalonso@derecho.uba.ar.

importa un delito penal en los términos de los artículos 138, 139 y 139 *bis* del Código Penal de la Nación Argentina.

## **II. EFECTOS DE LA CARENCIA DE LEGITIMACIÓN PARA OBRAR DEL RECONOCIENTE EN LA IDENTIDAD DEL NIÑO/A RECONOCIDO/A**

El problema que aquí tratamos, entonces, refiere a la falta de legitimación activa del padre reconociente para impugnar el reconocimiento complaciente del niño o niña nacido fuera del matrimonio. No se trata del reconocimiento que pudiera haber realizado a partir de un error, sino, precisamente, de aquel reconocimiento que busca complacer. Ello nos obliga a preguntarnos: ¿a quién quiere complacer con el reconocimiento? ¿A su pareja, a la persona a la que reconoce, a él mismo?

Esta carencia de legitimación para obrar del reconociente afecta el derecho constitucional-convencional a la igualdad de filiación y a la identidad del niño/a, ya sea que haya nacido en el seno de una filiación matrimonial o extramatrimonial. Vale aclarar que si quien lleva adelante el reconocimiento lo hace en el marco de una filiación matrimonial, aun a sabiendas de que no está reconociendo a su hijo/a, como la ley presume que es suyo, está legitimado para impugnar sin inconvenientes<sup>1</sup>. Ahora si quien lo reconoce lo hace en el marco de una filiación extramatrimonial, como la ley no presume que es su hijo, entonces no está legitimado. En suma, se verán afectados el derecho a la igualdad de filiación y el derecho a la identidad, al resultar emplazado en un estado de familia que no le corresponde. Sin perjuicio que una va de la mano de la otra, entendemos que la afectación más potente refiere al derecho a la identidad.

### *II.I. La legitimación*

Ahora bien, una vez planteado el problema, corresponde primeramente preguntarnos: ¿qué es la legitimación? ¿Cómo la definimos? La Real Academia Española define a la legitimación de la siguiente manera: «1.f. Acción y efecto de legitimar»; y a la legitimación procesal como «1. f. Der. Posibilidad de una persona para ser parte activa o pasiva en un proceso o procedimiento por su relación con el objeto litigioso». Dentro de la normativa procesal, la única mención

1 El artículo 590 del CCCN expresa: Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad. La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume. En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

respecto del tema la encontramos explicitada en el artículo 347, inciso 3, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante CPCCN) en el capítulo de las defensas y excepciones<sup>2</sup>. Esto no hace más que poner de relieve la orfandad de tratamiento en el código ritual nacional.

Según Gozaíni, el hecho de que la legitimación activa sea definida en un capítulo contingente –como es el de las excepciones– lleva a pensar que se trata de un tema meramente facultativo, más bien dispuesto como potestades para el demandado, antes que valoradas *ex officio* por el juez de la causa. Señala que en la capacidad para ser parte se habla de legitimación *ad processum*, que no es otra cosa que las cualidades necesarias para actuar en juicio y las condiciones que debe tener la relación jurídico-procesal para obtener una sentencia útil a los partícipes de la relación jurídico procesal<sup>3</sup>.

Para Falcón, la «legitimación para obrar» es aquella que tiene una persona para ejercer su pretensión contra otra persona en un proceso determinado, ya sea como actor o como demandado. Cuando no existe correspondencia entre las personas que intervienen en el proceso y aquellas que habilita la ley para llevar adelante su pretensión, o bien su defensa respecto de la materia objeto del proceso, nos encontramos frente a la falta de legitimación para obrar<sup>4</sup>.

Ahora bien, cuando hablamos de legitimación, debemos diferenciar entre la activa y la pasiva. La *legitimación activa* es la cualidad que tiene una persona para poder acceder a la jurisdicción y peticionar contra otra persona, quien necesariamente deberá reunir las cualidades de poder ser demandada, es decir, de convertirse en *legitimada pasiva*. En el tema en análisis, dado que es el propio reconociente quien ataca su acto de reconocimiento, pareciera ser que esta diferencia se desdibuja, ya una sola persona reúne ambas cualidades. Podríamos decir que se trata del enfrentamiento del padre reconociente contra sí mismo. En esta paradoja se sustentaría, precisamente, la falta de legitimación para obrar.

## II.II. *El planteo del problema a partir de un caso real*

A efectos de ilustrar el problema, compartimos un caso en el cual patrocinamos al padre reconociente, desde el Patrocinio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la UBA.

2 El artículo 347, inciso 3, del CPCCN expresa: “Sólo se admitirán como previas las siguientes excepciones (...) 3) “Falta de Legitimación para obrar en el actor o en el demandado, cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia de que el juez la considere en la sentencia definitiva”.

3 Gozaíni, Osvaldo, *Legitimación, Capacidad y Representación en Juicio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, p. 119.

4 Falcón, Enrique, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014 tomo II, p. 268.

El Sr. R.O convivió de hecho con la Sra. V.L desde marzo de 2006 hasta noviembre de 2012. Fruto de dicha relación, nacieron dos hijos: S.T.O de 7 años y A.N.A.O, de 9, quienes hoy día se encuentran bajo la guarda y responsabilidad del padre mediante un acuerdo provisorio firmado por las partes en septiembre de 2016. Allí se menciona esta situación y se aclara que existe un contacto fluido entre los hijos y la madre, quien actualmente no se encuentra en condiciones económicas para cumplir con la totalidad de obligaciones que nacen o se infieren del régimen de responsabilidad parental.

En junio de 2012 nace M.O, al cual el Sr. R.O. reconoció como hijo e inscribió ante el registro civil correspondiente, a pesar de que la Sra. V.L le admitiera al Sr. R.O que M.O no era su hijo, sino que era fruto de una relación que ella había mantenido con H.O cuando estaban distanciados. Luego, a finales de 2012, devino la ruptura definitiva. Desde entonces hasta la actualidad, no existe ningún vínculo entre el padre reconociente y su supuesto hijo M.O, no hay comunicación, ni cumplimiento de las prestaciones alimentarias. El menor convive con su madre y mantiene contacto con su padre biológico en forma esporádica, a quien ya le reconoce esa entidad.

Producto de esto es que nuestro consultante quiere iniciar la acción de impugnación de reconocimiento y desplazarse definitivamente del estado de padre. Manifiesta, en este sentido, que el padre biológico no quiere reconocer a su hijo, a pesar de que sabe de su existencia y que lo visita alguna vez. Agrega que la madre del niño tampoco ha tomado cartas en el asunto.

Este caso nos lleva a pensar que aquello que sostiene parte de la autorizada doctrina y la jurisprudencia es una ficción (tal como ocurre cuando sostenemos que el derecho se reputa conocido por todos). Esta posición, ficticia para nosotros, se basa en que el hijo/a puede iniciar tanto la acción de emplazamiento filial como la acción de impugnación de filiación, según sea el caso (a partir de conocer el derecho que le asiste), en cualquier tiempo. Por lo tanto, no resulta un problema para él que el padre reconociente no se encuentre legitimado por la ley y, por ende, no pueda llevar a cabo la impugnación de su reconocimiento fraudulento, tal como lo dispone el artículo 593 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN). En esta inteligencia, destacamos que no estamos de acuerdo con esa posición, dado que afecta el derecho a la identidad del «no hijo/a» reconocido, por cuanto se lo emplaza, a partir de esa filiación extramatrimonial, en un estado de familia que no es el propio. Más aún, tal reconocimiento implica un delito.

### *II.III. Marco Normativo*

En esta sección, analizamos primero la Constitución nacional –y los tratados internacionales de DD. HH. con jerarquía constitucional incorporados a

partir de la reforma de 1994–, y luego enunciamos las leyes referentes al tema en análisis en orden cronológico, según el orden de prelación de las leyes (la pirámide de Kelsen).

### *Constitución nacional*

En 1994 se reformó nuestra Constitución nacional, sancionada en 1853, en virtud de su artículo 30<sup>5</sup>. Así, en 1993 se sancionó la Ley 24.309, mediante la que se declaraba la necesidad de una reforma parcial. En efecto, el artículo 3<sup>6</sup> facultaba a la Convención Constituyente a modificar, entre otros, el artículo 67 de nuestra carta magna. Dicho artículo luego de la reforma pasaría a ser el artículo 75. En el inciso 22 de este último, se faculta al Congreso de la Nación a aprobar o desechar tratados con las demás naciones, con las organizaciones internacionales y con la Santa Sede; y se establece que los tratados y los concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. En el segundo párrafo, se realiza una enumeración de los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

Este artículo de nuestra carta magna reformada, como dijimos, le otorga jerarquía constitucional a algunos tratados de DD. HH., más precisamente, en lo que concierne al tema en estudio, le otorga dicha jerarquía a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida también como Pacto de San José de Costa Rica, y a la Convención sobre los Derechos del Niño. Se trata de convenciones que ya habían sido receptadas por nuestro país con anterioridad a la reforma mencionada, mediante la sanción de las leyes pertinentes<sup>7</sup>. Seguidamente, analizamos cada una de ellas.

5 Artículo 30 de la Constitución nacional de 1853: “la Constitución puede reformarse en el todo ó en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los Pueblos. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

6 Artículo 3 de la Ley 24.309: “Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: A tal efecto la Convención Constituyente podrá: a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108. (...)”.

7 Artículo 75: “Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los

*Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).*

La Ley 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984 y promulgada el día 19 de ese mismo mes, aprobó la incorporación al derecho interno de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), firmada en la ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, y ratificada por la República Argentina el 14 de agosto de 1984. Esta Convención, en su artículo 17, se refiere al derecho a la igualdad de los hijos nacidos tanto fuera como dentro del matrimonio. «Artículo 17. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo». A su vez, en su artículo 19, se refiere a la protección del niño por parte de la familia, la sociedad y el Estado, por su condición de menor: «Artículo 19. Derecho del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado».

*Convención sobre los Derechos del Niño*

El 27 de septiembre de 1990 se sancionó y el 16 de octubre de ese mismo año se promulgó la Ley 23.849 que aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York (Estados Unidos de América) el 20 de noviembre de 1989 y ratificada un año más tarde por la República Argentina. Los artículos 7 y 8 de la Convención se refieren al derecho a la identidad del niño.

Artículo 7.1.— El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 7. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida. Artículo 8. 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar, el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 8. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

---

derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

En efecto, y como ya hemos manifestado precedentemente, a partir de la ratificación de dichos tratados se incorporaron a nuestro derecho interno ambas Convenciones, no obstante, a partir de la reforma Constitucional de 1994 adquirieron, valga la redundancia, jerarquía constitucional.

*Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes*

Como consecuencia de la ratificación que llevó adelante nuestro país de la Convención de los Derechos del Niño en 1990 y su posterior inclusión dentro del inciso 22 del artículo 75 de nuestra carta fundamental en 1994, donde se le otorga jerarquía constitucional, en 2005 se sancionó la Ley 26061: Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a efectos de adecuar nuestro derecho interno.

Esta ley en su artículo 11 nos habla del derecho a la identidad de los niños, niñas y adolescentes. Así, establece que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho al nombre, a su nacionalidad, *a conocer a sus padres biológicos*, a preservar sus relaciones familiares conforme ley, a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente vínculo personal y directo con sus padres<sup>8</sup>.

Las reformas del Código Civil hasta la sanción del Código Civil y Comercial

En origen, el Código Civil, sancionado en 1869 a través de la Ley 340, establecía respecto del reconocimiento que hicieran los padres de sus hijos naturales, que este podía ser contestado (impugnado) por los propios hijos y los que tuvieran interés en hacerlo. Es decir, les otorgaba legitimación a los hijos y a los que tuvieran interés. A su vez, establecía diferencias entre los hijos matrimoniales y los naturales.

8 “Artículo 11, Ley 26061: “Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contrarie el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley”.

Así, en un primer paso hacia la igualdad, la Ley 14.367 suprimió las discriminaciones entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y los nacidos fuera de él, es decir, entre los hijos legítimos e ilegítimos. Y, respecto del tema en análisis, estableció en su artículo 4 que el reconocimiento hecho por los padres de los hijos nacidos fuera del matrimonio podía ser contestado, en cualquier tiempo, por los propios hijos, o por los herederos forzosos de quien hiciera tal reconocimiento, dentro del plazo de 90 días, desde que el reconocimiento les fuera notificado. Luego, la Ley 17.711 derogó el artículo 4 de la Ley 14.367 y volvió a tener vigencia lo establecido en el Código Civil, obviamente, en referencia a la impugnación del reconocimiento de filiación, previo a la sanción de la Ley 14.367.

Posteriormente, la Ley 23.264 reformó el Código Civil y con ello añadió la igualdad de las filiaciones. En efecto, entre los artículos reformados se hallaba el artículo 240, que a partir de entonces estableció la «unidad de filiación». Esto significaba que la ley igualaba una situación que socialmente ya estaba dada, es decir, la igualdad de todos los hijos, tanto los nacidos dentro del matrimonio como fuera de él.

A su vez, y por la misma ley reformista, el artículo 263 del Código Civil estableció que están legitimados para impugnar el reconocimiento los hijos en cualquier tiempo y los que tengan interés en hacerlo, dentro de los dos años desde que se anotician de tal reconocimiento.

El Código Civil y Comercial de la Nación que sustituyó al Código Civil produjo, a partir de su entrada en vigencia el 1 de agosto 2015, ciertos cambios en el tema en análisis, tratados en el artículo 593. Este dispone un plazo de caducidad de un año (anteriormente eran dos), y resultan legitimados el hijo y los terceros que invoquen un interés legítimo. Asimismo, y respecto de la impugnación de la filiación presumida por ley, el artículo 590 amplió la legitimación activa, y dejó de lado el carácter restrictivo que ostentaba respecto de la legitimación el artículo 259 del Código Civil.

### **III. DOCTRINA**

En lo que respecta a la identidad de las filiaciones, opina Graciela Medina que en el mundo desde hace tiempo se viene sosteniendo el principio de no discriminación entre las filiaciones legítimas y las extramatrimoniales. Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 prescribe la igualdad de todos ante la ley, y no admite discriminación alguna, por cuestiones de raza, color, sexo, religión, nacimiento, filiación. La autora añade que, en la misma senda, se encuentran el Pacto de San José de Costa Rica de 1979, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1976, la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, aprobado en Roma en 1950, el Consejo de

Europa en 1975 y la ONU, en el año internacional del niño, en 1980. Asimismo, la carta de los Derechos de la Familia de la Santa Sede del 22 de octubre de 1983 planteaba: «Todos los niños nacidos dentro o fuera del matrimonio gozan del mismo derecho a la protección social para su desarrollo personal e integral».<sup>9</sup>

También la autora sostiene que el orden jurídico argentino no se encuentra aislado del orden jurídico universal, sino que lo integra. Cada día cobra mayor relevancia la comunidad de naciones, con propósitos comunes y normas jurídicas, que integran el orden jurídico interno. El Pacto de San José de Costa Rica es una de esas normas y en ella se establece la igualdad de los seres humanos y prohíbe la discriminación filiatoria. En nuestro orden jurídico interno, a partir de la reforma de nuestra ley suprema en 1994, dicha normativa cobró especial relevancia. No obstante, ya con la sanción de la Ley 23.264 que establecía la igualdad de filiación, nuestro país se había adecuado al pacto suscripto en 1984<sup>10</sup>.

En cuanto al control de convencionalidad, sostiene el profesor Amaya:

Control de convencionalidad. Origen y evolución. El concepto del control de convencionalidad es una noción edificada progresivamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que fue descubriendose paulatinamente hasta su actual consolidación. La Corte IDH, desde sus albores, ha proclamado la idea pero sin tipificarla con la denominación que hoy se la conoce. Así, en la opinión consultiva 2/28, de 1982, sienta la postura que los Estados una vez que aprueban un tratado internacional se someten a un orden legal, donde asumen obligaciones en beneficio del bien común, contrayendo responsabilidades hacia los individuos bajo su jurisdicción, no pudiendo esgrimir obstáculos para su aplicabilidad práctica. Refleja una noción de antaño, más precisamente desde los orígenes de la jurisdicción internacional sostenida en la Convención de Viena, aunque no conocida por aquel entonces con el nombre que se la identifica en la actualidad<sup>11</sup>.

Luego añade:

Como se ha visto precedentemente, la expresión control de convencionalidad fue por primera vez acuñada expresamente por la CIDH en su sentencia en el caso «Almonacid Arellano vs. Chile». La CIDH consagró que los jueces y tribunales internos no sólo están obligados a aplicar las normas vigentes de su ordenamiento jurídico, sino también están sometidos a las disposiciones consagradas en la CADH y a las interpretaciones que haya hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos de estas disposiciones.

9 Medina, Graciela, “Filiación extramatrimonial (Igualdad total con la filiación matrimonial)”, en *La Ley*, 1987-C, p. 713.

10 *Ibidem*.

11 Amaya, Jorge, *Control de Constitucionalidad*, 2<sup>a</sup> edición ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2021, p. 363.

(...)

Así, puede leerse que nuestra Corte Suprema ha convalidado el deber de efectuar –para evitar la responsabilidad internacional del Estado– el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional. El control de convencionalidad desempeñaría un doble papel. Por un lado, un rol repressivo que obligaría a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al Pacto de San José (CADH) y a la interpretación que de dicho Pacto ha realizado la CIDH. Por el otro, un rol constructivo, que obliga a los jueces a interpretar el derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación hecha por la CIDH. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada a éste por la CIDH. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y a la manera en que fue entendido por la CIDH<sup>12</sup>.

#### **IV. JURISPRUDENCIA**

La jurisprudencia se mantuvo durante años en la postura de admitir solo la legitimación para impugnar por parte del progenitor reconociente del hijo extramatrimonial, en los casos en que dicho reconocimiento hubiera tenido origen en el error y, por ende, el planteo debía ser la petición de nulidad. Con el transcurso de los años, ha habido alguna jurisprudencia que admite sin más la petición de impugnación de reconocimiento del reconociente. Elegimos ilustrar el tema con un fallo reciente, de noviembre de 2022, del Juzgado de Familia N° 4 de Paraná (Entre Ríos), que resulta un tanto *sui generis* y plasma la dimensión del tema que nos ocupa.

Los antecedentes del caso los podríamos sintetizar de la siguiente manera: el Sr. M.D. S. promueve con relación a la niña P.V.G., demanda de impugnación de reconocimiento de filiación extramatrimonial contra el Sr. D.H. G., y de filiación; a partir de su legitimación activa como tercero con interés legítimo, dado que el resultado del examen genético oportunamente realizado indica que él es padre de la niña.

M.D. S. en 2014 había mantenido una relación informal con la Sra. G.D.M., madre de la niña. Luego de más de cinco años de finalizado el vínculo, recibió una intimación por reconocimiento y por reclamo por daños. La niña no tenía el apellido de la madre, sino del Sr. D.A.A G., a quien no conocía.

En 2021 el Sr. D.A.A.G. se allana a la impugnación del reconocimiento. Para ello, sostiene que en 2016 había conocido a la Sra. M. y a su pequeña hija P., con quienes había formado una familia. Manifiesta que habían acordado con la

12 *Ibidem.*

madre de P. que él efectuara el reconocimiento de la niña y le otorgara su apellido para que la menor contara con obra social.

Al cabo de un buen tiempo, interpretaron que debían dar prioridad al derecho a la identidad de la niña P., por lo que la Sra. M. realiza el reclamo al padre biológico, el Sr. M.D. S. Por último, menciona que el Sr. M.D. S. sabía desde un primer momento de su paternidad, pero nunca había contestado las intimaciones verbales ni epistolares que se le realizaron.

Con los precedentes expuestos, la Sra. jueza en su fallo resolvió desestimar la acción de impugnación de reconocimiento de paternidad y de filiación promovida por M.D.S., y determinó un vínculo jurídico alimentario de este respecto de la niña P.V. G. con los alcances previstos en los artículos 658 y 659 del CCCN, a partir de los derechos y deberes de los progenitores. Es decir, solo determinó un vínculo jurídico alimentario, le asignó un deber, pero en ningún caso este deber fue correspondido con un derecho. Nótese que los alimentos fijados no resultan provisорios<sup>13</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES

A modo de cierre, establecida la unidad de filiación por la Ley 23.264, puesta en un pie de igualdad la filiación matrimonial y la extramatrimonial, si nuestro universo de iguales son los padres, podríamos concluir que existiría una afectación del derecho a la igualdad del padre reconociente de un hijo extramatrimonial en contraposición al padre reconociente de un hijo matrimonial. En otras palabras, aquel que plantee la impugnación de su paternidad respecto del hijo matrimonial se encontrará legitimado; aquel que plantea la impugnación de su paternidad respecto del hijo extramatrimonial, no.

Ahora bien, este impedimento de acceso a la jurisdicción para aquellos «padres» que reconocieron un hijo/a que nos es suyo, amén de las circunstancias que motivaron la acción, deriva en una afectación mayor, que es el derecho a la igualdad de filiación. Es decir, a la igualdad entre los hijos concebidos dentro del matrimonio (filiación matrimonial) y los hijos concebidos fuera de él (filiación extramatrimonial). Y, a su vez, esta afectación deviene en otra aún más potente: la afectación del derecho a la identidad del niño/a reconocido/a, por cuanto se lo emplaza en un estado de familia que no le corresponde. Ninguno de los tres poderes del Estado argentino tiene justificativos para apartarse de lo establecido en los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos por él suscriptos, dado que ante el incumplimiento sería responsable en los términos del artículo 27 de la Convención de Viena y artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

13 Juzgado de Familia N° 4 de Paraná, Entre Ríos, “S.M.D. vs. G.D.A.A. s/ Impugnación de reconocimiento”, 30/11/2022.

Por tanto, resulta menester rever la normativa administrativa que dispone cómo se lleva adelante el reconocimiento de una persona en el marco de una filiación extramatrimonial, ya que en la actualidad solo depende de la voluntad unilateral de quien lleva adelante tal reconocimiento. Entre otras acciones posibles, creemos que se debería brindar mayor información a quien procura realizar un reconocimiento de un hijo extramatrimonial. Seguramente la casuística no sea numerosa, pero basta que un/a niño/a no tenga la identidad que le corresponde para comprender la urgencia con que debe atenderse el tema.

## COPARTICIPACIÓN FEDERAL DE IMPUESTOS: UNA DEUDA CON LA CONSTITUCIÓN

IGNACIO E. BENCE PIERES\*

Este breve ensayo se inscribe en el marco del trigésimo aniversario de la última reforma constitucional con el objeto de reseñar someramente algunos de los obstáculos –así como alternativas para sortearlos– que presenta la manda del artículo 75, inciso 2 de nuestra Constitución nacional, de dictar una ley convenio que establezca un nuevo régimen de coparticipación federal, cuyo incumplimiento se ha prolongado durante los últimos veintiocho años.

### I. BREVE RESEÑA HISTÓRICA

El régimen de coparticipación federal vigente es el resultado del devenir histórico que ha moldeado las relaciones financieras públicas de la nación argentina con las provincias que la conforman en materia de distribución de recursos tributarios, aunque también opera como mecanismo de coordinación y armonización de las potestades concurrentes que poseen las provincias y la nación a fines de evitar la indeseada doble o múltiple imposición.

En otras palabras, se ha expresado que el núcleo del sistema de la coparticipación es su naturaleza convencional y consiste en que el nivel nacional, central o federal crea el recurso tributario y se compromete a distribuirlo entre él y los niveles provinciales, los que, a su vez, se obligan a distribuir los montos recibidos con sus municipios según sus propias pautas normativas. Asimismo, para que el sistema de distribución funcione, se requiere que las provincias se obliguen por sí y por sus municipios a no aplicar gravámenes locales análogos a los nacionales distribuidos, lo que se traduce en una limitación al ejercicio del poder tributario de los niveles locales<sup>1</sup>.

\* Abogado (UBA), candidato a Magister en Derecho Tributario y Financiero (UBA), docente de grado en asignaturas de derecho tributario (UBA y USAL), docente de posgrado en asignatura de derecho administrativo (UNLAM). Contacto: i.bencepires@gmail.com.

<sup>1</sup> Schafrik, Fabiana y Albornoz, Juan José, “La ley de coparticipación federal: una deuda pendiente”, *Revista de Derecho Público*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni, 1-2019, pp. 171-172.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la evolución histórica de la distribución de la renta tributaria federal, desde la sanción de la Constitución nacional hasta la actualidad, permite distinguir a grandes rasgos, tres etapas<sup>2</sup>:

1) De separación de fuentes (1853-1891). Data desde los inicios de la organización nacional con el dictado de la Constitución histórica de 1853/60 hasta la crisis de los años 1891. Durante esta primera etapa el Gobierno federal no recurrió a la imposición interna para atender sus necesidades fiscales, respetando la cláusula del artículo 4 de la Constitución nacional. Sus principales recursos provenían de los derechos de importación y exportación, de la renta de correos y de tierras públicas, y de ciertos empréstitos u operaciones de crédito.

2) Concurrencia de hecho (1891-1935). Con motivo de la citada crisis, el gobierno federal determinó la creación de impuestos al consumo e impuestos internos en todo el territorio nacional. Esta segunda etapa se caracterizó por el ejercicio simultáneo por parte de la nación y de las provincias de las potestades tributarias en relación con los impuestos internos, y tanto una como las otras crearon tributos a los consumos y a las transacciones de determinadas mercaderías.

3) Coparticipación (1935 en adelante). La tercera etapa comenzó con la sanción de la Ley 12.139 de unificación de impuestos internos al consumo que establecía un régimen de distribución entre la nación y las provincias en función de determinados parámetros, traducidos en porcentajes de repartición. Luego se creó el impuesto a las ventas (Ley 12.143) y se prorrogó el impuesto a los réditos (Ley 12147), cuya recaudación también se distribuía entre las distintas jurisdicciones. Posteriormente, mediante la Ley 12.956 se incluyeron en la masa de impuestos coparticipables al impuesto a las ganancias eventuales y a los beneficios extraordinarios. En 1951 se creó un impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes y se instrumentó un nuevo régimen de coparticipación (Ley 14060).

Aunque con distintas modificaciones, esos regímenes subsistieron por algunos años, hasta que en 1973 se dictó la Ley 20.221 en la que se unificaron todos aquellos en un solo sistema, y se estableció un mecanismo de distribución secundaria en forma automática, en función de coeficientes que se fijaron con parámetros que tenían en cuenta la situación de las provincias menos desarrolladas.

Finalmente, a partir de 1988 entró en vigor la Ley-convenio 23.548 que estableció un régimen de distribución de recursos fiscales entre la nación y las provincias con un criterio de porcentajes fijos.

2 Conf. CSJN, *Fallos*: 338:1356, considerando 3.

## II. EL RÉGIMEN VIGENTE Y ALGUNAS CRÍTICAS

La ley 23.548 (B.O. 26/1/1988) fue concebida como un régimen transitorio, cuya vigencia sería de solo dos años, hasta diciembre de 1989 y, sin embargo, con motivo de diversas prórrogas y de la reforma constitucional de 1994 (específicamente, en virtud de la cláusula transitoria sexta<sup>3</sup>), lleva en vigencia ya 36 años.

Como es sabido, la norma prevé una distribución primaria del total recaudado por los gravámenes que conforman la “masa coparticipable” (art. 2) en los siguientes valores:

- 42,34 % para la nación (incluidas aquí la CABA y Tierra del Fuego);
- 54,66 % para el conjunto de las provincias;
- 2 % para el nivel de recupero de ciertas provincias (Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Santa Cruz);
- 1 % para el Fondo de Aportes del Tesoro Nacional, que se distribuye entre las provincias de manera discrecional.

A su vez, contiene una distribución secundaria (entre las provincias) en porcentajes fijos para cada jurisdicción (ver art. 4). Sin embargo, no obstante la letra de la ley, lo cierto es que con motivo de la rigidez que el sistema presenta, se han producido cuantiosas modificaciones. Ya sea mediante la celebración de diversos convenios complementarios entre las jurisdicciones<sup>4</sup>, o bien mediante el dictado de leyes y decretos nacionales que implican serias «detracciones previas».

Asimismo, se han producido otras actividades que logran modificar de modo indirecto los fondos que finalmente recibe cada provincia, esto es: mediante la realización de obras públicas, la asunción de deudas, la asignación de partidas especiales y el financiamiento de proyectos en ciertas provincias, en desmedro de otras.

Todas estas modificaciones hacen que la distribución efectiva de lo recaudado diste mucho de lo originariamente convenido, a punto tal que impide conocer de manera precisa el porcentaje real asignado a cada jurisdicción. Y, de este modo, se ha dotado de tal complejidad al sistema, que ya por el año 1995

3 Constitución nacional, cláusula sexta: “Un régimen de coparticipación conforme lo dispuesto en el inc. 2 del Artículo 75 y la reglamentación del organismo fiscal federal, serán establecidos antes de la finalización del año 1996; la distribución de competencias, servicios y funciones vigentes a la sanción de esta reforma, no podrá modificarse sin la aprobación de la provincia interesada; tampoco podrá modificarse en desmedro de las provincias la distribución de recursos vigente a la sanción de esta reforma y en ambos casos hasta el dictado del mencionado régimen de coparticipación”.

4 Pactos que conforman el sistema de distribución de renta tributaria federal, integrado por el “Acuerdo entre el Gobierno Nacional y los Gobiernos Provinciales”, del 12/8/92, el “Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento”, del 12/8/93, el “Compromiso Federal” del 06/12/99, el “Compromiso Federal por el Crecimiento y la Disciplina Fiscal”, del 17/11/2000 –entre otros–, y las leyes nacionales y provinciales que los ratificaron y los prorrogaron.

el régimen de coparticipación fue calificado como un «laberinto» o «plato de fideos» por el profesor de Economía de la Universidad de Toronto y consultor del Banco Mundial, Richard Bird, en el marco de una visita a nuestro país. Tal calificación sería objeto del célebre artículo de doctrina escrito por el Dr. José Osvaldo Casás, «el laberinto de la coparticipación»<sup>5</sup>. Podrá el lector adivinar que casi treinta años después, la situación actual dista de ser menos compleja<sup>6</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de la mentada complejidad que el entramado normativo presenta para conocer los porcentajes reales de asignación a cada provincia, la doctrina resulta conteste en que la Ley 23.548 presenta varios inconvenientes o deficiencias técnicas. Entre ellas, la mayor de las críticas que recibe se dirige a cuestionar la falta de correspondencia de criterios objetivos de reparto (v. gr.: población, dispersión de la población, brecha de desarrollo, índice de pobreza, capacidad tributaria, brecha de prestación de servicios –salud, educación, justicia, seguridad–) en la distribución secundaria (entre las provincias), puesto que se limita a establecer porcentajes fijos de distribución sin explicitar los criterios que los subyacen<sup>7</sup>, y a su vez, estos habrían sido definidos a partir de lo asignado a cada una de ellas en el período 1985-1987, cuando no regía ninguna ley de coparticipación y todos los recursos eran transferidos discrecionalmente por la Secretaría de Hacienda de la Nación<sup>8</sup>.

Por otro lado, se objeta tanto un desequilibrio fiscal vertical como horizontal. El primero con motivo de que, pese a ser uno de los países más descentralizados en términos de gasto público, puesto que aproximadamente el 47% se realiza a nivel provincial y municipal, no ocurre lo mismo con los recursos, en cuanto las provincias y municipios solo generan, en promedio, el 24% de los recursos totales. El segundo desequilibrio se refleja en la gran dispersión en la disponibilidad de recursos totales per cápita entre las distintas provincias, algunas reciban montos per cápita varias veces superiores a los de otras<sup>9</sup>.

5 Para un mayor desarrollo del complejo entramado normativo ver, Casás, José, “El laberinto de la coparticipación”, *Periódico Económico Tributario*, año IV, nº 107, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *La Ley*, 22 de abril de 1996.

6 En igual sentido, Schurig, Harry, “El régimen de coparticipación federal de impuestos”, Manili, Pablo, *Constitución de la Nación Argentina a 25 años de la reforma de 1994 - Evolución doctrinal y jurisprudencial*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Hammurabi, p.620.

7 El ejemplo más conocido es el de la provincia de Buenos Aires, a la que se le asigna el 22%, cuando la ley anterior le asignaba el 28% (la provincia genera aproximadamente un tercio del producto y tiene el 37 % de la población), y no se encuentran explicitados los criterios técnicos redistributivos que justifiquen una diferencia de tal magnitud.

8 García Soriano, María Carolina, “Federalismo fiscal. Mandato constitucional incumplido con respecto a la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos”, *Revista de Jurisprudencia, doctrina y legislación*, 2019-54, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters, p. 2.

9 Spisso, Rodolfo R., *Derecho Constitucional Tributario*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5<sup>a</sup> edición, 2011, pp.185-186.

Finalmente, algunas voces critican la falta de correspondencia fiscal del régimen –en términos de que el nivel de gobierno que gasta no es el mismo que recauda– y sostienen que tal resultado radica en que los beneficiarios del gasto no son los mismos que lo financian con su esfuerzo –al menos de manera directa– y, por ello, no se controla la eficiencia con que se ejecuta dicho gasto<sup>10</sup>.

### **III. OBSTÁCULOS Y PROPUESTAS PARA EL DICTADO DE LA LEY-CONVENIO**

A treinta años de aquella reforma, una de las grandes deudas que los representantes del pueblo argentino tienen para con ella es el no haber dado cumplimiento con la manda constitucional del artículo 75 inciso 2 de dictarse una nueva ley-convenio de coparticipación federal, ya no en el término estipulado en la cláusula transitoria sexta, sino luego de veintiocho años de vencido el plazo indicado por los constituyentes.

Dentro de los principales obstáculos que la doctrina encuentra para entender el porqué de tal incumplimiento se destacan, entre otros, los siguientes: *i)* el laberinto normativo de distribución de la masa coparticipable (en atención de las normas complementarias a la Ley 23.548, pactos posteriores y asignaciones específicas); *ii)* que una jurisdicción provincial acepte negociar una menor cantidad de fondos a los que obtiene con el régimen vigente; *iii)* el alto nivel de consenso que requiere el texto constitucional en todos los niveles de gobierno (mayoría absoluta de ambas cámaras, más la aprobación de todas las legislaturas provinciales); *iv)* la elección de los criterios de distribución de la masa coparticipable; entre tantos otros.

Pero no solo se han divisado obstáculos, también se han postulado numerosas y variadas propuestas para su remoción, y avance en el dictado de la ley-convenio. A modo de ejemplo, y a efectos de sortear los dos primeros obstáculos mencionados, se ha propuesto unificar la masa de impuestos nacionales y dividirlos en tres grandes destinos (la ANSeS, el Tesoro Nacional y las provincias) para que una vez deshecho el laberinto, se pueda incursionar en torno a dos dimensiones. Por un lado, evitar el juego de suma cero, es decir, crear nuevos y progresivos tributos –o ampliar las bases de los existentes– que permitan incrementar la masa total de recursos a distribuir para que todos ganen en términos nominales. Por el otro, rediscutir atribuciones e intentar un camino distinto del mentado de la correspondencia fiscal, esto es, avanzar hacia la concurrencia fiscal, tanto en materia de administración y de política tributaria como en las políticas públicas

10 Esgrimen, en ese sentido, que las autoridades gubernamentales no pagan el costo, en términos de pérdida de votos y de cargos electivos por malas administraciones, ya que, en general, los habitantes de una jurisdicción política no exigen rendición de cuentas a su gobierno por el gasto financiado con impuestos que pagan los contribuyentes de otra jurisdicción.

a partir de la complementación nación-provincias en prestaciones estratégicas como salud y educación<sup>11</sup>.

Cabe aquí aclarar que el aumento nominal de recaudación –vía aumento de bases o mediante nuevos tributos– no es la única, ni la más aconsejable de las alternativas para lograr sentar a las provincias a debatir la nueva ley-convenio, ya que, entre otros motivos, y como se verá más adelante, deberán tratarse también los criterios de distribución objetivos en relación con las competencias, servicios y funciones en cada jurisdicción, así como los principios devolutivos y redistributivos que fija el texto constitucional. El debate resulta, en consecuencia, mucho más amplio.

Por otro lado, en relación con el obstáculo enunciado en tercer término, si bien la inmensa mayoría de los autores reconocen que el propio diseño normativo dispuesto por la Constitución es altamente complejo en relación con el elevado nivel de consenso que requiere para el dictado de la próxima ley-convenio, algunos directamente llegan a considerar que es más sencillo llevar a cabo una reforma constitucional. Afirman que para esto último basta una ley de necesidad de la reforma, aprobada por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, que habilitaría inmediatamente al llamado a elecciones de convencionales constituyentes y luego, los elegidos desarrollarían su tarea; mientras que para lograr una ley-convenio, si bien solo se necesita la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, se exige además la ratificación legislativa de veinticuatro jurisdicciones adherentes, lo que presupone un apoyo político absoluto, no solo en la esfera nacional, sino también en cada una de las legislaturas<sup>12</sup>. Esta aserción que resulta atendible, aun soslayando las coyunturales conformaciones de las cámaras del Congreso, ante la fuerza que impone la unanimidad en las adhesiones de las jurisdicciones provinciales.

Ahora bien, hay quienes sostienen que «si la norma constitucional que instituye la llamada ley-convenio de coparticipación federal no ha caído tempranamente en desuetudo, ha generado, al menos, un vacío constitucional que puede suplirse con el precepto de los poderes implícitos del Congreso (art. 75 inc. 32, de la CN)», a lo que anudan que «en la actualidad vienen aplicándose los criterios establecidos por la última ley de coparticipación, que es anterior a la reforma del año 1994, lo cual significa que si la laguna constitucional se ha cubierto con una ley del Congreso, nada impide que este resuelva dictar una legislación apropiada sin sujetarse a los requisitos del acuerdo previo entre Nación y provincias

11 Iñiguez, Alfredo y Otero, Alejandro, “La coparticipación hoy. Reflexiones para desandar el laberinto”, Álvarez Echagüe, Juan Manuel, *Derecho constitucional financiero y tributario local. En homenaje al profesor emérito doctor José O. Casás y al doctor Enrique Bulit Goñi*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ad. Hoc, 2015.

12 Schurig, Harry, *ob. cit.*, p. 623.

ni de las mayorías especiales requeridas en ejercicio de sus referidos poderes implícitos»<sup>13</sup>.

Al respecto, considero que no existe plazo ni lapso alguno que permita efectuar una interpretación que equivalga a una omisión lisa y llana de los explícitos requisitos que la manda constitucional del artículo 75, inciso 2 le impone tanto a los legisladores – nacionales y provinciales– como a los poderes ejecutivos de ambos niveles de gobierno. La profundidad en los consensos requeridos encuentra correlato con el contenido sustancial de la norma, que no es otra cosa que la definición más importante en el plano financiero institucional de las provincias y la nación.

Las dificultades y los obstáculos por sortear son muchos y muy variados, sin embargo, el consenso es la piedra basal del sistema sobre el cual podrá erigirse un nuevo régimen de coparticipación federal. En ese sentido, se ha expresado que el federalismo de nuestra Constitución no es absoluto y, por ello, los términos de un acuerdo sobre la distribución de los recursos deben consensuarse entre todos sus integrantes, porque si no hay una conciencia de unidad y de necesidad de consenso, no hay sistema de distribución que pueda sostenerse en el marco de las desigualdades que nuestro país presenta<sup>14</sup>.

En otro orden de ideas, en el plano estrictamente instrumental de la confección de la ley-convenio, resulta sumamente interesante el aporte que efectuó hace casi tres décadas Enrique Bulit Goñi, al advertir que la experiencia de los procesos de sanción de los regímenes de coparticipación enseña que el legislador, aun el de facto, le ha otorgado atención casi excluyente a la conformación y el reparto de la masa coparticipable, por sobre los demás aspectos institucionales que el régimen debe regular (tales como la definición de las partes, el rol de los municipios, el de los particulares, el funcionamiento de los cuerpos, los recursos disponibles, la revisión judicial de las decisiones, los sistemas de garantías, los mecanismos de transferencias o acreditaciones de fondos, etc.) y cuando ha resuelto aquel primer aspecto, siempre al límite de los plazos, sobre todos estos otros temas, se ha limitado a reproducir las regulaciones preexistentes, sin intentar mejorarlas. Por ello, propuso sancionar una regulación esmerada de todos estos aspectos, exclusiva o prevalecientemente técnicos, sobre los cuales las presiones de los intereses no existen o son menores, una suerte de régimen abstracto

13 Cassagne, Juan Carlos, “Problemática de la coparticipación federal de tributos”, *La Ley*, 2022, 1, 2022-F, p. 351.

14 Pérez Hualde, Alejandro, “Coparticipación federal: el sistema en crisis”, Víctor Bazán (coordinador), *Defensa de la Constitución. Garantismo y controles. En reconocimiento al Dr. Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, pp. 1197-1198.

de coparticipación federal; y dejó para sancionar por separado, el aspecto puntual de la conformación y la distribución de los recursos coparticipados<sup>15</sup>.

#### IV. LOS CRITERIOS DISTRIBUTIVOS

El artículo 75, inciso 2, de la Constitución nacional, en su tercer párrafo establece los principios generales que deberá receptar la ley-convenio en materia de criterios de distribución entre la nación, las provincias y la Ciudad de Buenos Aires y entre estas. En primer término, indica que la distribución se efectuará *en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una, contemplando criterios objetivos de reparto*. En segundo término, expresa que *deberá ser equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional*.

De este modo, puede advertirse que el primero de los criterios rectores de reparto presupone una intensa discusión, ya que habrá que poner blanco sobre negro no solo las competencias, servicios y funciones de cada nivel (nación-provincias), sino acordar los montos que estos demandan actualmente y los que requerirán a futuro. Como ejemplo reciente del nivel de rispidez que presenta la temática, puede servir –aun con sus particularidades<sup>16</sup>– el conflicto del traspaso de la Policía a la CABA y los distintos porcentajes de recursos coparticipables asignados por el gobierno federal al distrito porteño, que se encuentra actualmente en los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

No obstante, dado que sería esperable y natural que la distribución de competencias, servicios y funciones sufra modificaciones con el paso del tiempo, debería contemplarse que los porcentajes de coparticipación también se modifiquen de acuerdo con las necesidades que surjan en las provincias y la nación. Para ello, se ha propuesto, por ejemplo, que exista una revisión periódica de los porcentajes de distribución cada cinco años.

Por otro lado, en relación con los principios rectores enunciados en un segundo momento, que refieren a criterios devolutivos y redistributivos, la mayor parte de la doctrina sugiere tener en cuenta la Ley 20.221 –antecedente de la Ley 23.548– que fue la primera en unificar los regímenes de coparticipación y se sancionó a inspiración de Dino Jarach. Esta tomaba un criterio devolutivo en proporción directa a la población (65%), un primer criterio redistributivo en proporción inversa a la población (10%) y un segundo criterio del mismo orden en proporción a la brecha de desarrollo (25%).

15 Bulit Goñi, Enrique G, “La coparticipación federal en la reforma constitucional de 1994”, *Derecho Constitucional - Doctrinas Esenciales, La Ley*, 1995-D, 977, Tomo III, p. 855.

16 Dado el status que poseen la CABA y la provincia de Tierra del Fuego dentro del sistema de coparticipación de la Ley 23.548, a los cuales la nación les reparte una porción de lo que recibe en la distribución primaria.

En cuanto a este punto, es inmensa la cantidad de combinaciones entre múltiples indicadores, criterios objetivos de distribución y porcentajes de prorratoe, que podrán ser objeto de debate en la elaboración de la nueva ley-convenio. Entre ellos, por mencionar solo algunos criterios devolutivos: *i*) la proporción poblacional directa de cada provincia, en el entendimiento de que la cuantía de bienes públicos que ofrece el gobierno local guarda una íntima relación con el número de habitantes; *ii*) el PBI geográfico, tomando el origen de los recursos como indicador más adecuado de la riqueza; *iii*) parámetros basados en una conjunción del consumo regional y el PBI geográfico, que intentan representar de modo más preciso los recursos que provienen de fuentes tributarias ubicadas en las provincias; *iv*) otros que consideran la dependencia financiera de las provincias con respecto a los fondos provenientes de la nación, con el objeto de igualar ingresos per cápita (provinciales y nacionales), entre muchos otros<sup>17</sup>.

Ya entre los criterios distributivos, además de utilizar proporciones inversas de las enunciadas en el párrafo anterior, algunos autores propugnan por una distribución regional y no personal (por provincia), a los fines de reducir los niveles agregados de desigualdad, sin olvidar el modo en el cual los recursos nacionales son gastados por las jurisdicciones locales, al tiempo que aconsejan garantizar pisos mínimos de bienes públicos por habitante y bregan por la disminución de la brecha existente entre provincias en relación con la prestación de servicios públicos básicos<sup>18</sup>.

Otros, con el foco en los principios de distribución solidaria y con el objeto de atender los bolsones de pobreza existentes, proponen distribuir el 30 % de los recursos coparticipables correspondientes a las provincias teniendo en cuenta dos parámetros. Un 70 % en proporción a la dispersión del PBI geográfico per cápita de la provincia respecto del PBI per cápita del país, a fin de favorecer a las provincias con menor desarrollo relativo; y un 30 % en proporción a la cantidad de habitantes con necesidades básicas insatisfechas respecto del total del país, con el objetivo de paliar las necesidades más urgentes de la población<sup>19</sup>.

Sin agotar las propuestas más diversas que puedan efectuarse al respecto, parece prudente afirmar que para definir los parámetros –que recepcionen los principios rectores fijados por la Constitución nacional– que finalmente se cristalicen en la nueva ley-convenio, habrá que partir sobre una base sólida de puntos

17 Jáuregui, Roman, “Propuestas para pensar un nuevo régimen de coparticipación”, XVI Conferencia Nacional de Abogados: “Abogados: A pensar el país”. Colegio de Abogados de San Isidro, San Isidro, provincia de Buenos Aires, 2010, p. 66.

18 Orlando, Federico, “Federalismo fiscal”, *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina. Una mirada igualitaria*, Roberto Gargarella y Sebastián Guidi (coords.), Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2016, T. 1, pp. 458-462.

19 Jáuregui, Román, *ob. cit.*, p. 67.

básicos en común, que tenga en cuenta, entre otras cosas: *i)* que las fórmulas que se diseñen sean de fácil adecuación a los permanentes cambios de las condiciones socioeconómicas del país; *ii)* que las estadísticas sean confiables, para lo cual se propone que el Organismo Fiscal Federal u otro organismo especial creado al efecto cuente con participación de todas las jurisdicciones; *iii)* que la distribución de recursos, a fin de respetar el principio de solidaridad, tenga en cuenta el volumen de ayudas recibidas “al margen” del régimen de coparticipación (a saber: ATN que reciban las distintas provincias, los regímenes de promoción industrial y de otra índole, otros regímenes especiales de devolución de impuestos, los fondos de asignación específica, los distintos programas de asistencia social, salud, vivienda e infraestructura, etc.).

## V. PALABRAS FINALES

Enunciado muy sucintamente el régimen vigente, así como los obstáculos que se presentan en el cumplimiento de la manda constitucional y algunos ejemplos de posibles alternativas para sortearlos, no se pretende aquí conocer ni arribar al modelo de coparticipación ideal, ni siquiera al mejor entre los posibles. La única certeza que guía estas líneas es la firme convicción de que se necesita dotar de una mayor sencillez, transparencia, eficiencia y eficacia a un instrumento absolutamente esencial de la estructura institucional y financiera de los distintos niveles de gobierno de nuestro país.

Para finalizar, como un posible hilo conductor entre los distintos hitos que han dado espacio a modificaciones en el sistema de distribución de recursos fiscales, podría plantearse a los momentos de crisis económicas o de financiamiento del Estado nacional y los estados provinciales. Desde esa óptica, ante el nuevo escenario de crisis al que ha arribado el país, y a fin de sortear todos los laberintos, resulta imperioso despojarse de mezquindades y empezar a transitar el camino del diálogo constructivo cuyos consensos nos lleven, de una buena vez, a cumplir con la deuda que tenemos pendiente entre nosotros y con la Constitución nacional.

# APROXIMACIÓN AL DERECHO CONSTITUCIONAL

DIEGO A. DOLABJIAN\*

## I. INTRODUCCIÓN

La organización de los poderes del Estado y la consagración de los derechos de las personas, con sus respectivos controles y garantías, son dos temas fundamentales del Derecho Constitucional. En este breve trabajo se intenta ofrecer una mirada general sobre tales aspectos –que no agotan los contenidos de la disciplina– con especial referencia a la Constitución argentina (CN). El objetivo es ofrecer un panorama esquemático, que prescinde deliberadamente de muchos puntos relevantes, con vocación de facilitar el ingreso a una materia compleja y promover su posterior profundización.

## II. ORGANIZACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS Y SUS CONTROLES

En cuanto a la organización constitucional de los poderes y sus controles, el recorrido se plantea a partir de la distinción elemental entre las formas de Estado y de Gobierno. Al respecto, aquí se asume que la «forma de Estado» alude al diseño constitucional del poder en relación con la población y el territorio estatal. Y que,

\* Profesor adjunto (int.) de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Contacto: ddolabjian@derecho.uba.ar.

En el presente trabajo se retoman, en forma muy resumida, cuestiones tratadas de manera más extensa en *Derecho Constitucional profundizado* (Buenos Aires, Ediar, 2017) y en “Constitución, control y garantía (un mapa elemental)” (*Temas de Derecho Administrativo*, nº 9, 2022, pp. 711-740). Para ampliar sobre poderes, derechos, controles y garantías en el Derecho Constitucional argentino cabe remitir a las numerosas obras citadas en tales textos, sin perjuicio de indicar aquí la siguiente selección mínima: Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, ts. I a IV, Buenos Aires, Ediar, 2000-2005; Vanossi, Jorge, *Estado de derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2008; Hernández, Antonio (dir.), *Derecho Constitucional*, ts. I y II, Buenos Aires, La Ley, 2012; Rivera, Julio C. (h) et al., *Tratado de los derechos constitucionales*, 3 ts., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2013; Ferreyra, Raúl, *Fundamentos constitucionales*, Buenos Aires, Ediar, 2015; Rosatti, Horacio, *Tratado de Derecho Constitucional*, ts. I y II, Santa Fe, Rubinzel-Culzoni, 2017; Gelli, María, *Constitución de la Nación Argentina. Comendada y concordada*, ts. I y II, Buenos Aires, La Ley, 2022.

a su vez, la «forma de Gobierno» remite al diseño constitucional del poder con relación a los órganos del aparato gubernamental.

### *II.I. Formas de Estado y de Gobierno*

De manera general, la forma de Estado respecto del territorio puede ser «unitaria» o «compuesta» –sea federal, regional, autonómica, plurinacional–, según que el poder se incline hacia la centralización o la descentralización de la autoridad política. A su turno, respecto de la población, puede ser «totalitaria», «autoritaria» o «democrática» –en sentido sustancial–, según que el poder se anteponga o subordine al respeto de las personas y sus derechos. Complementariamente, la configuración estatal puede ser «soberana» –en sentido absoluto– o «internacionalizada», según que el poder se cierre o abra al orden de la comunidad internacional. Por fin, puede ser «integrada» o no, según que el poder se programe con o sin la posibilidad de articular instancias de integración supranacional.

Por su parte, la forma de Gobierno puede ser «monárquica» –sea absolutista o constitucional– o «republicana», según que el poder se desenvuelva con ausencia o con observancia de ciertos límites para todas las autoridades instituidas. A su vez, puede ser «autocrática» o «democrática» –en sentido procedural–, según que el poder se motorice con prescindencia o con basamento en la participación ciudadana –sea directa o representativa–. Adicionalmente, la diagramación gubernamental puede ser «parlamentaria», «presidencialista», «semipresidencialista» o «semiparlamentaria», según que el poder se instituya con o sin la distinción entre el jefe de Estado y el de Gobierno, la elección popular del jefe de Gobierno y la conexión entre este y sus Ministros y el Parlamento o el Congreso. Por fin, puede ser con «control jurisdiccional» o no, según que el poder se configure con o sin la posibilidad de discutir ante los jueces la juridicidad de los actos de las demás autoridades públicas.

Bajo tales coordenadas, el sistema constitucional argentino responde a las siguientes notas elementales, que se desarrollan a continuación.

Forma de Estado	Forma de Gobierno
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Federal</li> <li>• Democrática sustancial</li> <li>• Internacionalizada</li> <li>• (Proto) Integrada</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Republicana</li> <li>• Democrática procedural</li> <li>• Presidencialista</li> <li>• Con control jurisdiccional</li> </ul>

## II.II. Apuntes sobre las formas de Estado

### a) Federalismo

La Constitución argentina adopta la forma de Estado «federal», por cuanto el poder se distribuye entre el Estado nacional y veinticuatro Estados locales –es decir, las veintitrés provincias y la Ciudad de Buenos Aires (CABA)– (arts. 1, 121 y concs., CN). Al respecto, tanto las provincias como la CABA son entidades autónomas, aunque en diverso grado: así, mientras que las provincias conservan todas las competencias no delegadas al Estado nacional, la CABA posee atribuciones más acotadas en razón de los intereses nacionales que deben tutelarse por su condición de Capital federal (arts. 3, 5, 121 a 129, CN). A su vez, dentro de las provincias se encuentran municipios que revisten diversos tipos de autonomía (art. 5 y 123, CN) y, dentro de la CABA, existen comunas con competencias reducidas. Asimismo, los Estados locales pueden crear regiones (art. 124, CN).

En cuanto a la distribución de competencias entre el Estado nacional y los Estados locales, se distinguen distintas atribuciones. Por un lado, existen competencias exclusivas que corresponden propiamente a uno o a los otros, ya sea como regla o como excepción –por ejemplo, al Estado nacional se delegan las relaciones exteriores, el comercio interjurisdiccional, los tributos aduaneros, la emisión de moneda, las fuerzas armadas, el derecho común, el estado de sitio; a los Estados locales se reserva el régimen municipal, el comercio intrajurisdiccional, la educación primaria; y a cada esfera le incumbe organizar sus propias instituciones y designar a sus autoridades–. Por otro lado, hay competencias concurrentes que corresponden coextensivamente a uno y a los otros –por ejemplo, los tributos indirectos, las medidas de crecimiento y desarrollo, la tutela del ambiente, la defensa de los consumidores, los pueblos originarios–. Por fin, emergen competencias compartidas que corresponden acordadamente a uno con los otros –por ejemplo, la fijación de la Capital federal, la creación de nuevas provincias, el régimen de coparticipación federal–.

Competencias exclusivas	Competencias concurrentes	Competencias compartidas
Estado nacional 	Estado nacional 	Estado nacional 

En este punto, una de las peculiaridades más notorias del sistema federal argentino es el reparto de competencias en materia legislativa y jurisdiccional. El «derecho federal» es dictado por el legislador federal y aplicado por los jueces federales en todo el país y, paralelamente, el «derecho público local» es dictado por los legisladores locales y aplicado por los jueces locales en cada provincia o

en la CABA. Pero, a la vez, existe el denominado «derecho común», dictado por el legislador federal para todo el país, pero aplicado por jueces locales, federales o nacionales, según los casos. Por lo demás, en cada jurisdicción se observan sus respectivos procedimientos (arts. 5, 7, 75:12, 116 y 129, CN).

	Creación	Materia	Aplicación	Proceso
Derecho federal	Legislador federal	Intereses, organización, funcionamiento y atribuciones del Estado federal	Jurisdicción federal	Procedimiento federal
Derecho público local	Legisladores locales	Intereses, organización, funcionamiento y atribuciones de los Estados locales	Jurisdicciones locales	Procedimientos locales
Derecho común	Legislador federal	Civil, comercial, penal, laboral, seguridad social y minería	<i>En causas federales:</i> Jurisdicción federal	Procedimiento federal
			<i>En causas federales:</i> Jurisdicciones locales, pero nacional en CABA	Procedimientos locales, pero federal en CABA

Adicionalmente, cabe mencionar otros elementos relevantes: por ejemplo, la primacía del derecho federal sobre el derecho local (arts. 5 y 31, CN), la atribución del Estado nacional de intervenir en los Estados locales ante ciertas emergencias constitucionales (arts. 6, 75:31 y 99:20, CN) y el rol de las autoridades locales como agentes naturales de las autoridades federales (art. 128, CN).

#### b) Democracia sustancial

A su vez, el sistema constitucional argentino supone una forma estatal «democrática en sentido sustancial», porque el poder se orienta hacia el respeto de las personas y sus derechos. Ello surge de su preámbulo y de su articulado, en particular, a la luz de los derechos constitucionales y los derechos humanos que convergen en la más alta jerarquía normativa, según se desarrolla más adelante (cfr. §III).

#### c) Internacionalización

En otro aspecto, la Constitución argentina proyecta una forma estatal «internacionalizada», en cuanto el poder se abre al orden de la comunidad internacional. Se confiere jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales sobre derechos humanos –por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”)– y se otorga jerarquía supraregal a todo el derecho internacional en general, asumiendo una perspectiva monista en cuanto a la relación del derecho interno y el derecho internacional, bajo salvaguarda de los principios de derecho público constitucionales (arts. 27, 31 y 75:22, CN).

Como consecuencia de ello, es generalmente considerable el influjo de las normas y de las decisiones que resultan de ciertas instancias supranacionales –e, incluso, extranjeras– sobre las medidas que se adoptan en el país, ya sean del sistema interamericano en materia de derechos humanos o de organismos multilaterales –y hasta de tribunales extranjeros– en materia de intereses económicos (derivación esta que aquí plantea objeciones).

#### d) Integración

Finalmente, el sistema constitucional argentino muestra una forma estatal (proto) «integrada», porque el poder se organiza habilitando los procesos de integración supranacional. Al respecto, se contempla la posibilidad de celebrar tratados de integración que deleguen competencias a organizaciones supraestatales, en condiciones de reciprocidad e igualdad, que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Asimismo, se establece que la adopción de tales tratados de integración debe seguir un trámite más o menos gravoso según que involucren a Estados latinoamericanos o de otras latitudes, y que las normas dictadas en consecuencia de tales tratados tengan jerarquía supralegal (art. 75:24, CN). Sobre tal plataforma, la instauración del Mercosur configura el proceso más avanzado, aun con sus claras limitaciones (inercia que aquí resulta cuestionable).

### *II.III. Apuntes sobre las formas de Gobierno*

#### a) República

La Constitución argentina adopta la forma de Gobierno «republicana», en tanto que el poder se sujeta a un esquema de separación de funciones y a los principios de juridicidad, igualdad, publicidad, periodicidad y responsabilidad en el desempeño gubernamental (arts. 1, 33, 44 y concs., CN). En este punto, el diseño del aparato de gobierno puede exponerse agrupando simplificadamente a los poderes y órganos constitucionales –por afinidad– en las «ramas» ejecutiva, legislativa y judicial.

Rama ejecutiva	Rama legislativa	Rama judicial
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Presidente</li> <li>• Vicepresidente</li> <li>• Jefe de Gabinete</li> <li>• Ministros del Poder Ejecutivo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Congreso (Senadores y Diputados)</li> <li>• Comisión Bicameral Permanente</li> <li>• Auditoría General</li> <li>• Defensor del Pueblo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Corte Suprema y tribunales inferiores</li> <li>• Consejo de la Magistratura</li> <li>• Jurado de Enjuiciamiento</li> <li>• Ministerio Público</li> </ul>

En este plano, es claro que el presidente, el Congreso y la Corte Suprema emergen como las máximas autoridades en el ámbito ejecutivo, legislativo y judicial, respectivamente (arts. 75, 99 y 108, CN). En cambio, hay otras dudas: por ejemplo, la ubicación del vicepresidente respecto de la rama ejecutiva y la legislativa, el rol del jefe de Gabinete dentro de la rama ejecutiva y el deslinde entre la Corte Suprema y el Consejo de la Magistratura dentro de la rama judicial.

Un factor clave es el reparto de atribuciones de gobierno y administración que impone el dogma de la división del poder. Así, hay competencias básicas que formalmente corresponden a cada esfera por definición: así, al Legislativo le concierne adoptar o aprobar las decisiones políticas fundamentales mediante leyes –generales y abstractas–, al Ejecutivo le incumbe implementar esas normas para su gestión mediante actos –de carácter unilateral o bilateral, de alcance individual o general– y al Judicial le cabe aplicar tales normas y actos para resolver conflictos mediante sentencias –en casos concretos, sean individuales o colectivos–. No obstante ello, hay también otras competencias específicas que se asignan a cada órbita y que, en diversa medida, se asemejan materialmente a las ajena: así, el Legislativo ejerce funciones administrativas (actos de gestión) y cuasijudiciales (juicio político), el Ejecutivo ejerce funciones cuasilegislativas (decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios y promulgación o veto) y cuasijudiciales (indulto y tribunales administrativos) y el Judicial ejerce funciones administrativas (actos de gestión) y cuasilegislativas (declaración de inconstitucionalidad).

Por cierto, la eficacia de tal sistema reposa en los controles «intraorgánicos», «interorgánicos» y «extraorgánicos» que se erigen –en, entre y sobre las «ramas» ejecutiva, legislativa y judicial– para intentar encauzar el ejercicio del poder a través de la verificación de la regularidad de los actos y la responsabilidad de los agentes estatales.

#### b) Democracia procedural

A la vez, el sistema constitucional argentino regula una forma gubernamental «democrática en sentido procedural», porque el poder se apoya en la voluntad de la ciudadanía por vía representativa o, eventualmente, semidirecta (arts. 1, 22, 37, 39 y 40, CN). En concreto, se garantiza el sufragio de la ciudadanía para la elección directa de las autoridades representativas (art. 37, CN): presidente, vicepresidente, senadores y diputados. Luego, se prevé la intervención del Congreso para la adopción de las decisiones políticas fundamentales, lo cual supone privilegiar un engranaje representativo y deliberativo, con participación de las mayorías y de las minorías. En especial, en cuanto a la concreción de las disposiciones constitucionales, la activación de una reforma constitucional, la aprobación de convenios internacionales y la regulación de materias referidas a derecho común (civil, comercial, penal, laboral, seguridad social y minería), sistema económico-financiero, tributos federales, políticas de desarrollo, límites territoriales, emergencias constitucionales, etc. (art. 75 y concs., CN).

Ello ocurre aun cuando se habilita excepcionalmente el dictado de decretos de necesidad y urgencia o delegados por parte del presidente, que quedan sujetos a control congresual (arts. 76 y 99:3, CN). Por lo demás, también se contempla

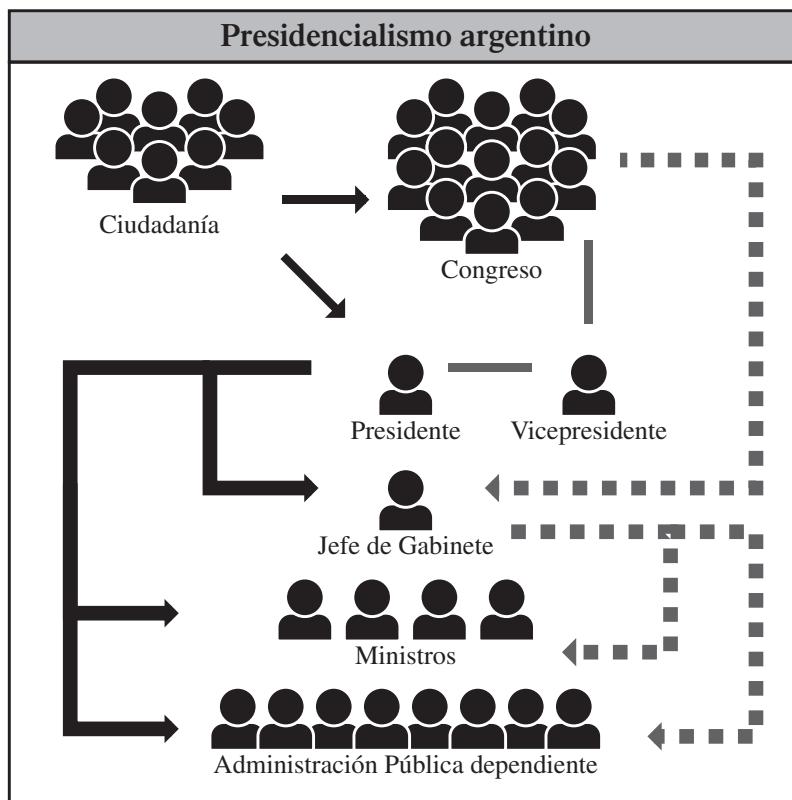
limitadamente la iniciativa y la consulta popular como formas de democracia semidirecta (art. 39 y 40, CN).

Desde ya, tal centralidad de las decisiones democráticamente adoptadas por las autoridades representativas resultantes de la elección popular directa no descarta su regular implementación por los órganos administrativos, ni su ocasional control por los tribunales judiciales.

### c) Presidencialismo

Por otro lado, la Constitución argentina fija una forma gubernamental «presidencialista», por cuanto el poder se instaura con un presidente elegido popularmente, que reúne la condición de jefe de Estado y de Gobierno, y que designa o remueve al jefe de Gabinete, a los ministros y a los agentes de la Administración Pública dependiente de la rama ejecutiva; todo sin sujeción al Congreso, salvo en casos muy puntuales (art. 87 y concs., CN). En tal marco, el presidente y el vicepresidente son elegidos directamente por la ciudadanía –en doble vuelta, si esta corresponde– y asumen por un mandato de cuatro años, susceptible de una reelección. A su vez, el Congreso solo puede destituir al presidente, al vicepresidente, al jefe de Gabinete o a los ministros del Poder Ejecutivo por mal desempeño, delitos funcionales o crímenes comunes, a través de la vía del juicio político (arts. 53 y 59, CN). El jefe de Gabinete también se encuentra sujeto a censura congresual (art. 101, CN).

En cuanto a sus atribuciones, el presidente titulariza el Poder Ejecutivo y, en tal carácter, es el jefe de Estado, el jefe de Gobierno y el responsable político de la administración general del país y jefe de las Fuerzas Armadas (art. 99:1 y ss., CN). En función de ello, posee importantes competencias en materia de administración interna, relaciones internacionales, situaciones de emergencia, más allá de las competencias cuasilegislativas y cuasijudiciales ya mencionadas (art. 99 y concs., CN). A su vez, el vicepresidente preside el Senado, salvo cuando debe reemplazar al presidente en los casos de ausencia transitoria o definitiva (arts. 57 y 88, CN). El jefe de Gabinete ejerce la administración general del país y los ministros del Poder Ejecutivo tienen a su cargo materias específicas de su incumbencia (art. 100 y ss., CN). Bajo su órbita se ubica la Administración Pública dependiente, compuesta por diversos órganos centralizados y entes descentralizados. Más allá de tales previsiones, la autoridad del presidente en la estructura y dinámica de toda la rama ejecutiva resulta evidente.



Más todavía, el modelo presidencialista argentino exhibe una marcada tendencia a acentuar la gravitación de la figura del presidente en todo el sistema (propensión que aquí merece reparos), a tenor de las extensas e intensas atribuciones que acumula a su alrededor, las cuales le corresponden ordinariamente a él –con otras más asignadas también por excepción– y que puede ejercer exclusivamente por sí con el refrendo del jefe de Gabinete y de sus ministros –aunque algunas requieren también del acuerdo del Senado–.

#### d) Control jurisdiccional

Finalmente, el sistema constitucional argentino establece una forma gubernamental con «control jurisdiccional», por cuanto el poder se enmarca reconociendo a los jueces la atribución de examinar la juridicidad de los actos de las demás autoridades estatales.

Así, a nivel federal, se erige una Corte Suprema con una competencia originaria, ceñida a sustanciar ciertas causas en las que son parte una provincia o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o diplomáticos extranjeros; y una competencia apelada extraordinaria, diseñada para revisar determinadas decisiones de los tribunales federales inferiores y que excepcionalmente se extiende a ciertos

pronunciamientos de los tribunales locales o nacionales ordinarios (arts. 108, 116, 117 y 127, CN). En cuanto a los tribunales inferiores a la Corte Suprema, en el ámbito de la Capital federal existen tribunales federales especializados en lo contencioso-administrativo, electoral, civil y comercial, criminal y correccional, penal económico y seguridad social, junto con tribunales ordinarios en lo civil, comercial, trabajo, criminal y correccional. En tanto, en el resto del país, se asientan tribunales federales encargados de sus competencias propias (arts. 75, 20, 108, 116 y concs., CN). Todo ello al margen de los tribunales locales que establezcan las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en sus respectivas jurisdicciones (arts. 5, 75:12, 121, 129 y concs., CN).

Por lo demás, el sistema de control de constitucionalidad federal es difuso, por lo que todos los jueces mencionados, sean federales, nacionales o locales, de cualquier fuero y jerarquía, pueden y deben declarar la inconstitucionalidad de los actos que contradigan la Constitución y el orden del resto del derecho federal en las causas sometidas a su conocimiento y decisión. Tal control abarca el examen de constitucionalidad o convencionalidad, legalidad y razonabilidad de los actos estatales, pero no la revisión de su oportunidad, mérito o conveniencia. En tal marco, la legitimación para impetrar el control corresponde básicamente al afectado, si se trata de sus derechos individuales; o al afectado, a determinadas asociaciones o al Defensor del Pueblo, si se trata de derechos de incidencia colectiva. Por fin, la declaración judicial de inconstitucionalidad tiene efectos para el caso concreto, aunque la decisión puede proyectarse más allá de las partes intervenientes cuando recae en un proceso colectivo o se asume como un precedente de la Corte Suprema.

### **III. CONSAGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SUS GARANTÍAS**

En cuanto a la consagración constitucional de los derechos y sus garantías, el itinerario se traza a partir de la complementación básica entre los derechos constitucionales y los derechos humanos. Al respecto, aquí se asume que los «derechos constitucionales» son los derechos resultantes del texto de la Constitución argentina y que los «derechos humanos» son los derechos resultantes del texto de ciertos instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional.

#### *III.I. Fórmulas de derechos*

##### *a) Fundamentación*

De manera general, los derechos más primordiales pueden denominarse de diversa forma; por ejemplo, derechos naturales, derechos morales, derechos innatos, derechos del hombre, derechos de la persona humana, derechos humanos, derechos individuales, libertades individuales, libertades públicas, derechos públicos subjetivos, libertades constitucionales, derechos constitucionales,

derechos fundamentales. En ese marco, pueden concebirse como disposiciones que empoderan una «voluntad» o que protegen un «interés» y que se fundan jurídicamente en términos «iuspositivistas», «iusnaturalistas» o «iusrealistas», con sus variadas alternativas y combinaciones. Más allá de ello, cualesquiera sean sus fuentes materiales, los derechos encuentran actualmente sus fuentes formales en el Derecho Constitucional a nivel interno y en los Derechos Humanos a nivel internacional. En este campo, por cierto, pueden encontrarse no solo los derechos explicitados, sino también alusiones a derechos implícitos o no enumerados.

### b) Configuración

En cuanto al objeto de los derechos, estos pueden resguardar ámbitos vitales muy diversos; por ejemplo, contenidos «civiles», «políticos», «económicos», «sociales», «culturales», «ambientales». En lo relativo a sus sujetos, los derechos pueden titularizarse solamente por «personas humanas» y obligar únicamente a «autoridades públicas», o pueden extenderse también a otro tipo de personas en una y en otra dirección. Por lo demás, los derechos pueden entenderse solo con una «dimensión subjetiva», como posiciones personales de los sujetos, o también con una «dimensión objetiva», como elementos estructurales del ordenamiento. A su vez, el sentido de los derechos puede concebirse con diferentes comprensiones; por ejemplo, en clave «liberal», «axiológica», «social», «democrática» o «institucional».

En términos normativos, los derechos pueden entenderse como meras «fórmulas políticas», que implican declaraciones orientativas, o como auténticas «normas jurídicas», que suponen disposiciones obligatorias. Enlazado a lo anterior, algunos derechos pueden considerarse «operativos», de modo que son aplicables y exigibles inmediatamente sin necesitar reglamentación, y otros «programáticos», de manera que son aplicables y exigibles solo mediátamente por requerir reglamentación. Por lo demás, los derechos pueden entenderse como «reglas», en tanto disposiciones concluyentes que imponen acciones específicas que no admiten grados de concreción, o como «principios», en tanto disposiciones abiertas que plantean mandatos optimizables que se gradúan según su ponderación.

Asimismo, la armonización de los derechos puede partir de visiones «conflictivistas» o «no conflictivistas», las cuales pueden defender soluciones diferentes a modo de «articulación natural», «jerarquización abstracta», «ponderación concreta» o «concretización positiva». En otro orden, puede sostenerse que todos los derechos son «relativos», en cuanto son susceptibles de reglamentación, o que existen algunos «absolutos», que no admiten ser reglados. Al respecto, el significado de la «reglamentación» de los derechos puede abarcar intervenciones normativas diferentes; por ejemplo, «regulación», «desarrollo», «configuración», «limitación». Tales medidas se encuentran sujetas a recaudos formales

y sustanciales; por ejemplo, «legalidad» o «reserva de ley» y «razonabilidad» o «proporcionalidad» y «contenido esencial». En este punto, emerge también la cuestión de qué derechos, y por cuáles medios, pueden ser susceptibles de «suspensión», generalmente ante situaciones extraordinarias de emergencia; e, incluso, de si es posible su «extinción», sea por pérdida o renuncia. Finalmente, los derechos pueden rodearse de diversas «garantías» para su protección, ya sean de ámbito nacional o supranacional, de tipo jurisdiccional o no jurisdiccional y de carácter genérico para todos o específico para algunos.

### *III.II. Apuntes sobre los derechos constitucionales y los derechos humanos*

En su origen (1853/60), la Constitución argentina trataba sobre los derechos en un capítulo de su primera parte –sobre «declaraciones, derechos y garantías»— donde se consagraban derechos civiles de los habitantes y sus garantías básicas. Luego, tras el intento de una nueva Constitución (1949) y el retorno al texto anterior (1955), una reforma (1957) receptó derechos sociales (art. 14 *bis*, CN). En la última reforma constitucional (1994) se añadió un capítulo –de «nuevos derechos y garantías»— donde se constitucionalizaron derechos políticos y colectivos con más garantías judiciales específicas (arts. 36 a 43, CN). Asimismo, en la segunda parte de la Constitución –sobre «autoridades de la Nación»— también emergen disposiciones vinculadas a derechos, entre las cuales sobresale especialmente la alusión a los derechos humanos (art. 75:22, CN). En concreto, allí se estableció que ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos; a la vez que se habilitó al Congreso a dotar de igual jerarquía a otros instrumentos semejantes.

<b>Instrumentos de DDHH dotados de jerarquía constitucional por el Constituyente en 1994</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.</li> <li>• Declaración Universal de Derechos Humanos.</li> <li>• Convención Americana sobre Derechos Humanos.</li> <li>• Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</li> <li>• Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.</li> <li>• Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.</li> <li>• Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.</li> <li>• Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.</li> <li>• Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruellos, Inhumanos o Degradantes.</li> <li>• Convención sobre los Derechos del Niño.</li> </ul>
<b>Instrumentos de DDHH dotados de jerarquía constitucional por el Congreso luego de 1994</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820).</li> <li>• Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778).</li> <li>• Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 27.044).</li> <li>• Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ley 27.700).</li> </ul>

Más allá de las dudas puntuales que plantea el significado del referido artículo de la Constitución argentina –por ejemplo, qué implican la jerarquía constitucional, las condiciones de vigencia, la no derogación de la primera parte y el carácter complementario de la Constitución– resulta indudable el impacto que registran, en todos los campos del Derecho, los derechos humanos equiparados a los derechos constitucionales.

### *III.III. Apuntes sobre los derechos fundamentales*

La Constitución argentina emplea la voz «derechos» como denominación genérica, a la par que incluye formulaciones que aluden a los «derechos constitucionales» y a los «derechos humanos». Con todo, ambas categorías pueden conjugarse, sin confundirse, como «derechos fundamentales» en la medida en que revisten semejante jerarquía y protección (arts. 31, 43, 75:22 y otros, CN).

Así, cabe afirmar que tales derechos reconocen una doble fuente positiva –interna e internacional–, más allá de que es común que en esta materia se invoquen principios morales o de justicia o prácticas institucionales o sociales. En esa línea, la visión clásica suele sostener que los derechos son reconocidos y no otorgados por las normas positivas (planteamiento que aquí motiva objeciones). Por lo demás, junto a los derechos enumerados, se admiten ciertos derechos implícitos o no enumerados (art. 33, CN y art. 29.c, CADH).

Como resultado de ello, el sistema constitucional argentino contempla un vasto repertorio de derechos civiles, políticos, sociales, económicos, culturales y ambientales (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 19, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 75:22 y otros, CN) que pueden tener alcance individual o colectivo (art. 43, CN). A su vez,

tales derechos se extienden a las personas en general o se focalizan sobre ciertos sectores en especial.

Derechos generales	Protección de vida, libertad, igualdad, privacidad, culto, religión, pensamiento expresión, educación, cultura, petición, circulación, reunión, asociación, propiedad, industria, comercio, trabajo, ambiente, salud, seguridad social.
Derechos sectoriales	Participación de ciudadanos y situación de trabajadores, consumidores, mujeres, niños, adultos mayores, personas con discapacidad, pueblos originarios.

Los derechos constitucionales son titularizados tanto por personas humanas como por personas jurídicas –según los casos–, mientras que los derechos humanos asisten esencialmente a las primeras y solo excepcionalmente alcanzan a las segundas. Por cierto, el conjunto de los derechos fundamentales corresponde ampliamente a los habitantes –argentinos y extranjeros–, aunque con excepciones en cuanto a la participación política (arts. 14, 20 y otros, CN). A su vez, los derechos constitucionales obligan tanto a las autoridades públicas –fедерales y locales (arts. 5 y 31, CN)– como a las personas particulares –según los casos–, mientras que los derechos humanos vinculan esencialmente a las primeras, aunque extensivamente también alcanzan a las segundas. En general, los derechos se explican en su dimensión subjetiva, aunque hay algunas consideraciones sobre su dimensión objetiva.

En cuanto a su matriz normativa, se afirma que los derechos fundamentales son «normas jurídicas» obligatorias y que no son simples «declaraciones teóricas», aunque –a la vez– es común que se señale que algunos son operativos y otros programáticos, o que algunos poseen operatividad directa y otros, operatividad derivada. Al margen, algunos aparecen configurados como «reglas» y otros como «principios», pero todos muestran indeterminaciones y condicionamientos que impactan en su realización efectiva.

De manera general, todos los derechos se consideran «relativos» (arts. 14 y 28, CN) y solo excepcionalmente se defienden algunos «absolutos». Respecto de su «armonización», suele primar una mirada conflictivista sobre la alternativa no conflictivista, donde las respuestas se mueven mayoritariamente entre la «concreción positiva» y la «ponderación concreta», si bien hay planteos minoritarios en pos de cierta «articulación natural» o «jerarquización abstracta».

En la Constitución argentina los derechos fundamentales se ejercen conforme las leyes que razonablemente reglen su ejercicio y pueden sufrir limitaciones ante ciertas emergencias (arts. 14, 23 y 28, CN y art. 27, CADH). Al respecto, la lectura tradicional entiende que la «reglamentación» de los derechos incluye su regulación, configuración, desarrollo o limitación –sin distinciones– y solo diferencia entre tales medidas según que respondan a situaciones ordinarias –«poder

de policía»— o a situaciones excepcionales —«estado de sitio» y «poder de policía de emergencia»— (reconstrucción que aquí suscita críticas). A su vez, básicamente se exige que las medidas sobre los derechos respeten recaudos de «legalidad» —aunque con un concepto de ley material, no formal— y de «razonabilidad» —aunque con estándares de escrutinio variables, según los casos—.

Finalmente, los derechos se recubren de distintas «garantías» para su tutela, tanto de ámbito nacional como supranacional, de tipo jurisdiccional y no jurisdiccional y de carácter genérico y específico. En tal marco, cabe resaltar particularmente las acciones constitucionales consagradas como vías específicas —es decir, «amparo individual», «habeas data», «habeas corpus» y «proceso colectivo» (art. 43, CN)—, que refuerzan la tutela que proveen las vías comunes contempladas en los Códigos Procesales —por ejemplo, «acción declarativa», «medidas cautelares», etc.—. Por regla, todos esos procesos judiciales permiten canalizar el ya referido control jurisdiccional de constitucionalidad en defensa de los derechos en juego, con la posible decisión última de la Corte Suprema como máximo tribunal e intérprete final de la Constitución. Todo ello, al margen de las peticiones que pueden dirigirse al sistema interamericano de derechos humanos.

Garantías de los derechos	
Ámbito nacional	<p><b>No jurisdiccionales:</b> Supremacía de la Constitución, jerarquía constitucional de los DDHH, rigidez constitucional, jerarquía de demás normas y actos, sistema democrático, régimen republicano, acciones privadas, como límite infranqueable, nulidad de actos contrarios al orden constitucional, responsabilidad estatal, legalidad y razonabilidad, emergencias constitucionales, Defensor del Pueblo.</p> <p><b>Jurisdiccionales comunes a cualquier proceso:</b> Acceso a la jurisdicción, juicio previo, tutela judicial efectiva, juez natural, imparcialidad e independencia del juez, prohibición de funciones judiciales al Poder Ejecutivo, debido proceso, defensa en juicio, bilateralidad, igualdad procesal, derecho a ser oído, prohibición de confesión coercitiva, derecho a la prueba, inviolabilidad del domicilio y de la documentación privada, plazo razonable, legalidad y razonabilidad de las decisiones, motivación y fundamentación de las sentencias, acciones constitucionales (amparo individual, habeas data, habeas corpus, procesos colectivos), control de constitucionalidad, recurso extraordinario federal.</p> <p><b>Jurisdiccionales específicas de procesos penales y sancionatorios:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <i>Comunes a las partes:</i> Sistema acusatorio, respeto de las formas sustanciales del proceso (acusación, defensa, prueba y sentencia).</li> <li>• <i>Propias de la víctima:</i> Impulso de la acción, seriedad de la investigación, imprescriptibilidad de crímenes de lesa humanidad.</li> <li>• c) <i>Propias del acusado:</i> Presunción de inocencia, in dubio pro reo, legalidad (ley escrita, previa, cierta y estricta), culpabilidad, lesividad, ley penal más benigna, defensa técnica (particular u oficial), asistencia de intérprete o traductor, condiciones para la confesión, exclusión de la prueba ilícita, juicio por jurados, non bis in ídem, doble conforme, límites a la prisión preventiva, prohibición de tratos crueles o inhumanos, condiciones dignas de detención, personalidad y determinación de la sanción, proporcionalidad y progresividad de la pena.</li> </ul>
Ámbito supranacional	<p><b>No jurisdiccionales:</b> Comisión Interamericana y otros Comités de DDHH.</p> <p><b>Jurisdiccionales:</b> Corte Interamericana de DDHH.</p>

#### **IV. CONCLUSIÓN**

Hasta aquí llega la propuesta de un recorrido sintético por el sistema constitucional argentino en lo concerniente a la organización de los poderes del Estado y la consagración de los derechos de las personas, con sus respectivos controles y garantías. A partir de estas líneas –si es que cumplieron su meta– queda la tarea de desplegar las cuestiones tratadas y, por supuesto, afrontar las omitidas, para perfeccionar el cuadro de nuestro Derecho Constitucional que aquí apenas se ha esbozado. De tal manera, valga cerrar esta aproximación sucinta confiando en que lo bueno, si breve, dos veces bueno; y aun lo malo, si poco, no tan malo.



# LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

LUCIANO DURRIEU\* Y SANTIAGO COLOMBANO\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Los decretos de necesidad y urgencia (DNU) han sido siempre un punto controvertido en el derecho constitucional argentino por cuanto importan una tensión en el principio de división de poderes al permitir que el Poder Ejecutivo dicte actos de competencia propia del Congreso de la Nación. Al respecto, se ha sostenido:

... la mayor o menor amplitud en el ejercicio de esta facultad va a determinar, con la adición de otros elementos, la existencia o no de una verdadera división o separación de poderes en un país determinado. Una constitución permisiva, un Poder Ejecutivo que abuse de los DNU, un Poder Legislativo que se abstenga de controlarlos (o que ejerza un control débil) o un Poder Judicial que los convalide laxamente, podrían generar que la división de poderes se vea seriamente afectada (o suprimida, si se dan esos tres supuestos juntos). En cambio, una constitución que tenga una normativa estricta para los DNU, un PE que se auto restrinja en su uso y un PL y un PJ que ejerzan un control vehemente, garantizarán la división o separación de los poderes y la salud del sistema republicano<sup>1</sup>.

En nuestro país, hasta la reforma constitucional de 1994, los decretos de necesidad y urgencia eran una práctica sin fundamento en una cláusula constitucional específica, aunque resultara una actividad común validada por la Corte

\*Abogado (UBA), especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA), especialista en Derecho Administrativo (Universidad de Salamanca), especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia), docente en Derecho Constitucional de grado (UBA y UP) y posgrado (UBA, UP, UCES, UCA, ECAE), secretario letrado del Consejo de la Magistratura de la CABA. Contacto: luciano.durrieu@gmail.com.

\*\*Abogado (UBA), secretario administrativo en el Tribunal Electoral de la CABA, docente en la UBA de la materia Elementos del Derecho Administrativo, maestrando en Derecho Administrativo Económico (UCA). Contacto: santiagocolombano@gmail.com.

<sup>1</sup> Manili, Pablo Luis, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, T. VI, p. 110.

Suprema de Justicia de la Nación. Posteriormente, fueron incluidos como parte del Núcleo de Coincidencias Básicas aprobado por la Ley 24.309, que establecía los puntos que serían analizados por la Convención Constituyente de aquel año.

En el marco de la Convención, al momento de tratar esta temática, hubo diferentes discursos, entre los cuales destaca el brindado por el convencional Alberto García Lema, quien señaló:

Correspondió entonces discernir si era conveniente que los decretos de necesidad y urgencia se mantuviesen como una práctica paraconstitucional, reconocida por sectores importantes de la doctrina y de la jurisprudencia o si debían ser reglamentados en la propia Constitución. Se optó por esta segunda solución porque parece lógico que aun las cuestiones que ofrecen dificultades para su tratamiento constitucional, sean previstas en la ley fundamental, pese a los conflictos que se generen [...]. La ventaja principal de reglamentar los decretos de necesidad y urgencia en la Constitución es que permite delinear los sujetos a determinados procedimientos que importarán profundas modificaciones respecto de las prácticas anteriores. Así la necesidad de que el presidente de la Nación deba dictarlos en acuerdo general de ministros; que el jefe de gabinete además de suscribir ese decreto deba exponerlo personalmente ante la Comisión Bicameral de control que se creará en esta materia; que luego la comisión tenga un tiempo también abreviado de diez días para expedirse y que la cuestión sea sometida a los plenarios de las Cámaras para que decidan expresamente sobre ella parecen mecanismos que innovan profundamente sobre las mencionadas prácticas anteriores. Es importante señalar que el sentido del artículo 71 *bis* en cuanto establece que el Congreso deba expedirse expresamente sobre esta materia, significa que tanto para la aprobación del decreto o para su rechazo debe mediar una voluntad expresa del mismo. Los procedimientos a los que ajustará el Congreso su conducta en esta cuestión y los efectos a darse al alcance de estos decretos serán previstos precisamente por una ley que deberá dictar el Congreso, pues así lo impone la Asamblea Constituyente como mandato<sup>2</sup>.

Así, el artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional, finalmente sancionado, establece, en lo que aquí interesa:

El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: [...] 3. Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o de régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en

<sup>2</sup> Convención Nacional Constituyente, 18.<sup>a</sup> Reunión – 3.<sup>a</sup> Sesión Ordinaria (Continuación), 27 de julio de 1994.

acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros. El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente.

Por su parte, el artículo 100 inciso 13 de la Carta Magna establece que corresponde al jefe de gabinete de ministros «... refrendar conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los decretos que promulgan parcialmente leyes. Someterá personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral Permanente». Esta facultad del Poder Ejecutivo es una herramienta excepcional que le permite ejercer facultades legislativas, siempre que concurran determinadas circunstancias de carácter extraordinario. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

... la letra del texto constitucional (artículos 99.3 y 76) refleja sin ambigüedades la decisión que tomó la Convención Constituyente de 1994 de, por una parte, mantener el principio general contrario al ejercicio de facultades legislativas por el Presidente como una práctica normal y, por la otra, de introducir mayores precisiones sobre las condiciones excepcionales en que ello sí puede tener lugar<sup>3</sup>.

La doctrina ha otorgado diferentes definiciones de estos instrumentos. Se los ha definido como las normas de alcance general que dicta el Poder Ejecutivo sobre materias legislativas (regulaciones), sin autorización previa del Congreso<sup>4</sup>; una norma de alcance general, abstracto y obligatorio, de sustancia legislativa, dictada por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de una habilitación constitucional, en todo escenario en que circunstancias extraordinarias súbitas y de gravedad inusitada tornan imposible cualquier intervención del Poder Legislativo, y siempre que no implique una restricción de derechos ni un avance sobre materias vedadas<sup>5</sup>. Además, se ha dicho que, si bien se trata de normas vigentes desde el momento en que ellas mismas lo establecen, impulsan al Congreso a expedirse sobre estas, *so pena* de que tal decreto, que tiene como contenido materias correspondientes a la ley, continúe con su vigencia como si fuera tal<sup>6</sup>.

3 Fallos, 331:2406.

4 Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2021, p.121.

5 Scaramberg, Juan, *Los decretos de necesidad y urgencia en la Argentina*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2023, p.11.

6 Barra, Rodolfo y Licht, Miguel, “Los decretos de necesidad y urgencia”, *La Ley*, Buenos Aires, 2016, p.2.

## **II. LOS ORÍGENES DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**

En forma preliminar, corresponde señalar que ya en 1897 Joaquín V. González, en su célebre *Manual de la Constitución argentina*, mencionaba:

... pude el Poder Ejecutivo, al dictar reglamentos o resoluciones generales, invadir la esfera legislativa, o en casos excepcionales o urgentes, creer necesario anticiparse a la sanción de una ley; entonces, la ulterior aprobación de sus decretos por el Congreso, da a éstos el carácter y fuerza de leyes<sup>7</sup>.

Dicho lo anterior, corresponde recordar que existen numerosos antecedentes en nuestra historia constitucional en donde el Poder Ejecutivo adoptó decisiones sobre materias propias del Congreso de la Nación, algunas de las cuales fueron ratificadas por este y otras no, y revisadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A modo de ejemplo, en “Criminal c/ Andrade, Crisólogo”<sup>8</sup>, donde se imputaba al acusado formar parte de las fuerzas del General Peñaloza y participar de la rebelión de 1868, se resolvió validar una amnistía dictada por el Comisionado Nacional para la pacificación de La Rioja. Para decidir de ese modo, remitió al dictamen del Procurador General de la Nación:

Es verdad que ni el Comisionado Nacional ni el Poder Ejecutivo tenía la facultad constitucional para conceder esta amnistía, que según el inciso 17, art. 67 es atribución exclusiva del Congreso, pero estando obligado el Presidente y su Comisionado a pacificar La Rioja, y siendo la amnistía el medio más eficaz y racional de conseguir este objeto en las circunstancias en que se hallaba aquella Provincia en 1868, hicieron bien en ofrecer la amnistía con calidad de obtener la aprobación superior, como se hizo. Era entonces el Congreso, y no un juez el que podía haber anulado la misma, si la creía perjudicial o indebida. Pero el Congreso, a quien se dio cuenta con todos los documentos de estos sucesos, la aprobó dejándola subsistente. Estaban pues llenadas las formas constitucionales y ningún juez ni tribunal puede hoy quebrantar esa amnistía que trajo paz y concordia a la República<sup>9</sup>.

También es recordado el dictamen del Procurador General de la Nación, Sebastián Soler, en el caso “Cine Callao”<sup>10</sup>, cuando señaló lo siguiente:

Cuando un determinado poder, con el pretexto de encontrar paliativos fáciles para un mal ocasional, recurre a facultades de que no está investido, crea,

7 González, Joaquín, *Manual de la Constitución Argentina* (1853-60), ed. actualizada por Humberto Quiroga Lavié, nº 545, pp. 515-516, Buenos Aires, La Ley, citado en Diegues, Jorge A., Decretos de necesidad y urgencia, La Ley. Cita Online TR Laley AR/DOC/1591/2012.

8 Fallos, 11:405.

9 Extraído del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 11:405.

10 Fallos, 247:121.

aunque conjure aquel mal, un peligro que entraña mayor gravedad y que una vez desatado se hace de difícil contención: el de identificar atribuciones legítimas en orden a lo reglado, con excesos de poder. Poco a poco la autoridad, se acostumbra a incurir en extralimitaciones, y lo que en sus comienzos se trata de justificar con referencia a situaciones excepcionales o con la invocación de necesidades generales de primera magnitud; se transforma, en mayor o menor tiempo, en las condiciones normales del ejercicio del poder. Ocurre después algo peor. Los mismos gobernados se familiarizan con el ejercicio, por parte del gobierno, de atribuciones discrecionales para resolver problemas. Y entonces, consciente o subconscientemente, pero siempre como si el derecho escrito vigente hubiera sido sustituido o derogado por un nuevo derecho consuetudinario, cada sector de la comunidad exige, si está en juego su propio interés y es preciso para contemplarlo, que la autoridad recurra a cualquier desvío o exceso de poder. A cualquiera, no importa en qué medida, basta que sea idóneo para que la pretensión reclamada sea inmediata y favorablemente acogida; y así como su concesión no compromete el patrimonio estatal será más fácil y cómodo para el gobierno acordar lo pedido que negarlo. De esto se hace después una práctica. Así se va formando lo que se da en llamar ‘una nueva conciencia’. Nada va quedando ya que sea pertinente por imperio de la ley o a través de sus instituciones, y el derecho se adquiere, se conserva o se pierde sin más causa que la propia voluntad del gobernante o la benevolencia sectaria con que hace funcionar su discrecionalidad<sup>11</sup>.

Otro caso emblemático fueron los hechos analizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Porcelli”<sup>12</sup> de 1989, donde se impugnaba la constitucionalidad del Decreto 1096/85. Al dictar sentencia, el Tribunal declaró abstracta la cuestión en atención a que había sido ratificado por el Congreso de la Nación mediante el artículo 55 de la Ley 23.410. No obstante, reviste importancia lo dictaminado por el Señor Procurador General de la Nación quien, si bien coincidió en que la causa había devenido abstracta, expresó:

... nos encontramos frente a lo que en doctrina se denomina reglamento de necesidad y urgencia [...]. Desde antiguo, gran parte de la doctrina ha admitido que, ante circunstancias excepcionales, caracterizadas por la presencia de hechos que afecten la existencia, la seguridad, el orden público, incluso aquéllas de orden económico, donde se manifiesta la urgencia del Estado para conjurar sus efectos, el Poder Ejecutivo Nacional puede dictar reglas que de ordinario integran el conjunto de atribuciones del Congreso, siempre que el Parlamento se

<sup>11</sup> Extraído del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 247:121.

<sup>12</sup> Fallos, 312:555.

encuentre en receso o la índole emergencial del asunto provoque la imposibilidad material de ser resuelto en término a pesar de haber sido convocado<sup>13</sup>.

Hasta aquí hemos mencionado diferentes casos llegados al Máximo Tribunal en los que se debatía la constitucionalidad de actos dictados por el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades correspondientes al Congreso de la Nación. Ahora bien, podemos afirmar que el acta de nacimiento de los decretos de necesidad y urgencia surgió a partir de la sentencia dictada por el Tribunal Cimero en el precedente “Peralta”<sup>14</sup>. Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó el Decreto 36/90 que limitó la devolución de depósitos bancarios a plazo fijo hasta un límite de 1.000.000 de australes y estipuló que el excedente sería abonado en Bonos Externos 1989. Al respecto, sostuvo que el decreto impugnado:

... pertenece a la categoría de normas que ha recibido por parte de la doctrina la denominación de reglamentos de necesidad y urgencia”<sup>15</sup> y agregó que “puede reconocerse la validez constitucional de una norma como la contenida en el decreto 36/90, dictada por el Poder Ejecutivo. Esto, bien entendido, condicionado por dos razones fundamentales: 1) que en definitiva el Congreso Nacional, en ejercicio de poderes constitucionales propios, no adopte decisiones diferentes en los puntos de política económica involucrados; y 2) porque –y esto es de público y notorio– ha mediado una situación de grave riesgo social, frente a la cual existió la necesidad de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas en aquel decreto, cuya eficacia no parece conceible por medios distintos a los arbitrados<sup>16</sup>.

En relación con la situación de emergencia que permite el dictado de este tipo de decretos, el Tribunal señaló:

*... el concepto de emergencia abarca un hecho cuyo ámbito temporal difiere según circunstancias modales de épocas y sitios. Se trata de una situación extraordinaria, que gravita sobre el orden económico-social, con su carga de perturbación acumulada, en variables de escasez, pobreza, penuria o indigencia, origina un estado de necesidad al que hay que ponerle fin. La etiología de esa situación, sus raíces profundas y elementales, y en particular sus consecuencias sobre el Estado y la Sociedad, al influir sobre la subsistencia misma de la organización jurídica y política, o el normal desenvolvimiento de sus funciones, autoriza al Estado a restringir el ejercicio normal de algunos derechos patrimoniales tutelados por la Constitución. Pero esa sola circunstancia no es bastante para que las normas repugnen al texto constitucional, pues todos los derechos están limitados por las leyes reglamentarias que, sin desnaturalizarlo dictare el*

13 Extraído del dictamen del Procurador General de la Nación al que remite la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos, 312:555.

14 Fallos, 313:1513.

15 Fallos, 313:1513, considerando 16.

16 Fallos, 313:1513, considerando 24.

*legislador. Su restricción debe ser razonable, limitada en el tiempo, un remedio y no una mutación en la substancia o esencia del derecho adquirido por sentencia o contrato, y está sometida al control jurisdiccional de constitucionalidad, toda vez que la situación de emergencia, a diferencia del estado de sitio, no suspende las garantías constitucionales*<sup>17</sup>.

Y concluyó de la siguiente manera:

*... aun sin aprobación expresa del Congreso, tomando en cuenta que ella había sido conocida debidamente por este sin que mediara rechazo de su parte, ni repudio de conductas análogas del Poder Ejecutivo, a las que, por el contrario, había ratificado” y establecido determinadas situaciones de hecho que contaban con caracteres como: “a) una pública y notoria situación de grave riesgo social; b) necesitada de medidas súbitas del tipo de las instrumentadas por el decreto, de eficacia no concebible por medios distintos de los arbitrados, y c) enfrentada por medios técnicos razonables, pues era a través de medidas como las adoptadas por donde debía pasar, ineludiblemente, a juicio del tribunal, el remedio arbitrado*<sup>18</sup>.

Por otro lado, también se ha sostenido que el precedente en cuestión ha implicado:

*... un socavamiento a la continuidad de nuestra práctica constitucional, no solo por el reconocimiento de poderes casi homónimos al Ejecutivo [...], sino por la extrema ligereza con que se trata el art. 17 de la Constitución. En efecto, la mera invocación de la situación de emergencia económica (consids. 39, 40, 47 y 48), o de la facultad del poder público de velar por el bienestar general (consids. 38 y 45), o de que los derechos no son absolutos (consid. 45), no basta para eliminar la impresión de que la protección constitucional de la propiedad ha sido vaciada de contenido*<sup>19</sup>.

En definitiva, de los antecedentes reseñados se desprende que antes de la reforma constitucional de 1994, el reconocimiento de los decretos de necesidad y urgencia no contaba con una regulación específica, pero ya existía una práctica consolidada en casos excepcionales, acompañado de un debate doctrinal y jurisprudencial sobre sus límites y condiciones. Este contexto sentó las bases para su discusión en la Convención Constituyente de aquel año y su regulación expresa en el artículo 99 inciso 3 de la Constitución Nacional.

17 Fallos 313:1513, considerando 43.

18 Comadira, Julio, “Los decretos de necesidad y urgencia en la reforma constitucional”, *La Ley*, Año LXXXII, n.º 71, Buenos Aires, 17 de abril de 2018, p. 1.

19 Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 2013, p. 392.

### **III. LA INTRODUCCIÓN DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**

La reforma constitucional de 1994 llenó el vacío normativo respecto de los decretos de necesidad y urgencia, y a regularlos expresamente con el objetivo de generar mayor seguridad jurídica y limitar su uso indiscriminado por los gobiernos de turno. Así, el artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional, establece que los decretos de necesidad y urgencia pueden ser emitidos por el Poder Ejecutivo «solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes». A su vez, la norma dispone que deben ser remitidos simultáneamente al Congreso de la Nación para su tratamiento, y este puede rechazarlos o ratificarlos.

Por otra parte, la reforma de 1994 introdujo importantes restricciones para evitar abusos en el uso de los DNU. En tal sentido, se establece que los decretos de necesidad y urgencia no pueden versar sobre materias penales, tributarias, electorales o vinculadas al régimen de los partidos políticos; se limita, así, el alcance de esta herramienta excepcional.

A modo de ejemplo, en relación con las prohibiciones, en el precedente “Zofracor”<sup>20</sup> se impugnaba la constitucionalidad del Decreto 285/99 por el cual se establecían exenciones impositivas especiales según la zona franca de la que se tratara. El Tribunal resolvió lo siguiente:

*La primera conclusión que surge con toda evidencia es que los beneficios que se han establecido en el Decreto 285/99 comportan, en su gran mayoría, el ejercicio de facultades de carácter tributario –aduaneras, impositivas o vinculadas con el Régimen Nacional de la Seguridad Social–, las que son competencia exclusiva del Poder Legislativo [...] y cuyo ejercicio está vedado al Poder Ejecutivo Nacional, aun en las condiciones excepcionales que podrían justificar el dictado de decretos de necesidad y urgencia, en atención a la explícita exclusión de tales materias que efectúa la Constitución Nacional”<sup>21</sup>.*

Concluyó en que «el Decreto 285/99 resultó insanablemente nulo por oponerse al principio de legalidad que rige en materia tributario y al claro precepto del art. 99, inc. 3, de la Constitución Nacional, y que, por ende, se encuentra privado de todo efecto jurídico»<sup>22</sup>.

En cuanto a los recaudos que deben seguirse para su sanción, encontramos que los DNU deben ser emitidos por el presidente de la nación en acuerdo general con todos los ministros, incluyendo al Jefe de Gabinete. De tal precepto, se desprende que el dictado del decreto debe estar precedido por una discusión y

20 Fallos, 325:2394.

21 Fallos, 325:2394 considerando 5.

22 Fallos, 325:2394 considerando 6.

análisis dentro del gabinete. A continuación, todos los ministros están obligados a firmar el decreto para su validez.

Luego de emitido el decreto, el Jefe de Gabinete tiene la obligación de presentarlo ante la Comisión Bicameral del Congreso, dentro de los diez días posteriores a su dictado para comenzar con su control legislativo. La Comisión Bicameral, por su parte, debe emitir un dictamen dentro de los diez días de haber recibido el decreto, y remitirlo a ambas Cámaras del Congreso de la Nación para su tratamiento.

En otro orden de ideas, el nuevo artículo 99 inciso 3, indica que «Una ley especial sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso». A partir de este mandato, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 26.122 de Régimen legal de los decretos de necesidad y urgencia, de delegación legislativa y de promulgación parcial de leyes.

Esta norma ha recibido numerosas críticas, entre ellas, cabe destacar la falta de previsión de un plazo para que las Cámaras se expidan sobre su validez una vez elevado el dictamen de la Comisión Bicameral. Al respecto, se ha dicho:

... esta omisión es grave [...] y, en parte, se debe a un defecto del 99.

Esta norma establece dos plazos de 10 días. El primero para que el Jefe de Gabinete remita un DNU a la Comisión Bicameral Permanente y el segundo para que esta dictamine. sin embargo, no se fija un plazo para que las Cámaras se expidan. Solo dice que deberán hacerlo ‘de inmediato’. Este mandato, muy impreciso, fue aprovechado por la ley 26.122, para no imponer plazo alguno al respecto, limitándose a repetir que las cámaras deben expedirse de inmediato (art. 21) y, de tal manera, permite dilatar discrecionalmente la decisión, mientras el DNU produce sus efectos<sup>23</sup>.

Otro de los puntos controvertidos de la norma es el artículo 24, que dispone «[e]l rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia». Como puede observarse, la norma transcripta requiere dos cuestiones. En primer lugar, un rechazo expreso del Congreso de la Nación. Al respecto, la doctrina ha señalado:

... la ley reglamentaria ha facilitado la permanencia de los DNU, cuando lo correcto hubiera sido que se fijara un plazo para que las Cámaras se expidieran,

<sup>23</sup> Bianchi, Alberto, “Casos ‘fáciles’ y casos ‘difíciles’ en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre DNU. A propósito del DNU 70/2023”, *La Ley*, año LXXXVIII, n.º 41, Buenos Aires, 13 de marzo de 2024, LALEY AR/DOC/546/2024.

cuyo vencimiento implicara, tácitamente, el rechazo del DNU, tal como dispone, por ejemplo, la Constitución italiana<sup>24</sup>.

En segundo lugar, se exige el rechazo expreso de ambas Cámaras.

Este precepto

*... crea un mecanismo de control laxo y débil, dentro del cual se destaca una norma, el art. 24, que establece que el rechazo ‘por ambas Cámaras del Congreso’ del decreto de que se trate, implica su derogación, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia. Esta es la mayor trampa de esta ley, porque: para que una ley sea sancionada, se requiere el consentimiento de ambas cámaras del Congreso; en cambio, de acuerdo con esta norma, para que un decreto de carácter legislativo [...] se mantenga vigente, basta con que una sola de las dos Cámaras lo avale. Esta notoria asimetría entre una ley y un decreto lesiona la forma republicana de gobierno y torna inconstitucional ese artículo de la ley<sup>25</sup>.*

#### **IV. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA INTERPRETACIÓN DEL NUEVO ARTÍCULO 99 INCISO 3 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Luego de la entrada en vigencia del texto reformado de la Constitución nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo muchas oportunidades para expedirse respecto de diferentes aspectos vinculados a los DNU. En el precedente “Video Club Dreams”<sup>26</sup> se planteaba la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 2736/91 y 949/92 a través de los cuales se extendió la aplicación de los tributos previstos en la Ley 17.741 de Fomento de la actividad cinematográfica nacional a aquellas actividades vinculadas a la venta o locación de toda película, en cualquier lugar y por cualquier medio.

El Máximo Tribunal comenzó señalando:

... surge con claridad que el Poder Ejecutivo, mediante un decreto, ha extendido el hecho imponible creado por una ley a otro hecho imponible que es distinto y nuevo, aun cuando guarda relación con el primero, pues ambos se vinculan con la actividad cinematográfica, bien que de modo diverso<sup>27</sup>.

Concluyó que los referidos decretos vinculados a cuestiones tributarias resultaban inconstitucionales por violar el principio de legalidad que rige en esa materia. En tal sentido, se indicó:

24 *Ibidem*.

25 Manili, Pablo Luis, *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, T. VI, La Ley, Buenos Aires, 2021, p. 182.

26 Fallos, 318:1154.

27 Fallos, 318:1154, considerando 11.

... no es compatible con nuestro régimen constitucional el decreto 2736/91, con las modificaciones introducidas por el 949/92, en cuanto crea un hecho imponible distinto del previsto por ley 17.741, sin que la circunstancia de su recíproca vinculación o parecido permita obviar los alcances del referido principio de legalidad. Ello acarrea también la consiguiente invalidez del acto impugnado en esta causa, mediante el cual se intimó a la actora a ingresar el tributo<sup>28</sup>.

Tampoco encontró acreditada una situación de urgencia que ameritara una medida como la intentada. Al respecto, dijo:

... sin perjuicio de lo expuesto cabe advertir que los motivos que impulsaron el dictado de los decretos 2736/91 y 949/92 no se exhiben como respuesta a una situación de grave riesgo social que hiciera necesario el dictado de medidas súbitas como las que aquí se tratan. Es más, no se ha puesto en evidencia que las medidas impugnadas obedezcan a factores que comprometan el desarrollo económico del Estado<sup>29</sup>.

En el caso “Verrocchi”<sup>30</sup> el actor solicitó que se declare la inconstitucionalidad de los decretos de necesidad y urgencia 770/96 y 771/96, en atención a que, a partir de un monto determinado de retribución, se excluía al trabajador de la percepción de asignaciones familiares.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

... el texto nuevo es elocuente y las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte el Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias materiales y formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país, especialmente desde 1989<sup>31</sup>.

En relación con el nuevo artículo 99 inciso 3 de la Constitución nacional, indicó:

... esa norma ha definido el estado de necesidad que justifica la excepción a la regla general y la admisión del dictado de estos decretos, y que ese estado se presenta únicamente ‘cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes’ (art. 99, inc. 3, citado). Por tanto, para que el Poder Ejecutivo pueda ejercer legítimamente facultades legislativas que, en principio, le son ajenas, es necesaria la

28 Fallos, 318:1154, considerando 13.

29 Fallos, 318:1154, considerando 15.

30 Fallos, 322:1726.

31 Fallos, 322:1726, considerando 8.

concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: 1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes<sup>32</sup>.

Corresponde un comentario aparte respecto de una cuestión señalada en el voto del juez Petracchi sobre la inexistencia de una ley que regule el trámite y los alcances de la intervención del Congreso de la Nación. En forma preliminar, el ministro manifestó que el procedimiento de sanción de los decretos de necesidad y urgencia contaba con una etapa ejecutiva y una legislativa. Respecto de esta última, se exployó:

... la vía establecida por la Constitución Nacional exige que el Congreso sancione la ‘ley especial’ que haga operativo el articulado, sin que quepa discutir las bondades del criterio elegido, pues esta Corte sólo debe atender a su significado y a sus consecuencias. Ahora bien: al no haberse sancionado la ley que reclama el art. 99, inc. 3, no puede cumplirse con la denominada ‘subetapa’ legislativa, lo que determina la imposibilidad de recurrir a esos remedios de excepción que son los decretos de necesidad y urgencia<sup>33</sup>.

Asimismo, agregó:

... aceptar que el Poder Ejecutivo pudiera dictar –aún sin esa ley especial– decretos de necesidad y urgencia, implicaría desnaturalizar lo que la Constitución dice que son. [...] desaparecerían los ‘actos concatenados y concurrentes’ de dos poderes (Ejecutivo y Congreso), para dar paso a la actuación singular y exclusiva de solo el primero de ellos. La pluralidad concebida en el art. 99, inc. 3, sería substituida por una actuación unilateral, que transformaría al presidente de la Nación en legislador, en flagrante violación de lo dispuesto en el segundo párrafo del citado inciso: ‘El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo’<sup>34</sup>.

32 Fallos, 322:1726, considerando 9.

33 Fallos, 322:1726, considerando 13 del voto del juez Petracchi.

34 Fallos, 322:1726, considerando 14 del voto del juez Petracchi.

En “Risolía de Ocampo”<sup>35</sup> se discutió la validez del decreto de necesidad y urgencia 260/97 que en su artículo 1 declaraba en estado de emergencia a la actividad aseguradora del autotransporte público de pasajeros y a la situación de las empresas prestadoras de ese servicio.

Para hacer frente a la crisis del sector, el mencionado decreto dispuso en su artículo 2:

Las obligaciones de dar sumas de dinero resultantes de sentencias firma dictadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto y de las que se dicten durante el plazo de la emergencia que se establece en el artículo 1º del presente, en procesos que tengan por objeto la determinación de los daños y perjuicios producidos por vehículos afectados y en ocasión de la presentación del autotransporte público de pasajeros, se abonarán en sesenta (60) cuotas mensuales, iguales y consecutivas, en un plazo inicial de gracia de seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que quede firme la liquidación efectuada conforme al presente decreto y devengará la tasa de interés que establezca la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró su inconstitucionalidad en estos términos:

... cuando una situación de crisis o de necesidad pública exige la adopción de medidas tendientes a salvaguardar los intereses generales, se puede, sin violar ni suprimir las garantías que protegen los derechos patrimoniales, postergar, dentro de límites razonables, el cumplimiento de obligaciones emanadas de derechos adquiridos. No se trata de reconocer grados de omnipotencia al legislador ni de excluirlo del control de constitucionalidad, sino de no privar al Estado de las medidas de gobierno que conceptualice útiles para llevar un alivio a la comunidad. De ello se desprende que si, por razones de necesidad, sanciona una norma que no priva a los particulares de los beneficios patrimoniales legítimamente reconocidos ni les niega su propiedad, sino que sólo limita temporalmente la percepción de aquéllos o restringe el uso de ésta, no hay violación del art. 17 de la Constitución, sino una limitación impuesta por la necesidad de atenuar o superar una situación de crisis. En el sistema constitucional argentino, no hay derechos absolutos y todos están subordinados a las leyes que reglamentan su ejercicio<sup>36</sup>.

A su vez, añadió:

35 Fallos, 323:1934.

36 Fallos, 323:1934, considerando 6.

... uno de los requisitos indispensables para que pueda reconocerse la validez de un decreto como el cuestionado en el sub lite es que éste tenga la finalidad de proteger los intereses generales de la sociedad y no de determinados individuos. Esta Corte ha reconocido la constitucionalidad de las leyes que suspenden temporalmente tanto los efectos de los contratos como los de las sentencias firmes, siempre que no se altere la substancia de unos y otras, a fin de proteger el interés público en presencia de desastres o graves perturbaciones de carácter físico, económico o de otra índole<sup>37</sup> (el destacado pertenece al original).

Ahora bien, en este caso concreto, el Tribunal concluyó que la crisis económica que atravesaban las empresas alcanzadas por el decreto impugnado no afectaban los intereses generales de la sociedad o el interés público y señaló:

... no se aprecia impedimento alguno para conjurar esa situación a través de los resortes y recursos usuales de que dispone el Estado frente a crisis económicas de exclusivo carácter sectorial, sin llegar a un remedio solo autorizado para situaciones que ponen en peligro la subsistencia misma de la organización social<sup>38</sup>.

En cuanto a la duración de las medidas adoptadas a través de este tipo de decretos para paliar una situación de urgencia excepcional, la Corte sentó su postura en el precedente “Tobar”<sup>39</sup>. Allí, se impugnaba, en lo que aquí interesa, la constitucionalidad del Decreto 896/01 por el cual se permitía reducir las remuneraciones de los agentes del sector público nacional no solo ante situaciones de emergencia, sino también cuando los recursos no fueran suficientes.

Al resolver, el Tribunal indicó:

... las normas en cuestión carecen de márgenes temporales de vigencia, pues [...] han sido concebidas para ‘regir en todo tiempo’, es decir tanto en épocas de emergencia como en circunstancias normales, con el sólo requisito de que se presente el desequilibrio financiero que habilita la puesta en marcha del mecanismo de reducción salarial. Lo expuesto es particularmente grave si se advierte que los derechos de los habitantes se encontrarían a merced de la discrecionalidad con que el poder público resolviese llevar su política económica, gestando un desajuste que podría fácilmente conjurar con la disposición de los salarios de los trabajadores estatales, con grave afectación del derecho

37 Fallos, 323:1934, considerando 8.

38 Fallos, 323:1934, considerando 9.

39 Fallos, 325:2059.

de propiedad y de las normas constitucionales que protegen la relación laboral<sup>40</sup>.

Asimismo, agregó:

... esa incompatibilidad con la Constitución Nacional no puede salvarse con el control concreto del ejercicio que en cada caso haga el Poder Ejecutivo de las facultades así conferidas, ya que la violación de los derechos y garantías resulta de la perpetua incertidumbre a que se verían sometidos los agentes públicos respecto de su régimen remunerativo, el que podría ser continuamente alterado, de modo que el afectado se vería en la necesidad de acudir frecuentemente a la justicia para confrontar la modificación con la sustancia de la relación de empleo originariamente concertada<sup>41</sup>.

Finalmente, corresponde referirnos al caso “Consumidores Argentinos”<sup>42</sup> donde se cuestionaba la constitucionalidad del Decreto 558/02 por el cual se modificaba la Ley 20.091 de Entidades de Seguro y su control.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó, en primer lugar, lo siguiente:

... la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial [...]. De manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia<sup>43</sup>.

Asimismo, agregó:

... las palabras escogidas en su redacción no dejan lugar a dudas de que la admisión del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de rigurosa excepcionalidad y con sujeción a exigencias formales, que constituyen una limitación y no una ampliación de la práctica seguida en el país [...]. Así, para el ejercicio válido de esta facultad de excepción, el constituyente exige –además de la debida consideración por parte del Poder Legislativo– que

40 Fallos, 325:2059, considerando 13.

41 Fallos, 325:2059, considerando 14.

42 Fallos, 333:633.

43 Fallos, 333:633, considerando 8.

la norma no regule materia penal, tributaria, electoral o del régimen de los partidos políticos, y que exista un estado de necesidad y urgencia<sup>44</sup>. Y concluyó:

... una vez admitida la atribución de este Tribunal de evaluar el presupuesto fáctico que justificaría la adopción de decretos que reúnan tan excepcionales características, cabe descartar de plano, como inequívoca premisa, los criterios de mera conveniencia del Poder Ejecutivo que, por ser siempre ajenos a circunstancias extremas de necesidad, no justifican nunca la decisión de su titular de imponer un derecho excepcional a la Nación en circunstancias que no lo son. El texto de la Constitución Nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos materiales por medio de un decreto<sup>45</sup>.

Especial atención merece el voto de la jueza Argibay quién, en una postura más restrictiva, indicó:

... el art. 99, inciso 31, segundo párrafo, de la Constitución Nacional, establece la siguiente prohibición general: “El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo”. El Presidente, por ser el funcionario que desempeña el Poder Ejecutivo (art. 87 Constitución Nacional) está especialmente alcanzado por esta prohibición. Por lo tanto, cualquier disposición de carácter legislativo emitida por el Poder Ejecutivo debe reputarse prima facie inconstitucional, presunción ésta que sólo puede ser abatida por quien demuestre que se han reunido las condiciones para aplicar la única excepción admitida en la Constitución a la prohibición general antes sentada, a saber, la descripta en los párrafos tercero y cuarto del art. 99, inciso 31, de la Constitución Nacional<sup>46</sup> (el destacado pertenece al original).

La ministra recalcó:

Ante la ausencia de la ley reglamentaria mencionada en el art. 99.3 de la Constitución, dos estándares distintos pueden adoptarse como base para juzgar sobre la validez de las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente conocidas como ‘decretos de necesidad y urgencia’, a saber, o bien uno que parte de la presunción de constitucionalidad o, por el contrario, otro que presume su inconstitucionalidad. El primero se apoya en el supuesto cumplimiento de la norma excepcional

44 Fallos, 333:633, considerando 10.

45 Fallos, 333:633, considerando 13.

46 Fallos, 333:633, considerando 11 del voto de la jueza Argibay.

permisiva (art. 99.3, párrafos tercero y cuarto), mientras que el segundo se apoya en el desconocimiento del principio general prohibitivo (art. 99.3, párrafo segundo). Ambas posiciones tienen sus implicancias: la primera, que el Congreso, mediante una demora indefinida en dictar la ley reglamentaria, tendría la posibilidad de transformar la excepción en regla y, de ese modo, acordar al Presidente una amplitud de atribuciones que la Constitución quiso negarle; la segunda, que, mediante esa misma demora, el Congreso logre la cancelación o restricción máxima de las atribuciones excepcionales acordadas al Presidente. Como puede apreciarse, no hay opciones libres de implicancias y es en ese contexto que me inclino por tomar como punto de partida el sistema constitucional tal como fue creado: si el ejercicio de la función legislativa por el Presidente está condicionado al cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 99.3, tercer y cuarto párrafo de la Constitución, y no se ha probado en el caso que dicha condición se haya cumplido, entonces las disposiciones legislativas dictadas por el Presidente no consiguen superar la pena establecida por la misma Constitución, esto es, su nulidad absoluta e insanable”<sup>47</sup>.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo, hemos repasado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de DNU, tanto anterior como posterior a la reforma constitucional de 1994, y pudimos observar que su uso se encuentra habilitado para situaciones extraordinarias. Se trata de un mecanismo para abordar crisis de manera rápida y eficaz.

A través de la evolución jurisprudencial y la regulación introducida por la mencionada reforma, se ha proporcionado un marco más sólido para su implementación y un equilibrio entre la necesidad de actuar con rapidez y la obligación de respetar los principios republicanos, como la división de poderes y el control parlamentario. En definitiva, los DNU en el derecho constitucional argentino representan una herramienta valiosa, aunque excepcional, para enfrentar contextos de emergencia que requieren respuestas inmediatas por parte del Poder Ejecutivo, sujeto a condiciones formales y materiales estrictas.

47 Fallos, 333:633, considerando 12 del voto de la jueza Argibay.



# VALIDEZ CONSTITUCIONAL Y VIGENCIA DE LA EXIGIBILIDAD DEL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL, TRAS LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

ANA LUCÍA ETCHEVERRY\* Y SANTIAGO RUBIO\*\*

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución nacional no se pronuncia de manera expresa sobre el agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial. Sin embargo, la comprensión de estas figuras constituye una cuestión central para demandar al Estado nacional: su cumplimiento constituye un requisito *casi siempre* indispensable; y su omisión –o su cumplimiento defectuoso– puede hacer perder *casi siempre* la posibilidad de conseguir el reconocimiento de una pretensión judicial. A treinta años de la última reforma constitucional, nos propusimos describir el agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial, en el ámbito del Estado nacional, como paso previo a reflexionar sobre su vigencia; y, sobre todo, la validez de su exigibilidad a partir de las modificaciones que introdujo la reforma de 1994. Trabajamos los referidos institutos de manera esquemática, para concluir en el impacto que tuvieron en ellos las modificaciones introducidas en los actuales artículos 43 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional.

\*Abogada, ayudante de segunda en Elementos de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Carlos F. Balbín), asesora legal en la Secretaría Académica de la Universidad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Contacto: anaetcheverry063@gmail.com.

\*\*Abogado, docente adjunto de la materia Derecho Procesal Administrativo (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cátedra Carlos F. Balbín), funcionario en la Secretaría Judicial n° 4 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Contacto: santiagorubio@derecho.uba.ar.

En primer lugar, a fin de introducir el tema –tan repetidamente estudiado en el ámbito administrativo, pero un tanto laberíntico para quienes no se dediquen a esta especialidad–, presentamos brevemente cómo ha sido enunciado, en el marco de los procesos contenciosos administrativos, como una prerrogativa estatal y como un deber específico de las personas particulares que pretendan demandar al Estado nacional.

En segundo lugar, abordamos el texto constitucional para verificar la importancia de su regulación. Diferenciamos los preceptos constitucionales influyentes que se encontraban presentes en la Constitución nacional de 1853 y los que se han incorporado en 1994. Paralelamente, mencionamos el régimen legal previo y posterior a la reforma constitucional, exponiendo sus premisas para una mejor comprensión del tema, así como las vías existentes, su control de oficio en sede judicial y los supuestos de excepción contemplados legalmente.

En tercer lugar, para comprobar cómo podemos compatibilizar las premisas y los derechos enunciados anteriormente a partir de la jerarquización constitucional de la acción de amparo, repasamos su creación pretoriana y delineamos y contrastamos su regulación legal y constitucional. Finalmente, reseñamos jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que permite sintetizar cómo se ha interpretado la admisibilidad de la acción de amparo tras la reforma constitucional de 1994.

A modo de cierre, esbozaremos algunas conclusiones referentes a cómo esa figura procesal, tal como está prevista actualmente en la Constitución nacional, logra amalgamar la prerrogativa estatal de exigir el agotamiento de la vía administrativa con la tutela efectiva mediante su conceptualización como vía idónea para el acceso a la justicia.

## **II. AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA PARA LA HABILITACIÓN DE LA INSTANCIA JUDICIAL: PRERROGATIVA ESTATAL Y CONDICIÓN DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

### **II.I. *Prerrogativa estatal***

Siguiendo a Balbín, el proceso contencioso administrativo es el trámite judicial que tiene por objeto impugnar las conductas estatales (acciones u omisiones) o reclamar por los daños y perjuicios causados por el Estado<sup>1</sup>, mientras que

<sup>1</sup> Balbín, Carlos, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada, 2015, Tomo IV, p. 1.

el agotamiento de la vía administrativa para la habilitación de la instancia judicial<sup>2</sup> es un trámite propio, específico y exclusivo de ese tipo de proceso<sup>3</sup>.

Este trámite, como veremos a largo del trabajo, es una particularidad necesaria y a veces lógica dentro del derecho en el que se enmarca: el derecho administrativo. Y resulta una derivación necesaria del principio de legalidad, que presupone que las violaciones formales o materiales a la legalidad sean rectificadas por la propia estructura administrativa o resulten susceptibles de impugnación ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional<sup>4</sup>.

Ante todo, es útil precisar por qué hablamos de particularidades del derecho administrativo. Las respuestas a este interrogante rondarán sobre la misma idea: por la participación del Estado como parte en el proceso; especialmente, como parte demandada.

Para comprender cabalmente esta cuestión, resulta esclarecedor remontarnos sintéticamente a ciertas discusiones suscitadas en los orígenes del derecho administrativo. Como explica Balbín, en aquellos tiempos se incorporó al Estado dentro del universo del Derecho, como persona jurídica y como sujeto de derecho. Así, nació el Estado de derecho. Pero una vez dentro del mundo del derecho, surgió otra discusión relevante y ciertamente actual: ¿debe el Estado regirse bajo el mismo derecho que los particulares? ¿Es el Estado igual que una persona humana a los efectos del derecho?<sup>5</sup> La existencia del derecho administrativo refleja que no. En efecto, a partir del razonamiento de que el Estado protege un interés público, distingible de los intereses de las personas particulares, se concluyó en que necesitaba de un derecho propio que regulase, en general, su funcionamiento y sus relaciones jurídicas; y, en especial, su capacidad de ser demandado.

En ese sentido, se ha afirmado:

[No es lo mismo demandar] al Estado Nacional que demandar a un ciudadano particular toda vez que no persiguen los mismos intereses ni son los mismos fines los que procuran uno y otro respectivamente. El particular gestiona su

2 Como aclaración preliminar, dejamos sentado que los institutos del agotamiento de la vía y la habilitación de la instancia judicial tienden a ser inescindibles desde un punto de vista práctico, pero pueden ser estudiados por separado, en tanto cada uno de ellos exhibe singularidades en cuanto a sus conceptos, alcances y regulación. No obstante, a fin de simplificar la tarea narrativa en estas líneas, salvo aclaración en sentido contrario, abarcamos ambos institutos cuando referimos a cualquiera de ellos.

3 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, Tomo IV, p. 41.

4 Tawil, Guido, “El control jurisdiccional de la actividad e inactividad administrativa. Distintos sistemas de organización”, Tawil, Guido (director), *Derecho Procesal Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1<sup>a</sup> edición, 2011, p. 3.

5 Cfr. Balbín, Carlos, *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 1<sup>a</sup> edición, 2020. pp. 1-2.

propio y particular beneficio y el Estado, el bienestar general o el de todos los ciudadanos<sup>6</sup>.

La génesis del derecho administrativo, desde la perspectiva expuesta, está en la limitación del poder estatal absoluto, dando por cierto que el poder es parte del Estado y encuentra como límite el respeto de los derechos de ciudadanos y ciudadanas<sup>7</sup>. Ahora bien, ese especial cometido que persigue el Estado no concluye con una simple distinción –la existencia de «otro derecho»–. El plano de desigualdad del que parte el derecho administrativo se concretará con el llamado «régimen exorbitante», así denominado porque excederá la órbita civil y superpasará sus límites tradicionales. En tanto garante del interés público, se reconocerá al Estado prerrogativas o privilegios que, observados desde el derecho civil, podrían resultar inválidos. Con ese fundamento, irán apareciendo diversos institutos: el carácter ejecutorio de las decisiones estatales, el régimen de dominio público, las prórrogas de los contratos administrativos ordenadas por el Estado sin el consentimiento de su contraparte<sup>8</sup> y, en lo que ahora más importa, el agotamiento de la vía administrativa para la habilitación de la instancia judicial. Este último instituto es entendido por gran parte de la doctrina como una prerrogativa procesal y un privilegio reconocido al Estado bajo la lógica expuesta y frente al reconocimiento normativo de su capacidad de ser demandado.

## *II.II. Condición para la admisibilidad de la demanda*

La habilitación de la instancia, como vimos, es un trámite propio de los procesos contenciosos administrativos, que puede ser visto como una prerrogativa procesal<sup>9</sup>. Pero, también, como un deber específico<sup>10</sup>, por cuanto es un mandato que tendremos que cumplir a los fines de estar aptos para acceder a la sede judicial<sup>11</sup> y demandar al Estado.

6 Canese, Alejandro y Merlo, Luis: “El fin del enigma (La habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo)”, *Jurisprudencia Argentina* 1999-III, pp. 111-122.

7 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, T. I, p. 2.

8 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Crisis...*, p. 19.

9 Cfr. Monti, Laura, “Habilitación de la instancia contencioso administrativa en el orden federal”, Ávila, Santiago (coordinador), *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa: Congreso Federal sobre reformas legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos e Infojus, 1<sup>a</sup> edición, 2015, p. 111.

10 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, T. IV, p. 41.

11 La comparación del régimen administrativo con la regulación de procesos entre sujetos privados es ajena al núcleo central de este trabajo. Sin embargo, podría pensarse que la regulación de los pasos previos, de carácter obligatorio, a la interposición de una demanda no solo existen en esta rama de derecho público. Basta con mencionar que la Ley 26589 establece “con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial” (art. 1). La norma, igualmente, no merece mayores comentarios en este trabajo por cuanto establece que la “mediación prejudicial obligatoria

Cabe mencionar que se ha explicado al instituto de habilitación de la instancia no solo como un privilegio estatal, en línea con el apartado anterior, sino también como una «etapa conciliatoria entre las partes»; como un «mecanismo de control del órgano jerárquico superior sobre las decisiones del inferior»; y como «un trámite que permite mejorar la defensa del Estado ante un eventual proceso judicial»<sup>12</sup>. Otros autores, no obstante, encuentran que solo resulta un privilegio, resabio de la inmunidad soberana del Estado, cuyo único fin es sustraerlo de la sede judicial<sup>13</sup>.

Sin embargo, el instituto de la habilitación de la instancia, independiente mente de la manera en que se lo decida conceptualizar, es un deber específico para lograr la admisibilidad de la demanda y requiere a quien pretenda hacerlo que haya dado cumplimiento con dos presupuestos necesarios para demostrar que la Administración «reviste calidad de sujeto enjuiciable»<sup>14</sup>: el mencionado agotamiento de la vía administrativa y la interposición de la acción judicial dentro del plazo perentorio de caducidad.

### **III. REGULACIÓN NORMATIVA**

#### **III.I. *El instituto en la Constitución nacional***

La Constitución nacional, vértice superior de nuestra pirámide normativa y base de todo nuestro ordenamiento jurídico, no aborda de manera expresa el agotamiento de la vía<sup>15</sup>. Por esa razón, podemos afirmar que no configura, en sentido

---

no será aplicable en los siguientes casos; (...) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte (...) Amparos” (art. 5, incs. “c” y “d”, respectivamente; la cita es deliberadamente parcial y, en el caso del Estado Nacional, deja abiertos algunos interrogantes que no serán abordados).

12 Cfr. Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, p. 57.

13 Bianchi, Alberto: “¿Tiene fundamentos el agotamiento de la instancia administrativa?”, *La Ley*, Revista Jurídica Argentina, 1995, vol. A, Buenos Aires, pp. 397-435. Cita Online: AR/DOC/12176/2001, p. 13.

14 Canda, Fabián, “La habilitación de la instancia contencioso administrativo”, Tawil, Guido (director), *Derecho procesal administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1<sup>a</sup> edición, 2011, p. 355.

15 En sentido estricto, como veremos más adelante, ellos tienen raigambre legal y solo corresponderá acudir al texto constitucional cuando la regulación por normas de inferior jerarquía sea insuficiente para tutelar adecuadamente los derechos. Simplemente dejamos mencionado, por cuanto examinar en detenimiento la cuestión ameritaría un trabajo exclusivo, que la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya fuente directa es la Constitución nacional, no está subordinada al cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes locales, ni al agotamiento de trámites administrativos de igual naturaleza (*Fallos*, 346:1117, entre muchos otros).

estricto, una exigencia constitucional: no encontramos, allí, previsión alguna que la exija o la justifique de manera clara y concreta<sup>16</sup>.

Esa falta de referencia directa no torna innecesario, ni poco importante, un análisis sesudo de esos institutos a partir de una lectura integral y armónica de la Constitución nacional. Todo lo contrario: en ella encontraremos los límites constitucionales para el ejercicio de esta prerrogativa estatal, en paralelo con las garantías de las personas particulares que deben ser respetadas al reglamentarla. Solo por medio de ese análisis, entonces, podrá verificarse la validez legal de la regulación procedural y procesal, en cada caso concreto.

Con esa mirada, repasaremos algunas notas que podemos encontrar en el texto constitucional, previo y posterior a la reforma de 1994, para dar contorno a la existencia de los institutos en examen<sup>17</sup>.

### *III.I.a. La Constitución nacional de 1853. Los principios de la división de poderes y de seguridad jurídica como fundamentos*

En líneas generales, los principios de división de poderes y seguridad jurídica –reconocidos por nuestra Constitución nacional desde sus orígenes– fueron los ejes centrales para construir –o discutir– los fundamentos constitucionales del instituto central del presente ensayo.

Ya en el precedente de *Fallos*: 288:398 (1974)<sup>18</sup>, la Corte Suprema dejó sentado que «es de la esencia de los recursos contencioso administrativos el previo agotamiento de las instancias administrativas». Como han destacado Duffy y Facio, el fallo contiene «por un lado, una alusión a la esencia o naturaleza del agotamiento de la vía administrativa, por otro lado, una explícita vinculación entre el agotamiento de la vía y el principio de separación de poderes»<sup>19</sup>.

16 Duffy, Marcelo y Facio, Rodolfo, “Proceso contencioso administrativo federal. Habilitación de la instancia judicial”, Balbín, Carlos, *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1<sup>a</sup> edición, 2014, Tomo I, p. 171. Los autores agregan que esa circunstancia recuerda al concepto de “Constitución Invisible” acuñado por Tribe, remitiendo a la idea de que muchas veces buscamos en el texto constitucional respuestas a diversos interrogantes, pero la Constitución no los explica con detalle, de modo que las respuestas dependen más de quién los haya formulado.

17 Aclaramos que el examen no será exhaustivo, sino ilustrativo de las premisas que permiten pensar la vigencia de los institutos.

18 CSJN, Sindicato de los Trabajadores de la Industria Lechera de la Capital Federal y partidos adyacentes, sentencia del 14/5/1974.

19 Duffy, Marcelo y Facio, Rodolfo, “Proceso contencioso administrativo federal. Habilitación de la instancia judicial”, Balbín, Carlos, *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1<sup>a</sup> edición, 2014, Tomo I, p. 173.

Posteriormente, en el precedente de *Fallos*: 316:2454 (1993)<sup>20</sup>, el Alto Tribunal se pronunció con mayor énfasis sobre la habilitación de la instancia para validar su constitucionalidad. Allí, con el objeto de determinar «si, a la luz del principio de la división de poderes tal como ha sido interpretada por el legislador en las leyes 19.549 y 19.987, están reunidas las condiciones bajo las cuales el Estado puede ser llevado a juicio», se pronunció por la validez constitucional del instituto del plazo de caducidad<sup>21</sup>. Por un lado, la Corte Suprema destacó el principio de división de poderes. En ese sentido, sostuvo que «el plazo de caducidad, como prerrogativa propia de la Administración Pública, es necesario para que ella pueda estar en juicio, en virtud de postulados del Estado de Derecho como la justiciabilidad del Estado y la división de poderes» (cons. 7); que, como derivación del principio «división de poderes» y «el cumplimiento de los objetivos y mandatos impuestos a los poderes públicos con la Constitución», la demandabilidad del Estado exige equilibrio entre prerrogativas para el Estado y garantías para el administrado (cons. 8); que el sistema de la habilitación de la instancia ha sido establecido por el legislador en su ámbito de competencia, en una opción interpretativa de la Constitución nacional, para el funcionamiento de las instituciones en ella forjadas (cons. 13 y 14); y que su regulación constituye «una aplicación, en principio y hasta que su constitucionalidad no sea desafiada, de la idea directriz de la división de poderes», compatible con la garantía del debido proceso o principio *pro actione* (cons. 16). Por otro lado, resaltó el principio de seguridad jurídica<sup>22</sup>. Específicamente, remarcó que la razonabilidad de la brevedad del plazo de caducidad se justificaba por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos (cons. 9).

En suma, la Corte Suprema ha fundamentado la validez constitucional de la habilitación de la instancia judicial a partir de los principios de división de poderes y de seguridad jurídica<sup>23</sup>. Cabe añadir, de todas formas, que la postura de

20 CSJN, “Serra, Fernando y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 26/10/1993. *Fallos* 316: 2454.

21 Si bien el énfasis en el fallo estuvo colocado en ese instituto, los fundamentos son válidamente extensibles al agotamiento de la vía administrativa en general.

22 Esta idea fue retomada y reforzada por la CSJN en el precedente “Gypobras” (1995), en el que se también justificó la existencia de términos para demandar a la administración en la necesidad de “evitar una incertidumbre continua en el desenvolvimiento de la actividad de la administración”. CSJN, “Gypobras S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Educación y Justicia)”, 5/4/1995. *Fallos* 318: 4411. Si bien este fallo es posterior a 1994, lo incluimos en este apartado por cuanto su fundamentación no hace hincapié en la reforma de ese año.

23 Vale advertir, siguiendo a Duffy y Facio, que el precedente “Serra” construyó una doble línea argumental: de un lado, se fundó la habilitación de la instancia en las disposiciones y principios de la Constitución nacional, concretamente en el art. 116 y en la división de poderes; de otro lado, se realizó un examen de compatibilidad entre la Constitución nacional y su regulación legal. Esa doble justificación encierra una contradicción: o bien la habilitación de la instancia tiene, como

la Corte Suprema no fue aceptada unánimemente en la doctrina. Sintéticamente, la habilitación de la instancia judicial ha estado en la mira por su potencial vulneración de la tutela judicial efectiva; argumento a partir del cual se ha ponderado especialmente su posible falta de sustento constitucional directo<sup>24</sup>.

### *III.I.b. La Constitución nacional de 1994. La jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos*

Con la reforma de 1994, en palabras de García Pullés, «se impulsa una jerarquización de los derechos humanos como perspectiva hermenéutica para todo el sistema jurídico»<sup>25</sup>, principalmente por el otorgamiento de jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos. En ese marco, el derecho a la tutela judicial efectiva obtendrá un reconocimiento aún más pormenorizado, al estar consagrado en aquellos tratados; a saber: artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>26</sup>.

González Moras identifica la incorporación de los siguientes derechos fundamentales:

*a) el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable; b) el derecho a que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga una acción o recurso, es decir, el derecho a un pronunciamiento expreso por parte de la autoridad, sea administrativa o judicial; c) el derecho al desarrollo de los procedimientos administrativos*

prerrogativa, un fundamento constitucional directo y por tanto ineludible para legislar; o bien no lo tiene, pero comporta una prerrogativa y un privilegio que es producto de una creación legal compatible con la ley fundamental. Duffy, Marcelo y Facio, Rodolfo, *ob. cit.*, “Proceso...”, p. 175.

24 Como por ejemplo, por Bianchi, para quien es un privilegio sin raigambre constitucional, resabio de la abandonada inmunidad soberana, que por el contrario no es fundamento sino excepción al principio de la división de poderes, en Bianchi, Alberto, *ob. cit.*, “Tiene fundamentos...”, p. 22; o Gordillo, para quien la habilitación de instancia es “una rémora de un pasado remoto y para más foráneo y ajeno a nuestro sistema constitucional” que “atenta contra la razón y el sentido común de los hombres”, en Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 9<sup>a</sup> edición, 2009, tomo II - La defensa del usuario y del administrado, p. XIII-9.

25 García Pullés, Fernando, “Sobre la necesidad de sancionar un Código Contencioso Administrativo”, Ávila, Santiago (coordinador), *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa. Congreso Federal sobre reformas legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos e Infojus. 1<sup>a</sup> edición, 2015. p. 72.

26 Carattini, Marcelo, “El ritualismo inútil como principio jurídico en la habilitación de la instancia judicial”, Bruno dos Santos, Marcelo (director), Cogliati, Natalia (colaboradora), *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1<sup>a</sup> edición, 2012, pp. 171-172.

y procesos judiciales sobre la base del principio de “igualdad de armas” (...); *d*) la necesidad de adopción, por parte del Estado, de medidas procesales “compensatorias”, a efectos de dar cumplimiento, en el marco del debido proceso, al principio de igualdad y no discriminación; *e*) el derecho a la “efectividad” de la tutela judicial, especialmente en relación con la posibilidad del cumplimiento de las sentencias<sup>27</sup>.

El impacto de la referida incorporación de los tratados tuvo, en la doctrina, al menos dos interpretaciones. Quienes defendían la validez constitucional de la exigencia no se vieron forzados a cambiar su posición. En ese sentido, Monti explica que «la aludida contradicción es más aparente que real»<sup>28</sup>, y García Pullés advierte que si bien no hay dudas sobre que el nuevo paradigma de interpretación debe ser desde los derechos humanos, tampoco hay razones para sostener la inconstitucionalidad del instituto, basados en esa «entronización de los derechos humanos», por su sola existencia<sup>29</sup>. Empero, quienes cuestionaban el instituto desde antes de la reforma encontraron argumentos para reforzar sus críticas. Entre ellos, Gordillo afirmó:

... la habilitación de la vía judicial o el agotamiento de la vía administrativa (...) es una irrazonable restricción a la garantía constitucional, supranacional e internacional de acceso inmediato y expedito a una instancia judicial pronta y cumplida [razón por la cual] el constituyente de 1994 dijo que podía acudirse a la instancia judicial en materia de amparo sin necesidad de agotar la vía ni hacer el reclamo administrativo<sup>30</sup>.

Canosa por su parte, señaló que, al ser una creación legislativa, «las normas legales que lo regulan han devenido inconstitucionales, máxime luego de la reforma constitucional de 1994 con la incorporación de los tratados sobre derechos humanos»<sup>31</sup>.

27 González Moras, Juan, “La competencia para regular el procedimiento administrativo”, *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, RAP, 1<sup>a</sup> edición, 2006, p. 793.

28 Monti, Laura, *ob. cit.*, p. 121.

29 García Pullés, Fernando, *ob. cit.*, pp. 75-76.

30 Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 9<sup>a</sup> edición, 2009, Tomo II, La defensa del usuario y del administrado, p. XIII-10. Como veremos más adelante, para que la posibilidad de demandar al Estado nacional por medio de una acción de amparo sea operativa sin la necesidad de agotar previamente la vía administrativa, debe demostrarse la configuración del supuesto exigido en la norma. Concretamente, que no existe “otro medio judicial más idóneo”. Ciertamente, no se dejó de lado el agotamiento de la vía si este fuese idóneo para tutelar la pretensión.

31 Canosa, Armando, “Nuevamente sobre el viejo tema del agotamiento de la vía administrativa”, *RAP, Revista argentina del régimen de la administración pública*, volumen 435, nota

### *III.II. La tutela judicial efectiva y el principio de razonabilidad*

Llegados a este punto, el examen debe continuar por quién, y con qué marco, tendrá competencia para regular el agotamiento de la vía administrativa<sup>32</sup>. Si bien coincidimos con que determinar si las normas de procedimiento administrativo deben ser aprobadas a través de una ley o un reglamento implica discutir una de las cuestiones centrales del derecho administrativo contemporáneo<sup>33</sup>, por razones de brevedad adelantamos y simplificamos la primera respuesta: el Congreso nacional<sup>34</sup>; sin perjuicio del rol que el Poder Ejecutivo nacional también ha tenido, y tiene, en los pormenores de esa regulación<sup>35</sup>.

Compartimos que el sistema de intervención o de reglamentación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional «se encuentra celosamente regulado a través de los Artículos 14, 16, 19, 28 y el actual Artículo 75 inciso 32»<sup>36</sup>. Y destacamos que, aquí, estamos frente a una regulación del derecho de tutela judicial efectiva derivada del artículo 18 de la Constitución nacional<sup>37</sup>. Este derecho, siguiendo a Balbín, «consiste en el reconocimiento a cualquier persona de ocurrir ante un órgano imparcial e independiente con el propósito de resolver los conflictos, conforme el orden jurídico, y hacer valer así sus derechos»<sup>38</sup>. Asimismo, cobra especial trascendencia y se erige como el

a fallo: CNCAF, sala V, 6 de noviembre de 2014. Expte. N° 11754/2011. GCBA - Procuración General (CABA) c/EN - Ministerio de Economía - Decreto N° 1.382/2005 s/proceso de conocimiento, p. 127.

32 Nos centraremos, exclusivamente, en el régimen federal.

33 González Moras, Juan, *ob. cit.*, p. 759.

34 No obstante, como es sabido, la Ley 19.549 ha sido dictada por el Poder Ejecutivo durante un gobierno de facto. De todas formas, asignaremos rango legal a la norma y evitaremos discusiones al respecto.

35 Ya hemos visto que los recursos se encuentran regulados en el Decreto 1759/1972.

36 González Moras, Juan, *ob. cit.*, p. 762.

37 Como explica Hutchinson, “el derecho a la tutela judicial efectiva, con el alcance de acceso a la justicia, no nace, como alguno puede creer, con la ratificación del Pacto de Costa Rica ni con la Constitución de 1994 –cuando se le otorga jerarquía constitucional a dicho Tratado (art. 75, inc. 22)–, pues fue reconocido en el art. 18 de la Constitución nacional de 1853/60 (...). El derecho de acceso a la jurisdicción en pleitos contra el Estado se apoyaba en la Constitución de 1853/60, más específicamente, en lo dispuesto en los arts. 18, 100, 101, 105 y 106 –hoy, arts. 18, 108, 109, 116 y 117–, los cuales estatúan la regla de que el Poder Judicial federal debía intervenir en todo tipo de causas o conflictos de derechos o intereses en los que la Nación fuera parte”. Hutchinson, Tomás, “Breve análisis de algunas cuestiones referentes al Proyecto de Código Procesal Administrativo”, Ávila, Santiago (coordinador), *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa. Congreso Federal sobre reformas legislativas, Mar del Plata, febrero de 2014*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos e Infojus, 1<sup>a</sup> edición, 2015, pp. 36-37.

38 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, T. IV, pp. 4-5.

paradigma central «que informa a todo el sistema protectorio de los derechos de las personas»<sup>39</sup>.

Bajo esas premisas, sin perder de vista que, como dijimos, el procedimiento administrativo se relaciona con el principio de legalidad<sup>40</sup>, no puede soslayarse que el derecho a la tutela judicial efectiva no es absoluto: puede estar sujeto a reglamentaciones legales, en los términos del artículo 14 de la Constitución nacional<sup>41</sup>. Asimismo, bajo la regla contenida en el artículo 28 de la Ley Fundamental: el principio de razonabilidad. Así, el ejercicio de la potestad legislativa exigirá armonizar los fines perseguidos por la política legislativa con los medios utilizados<sup>42</sup>.

En suma, el derecho a la tutela judicial puede ser regulado por ley, pero razonablemente.

### *III.III. Una breve reseña del esquema legal vigente*

#### *III.III.a. La ley 48*

Merece una primera mención en este apartado la discusión atinente a los alcances del artículo 116 de la Constitución nacional en relación con la referencia a que la justicia nacional entendería en «los asuntos en que la Nación sea parte». En efecto, como ilustra Tawil, no surge de ese precepto «si la jurisdicción en él establecida se refería a los supuestos en que la Nación actuaba como parte actora, demandada o en ambos caracteres»<sup>43</sup>.

El debate parlamentario de la Ley 48 (1863) es prueba suficiente de esa discusión y demuestra que, si bien existió consenso acerca de que la nación podría ser parte actora; no estuvo del todo admitida la posibilidad de que también fuese demandada en juicio. La redacción de la ley, que evita aclarar esa cuestión, es elocuente<sup>44</sup>.

39 Cassagne, Juan Carlos, “El principio de la tutela judicial efectiva”, *Los grandes principios del derecho público constitucional y administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 1<sup>a</sup> edición, 2015, pp. 621-659.

40 González Moras, Juan, *ob. cit.*, p. 782.

41 Cfr. Aberastury, Pedro: “El agotamiento de la vía administrativa y el plazo de caducidad”, *Aída. Ópera Prima de Derecho Administrativo, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, Número 12, julio-diciembre 2010, p.71.

42 Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 11<sup>a</sup> edición, 2016, Tomo I. Capítulo III - El contenido básico del Derecho Administrativo. El carácter relativo de los derechos y los límites constitucionales al ejercicio del poder reglamentario.

43 Tawil, Guido, *ob. cit.*, p. 31.

44 Art. 2.— Los Jueces Nacionales de Sección conocerán en primera instancia de las causas siguientes: (...) 6º En general, todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte.

### *III.III.b. La ley 3952*

Al sancionar la Ley 3952 (1900), se previó que los tribunales nacionales conocerían

... de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización previa legislativa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el Poder Ejecutivo, y su denegación por parte de éste.

De esa manera, la exigencia de reclamar administrativamente con carácter previo a la demanda judicial adquirió sustento legal<sup>45</sup>. La norma también previó que, si la resolución al reclamo «demorase por más de seis meses después de iniciado el reclamo ante ella, el interesado requerirá el pronto despacho, y si transcurriesen otros tres meses sin producirse dicha resolución, la acción podrá ser llevada directamente ante los tribunales». De ese modo, paralelamente a la necesidad de interponer una reclamación administrativa, el Congreso nacional previó que la falta de respuesta estatal no obstaría a la posibilidad de demandar judicialmente. Con claridad, la Ley 3952 incorporó la reclamación como requisito previo a la interposición de una demanda y dejó prevista una herramienta para poder demandar si la respuesta del Poder Ejecutivo no llegaba<sup>46</sup>.

### *III.III.c. La Ley 19.549*

El esquema legal actual está configurado por el régimen de la Ley 19.549 (1972), con las modificaciones introducidas en las leyes 21.686 (1977) y 25.344 (2000), y está reglamentada por el Decreto 1759/1972<sup>47</sup>. Esa ley, más conocida como Ley de Procedimientos Administrativos, consagra en su título IV el marco normativo a partir del cual el agotamiento de la vía administrativa encuentra su molde actual, con dos vías alternativas, y resulta imperativo para las partes y los tribunales, salvo contadas excepciones.

45 En sentido estricto, la incorporación de la reclamación vino a reemplazar otro paso previo: la venia legislativa, que no será trabajada en este escrito por razones de brevedad.

46 Mediante la Ley 11634 se modificó el art. 1 de la Ley 3952 y se incorporó la noción de que la nación fuese demandada “en su carácter de persona jurídica o de persona de derecho público”, reiterando la necesidad de la reclamación y su posterior denegación o falta de respuesta. Podría decirse que, a partir de esta modificación, se eliminó definitivamente la exigencia de la venia legislativa para la interposición de ciertas pretensiones.

47 Con diversas modificaciones, entre las cuales podemos destacar la del Decreto 894/2017.

### III.IV. *El esquema actual*

#### III.IV.a. *Vías establecidas*

Agotar la vía administrativa implica, muy resumidamente, la interposición de reclamos o recursos en sede administrativa, con arreglo a lo establecido en el régimen normativo que corresponda<sup>48</sup>. Su objetivo consiste, básicamente y dependiendo de la vía que se escoja, en impugnar un acto administrativo ya emitido o en reclamar a la Administración para que expida uno favorable. El instituto remite a la idea de obtener el pronunciamiento de la autoridad superior del órgano con competencia en un asunto concreto, para que quede expresa la postura de la Administración frente a la pretensión, mediante la emisión de un acto administrativo.

En el esquema general<sup>49</sup>, existen dos vías posibles, pero no optativas. El camino correcto dependerá de las circunstancias del caso: si la Administración (a) ya dictó un acto administrativo que genera un agravio; o (b) está evitando dictar el acto que reconozca un derecho. La importancia de esa distinción radica en que de ella se deriva el camino por seguir, porque la Ley 19.459 prevé, como adelantamos, dos caminos<sup>50</sup>: (a) la vía recursiva (interposición de recursos administrativos contra el acto, persiguiendo su declaración de ilegitimidad); y (b) la vía reclamativa (interposición de reclamos administrativos para que se dicte el acto, originado en una relación jurídica preexistente)<sup>51</sup>.

Por tanto, cuando se verifique la existencia del acto administrativo que genera un perjuicio, corresponderá utilizar la vía recursiva y será necesario que el particular observe dos características del acto: su emisor y su alcance<sup>52</sup> (si este es

48 Cabe dejar asentado que el agotamiento exigido en la Ley 19.549 no será de aplicación a los supuestos que no se encuentren regidos por esa norma. Si bien el concepto recién enunciado parece una obviedad, no ha dado pocas discusiones. Para ilustrar el punto, vale recordar, por caso, la jurisprudencia de la Corte Suprema en el precedente de *Fallos*: 327:4681 (“Resch”), entre muchos otros. Otra referencia necesaria para terminar de delinear esta aclaración consiste en aclarar que existen diversas leyes que prevén esquemas de agotamiento de la vía administrativa distintos del régimen general de la Ley 19.549 y su decreto reglamentario (ver, por ejemplo, Ley 25871, Título VI, Capítulo I, entre muchos otros).

49 Como se anticipó, deriva de la Ley 19.549 y su decreto reglamentario. Las referencias en este apartado serán generales, porque la intención es delinear el esquema para la comprensión del instituto y no detenernos en su regulación legal; se observará, no obstante, mayor –aunque no definitiva– precisión a pie de página, para ilustrarla.

50 La CJSN las ha distinguido reiteradamente. Basta con citar, como ejemplos, los precedentes de *Fallos*: 312:1017, “Mackendor SA.”, del 27/6/1989; y *Fallos*: 326:4711, “Peña Hugo”, del 25/11/2003.

51 CNACAF, Sala I, “Gurevich c/ Estado Nacional”, resolución del 7/11/2019, disidencia del juez Facio.

52 El alcance del acto será de crucial relevancia por cuanto la LPA establece dispositivos distintos para habilitar la instancia judicial según sea tal: para los actos administrativos de alcance

particular<sup>53</sup> o general<sup>54</sup>); pero si se constata la ausencia de un acto administrativo que reconozca un derecho, deberá acudir a la vía reclamatoria<sup>55</sup>, presentando el reclamo administrativo previo a la demanda judicial<sup>56</sup>. Como vemos, el esquema legal exige la presentación de peticiones ante la Administración e impone plazos en los cuales debe esperarse la respuesta estatal antes de demandar.

### *III.IV.b. El control de oficio por parte de los tribunales*

Estas condiciones deben ser verificadas de oficio por el tribunal cuando reciba una demanda dirigida contra del Estado nacional y, en caso de que no se encuentre cumplida alguna de ellas, el magistrado deberá –en principio– rechazar la admisibilidad de la acción judicial, entendiendo que la conducta estatal que

---

particular, regirá lo establecido por el art. 23, mientras que para los de alcance general, lo normado por el art. 24.

53 En los actos de alcance particular, habrá que identificar si quien lo dictó era la autoridad administrativa superior de la estructura estatal, según la norma que organice la estructura jerárquica en la cual se halle el órgano que dictó ese acto. Observando el emisor del acto, se podrá concluir: 1. a. si la autoridad que dictó el acto es la máxima autoridad del órgano o ente, la vía estará agotada; 1. b. si no es así, la vía no estará agotada. En este último supuesto, debemos buscar la solución en el Reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos (1759/72), que regula, en lo que ahora más importa, el recurso jerárquico (arts. 89 a 93 RLNP). Vale retener que se interpone ante el órgano que dictó el acto impugnado, quien debe elevarlo a su superior jerárquico para que lo resuelva dentro del plazo de los 30 días hábiles administrativos siguientes. Quedará, con la resolución o con el cumplimiento de este último plazo, agotada la vía administrativa.

54 Respecto a los actos de alcance general, el artículo 24 de la LPA nos indica que podrán ser impugnados de manera directa o indirecta. Directamente, podrá ser a través del “reclamo impropio”, denominado así por la doctrina y establecido por el inc. a) del art. 24, para el cual no se establece plazo de interposición, pero sí de resolución. En caso de interponerse, si la Administración resuelve de manera adversa a la pretensión, la vía administrativa estará agotada; pero si no lo hace, se configura el silencio administrativo en los términos del artículo 10, lo cual significa que, si la Administración transcurridos los 60 días no ha resuelto, se deberá requerir pronto despacho, y luego de los 30 días, la vía estará agotada. De modo indirecto, la impugnación conforme al artículo 24 inc. b) será al acto que aplica el acto de alcance general.

55 Es importante resaltar lo siguiente: a) Aquella omisión no se trata de un simple “no hacer” de la Administración, sino que es un “no hacer” que genera un perjuicio y que eventualmente, justificará que se verifique “caso”; y que, b) la pretensión, el derecho que el administrado busca se le reconozca, surge del ordenamiento jurídico, y no es una mera expresión de deseos, sino un derecho que corresponde en virtud de normas ya existentes.

56 La Ley 19.549 dispone en los artículos 30, 31 y 32 que “el Estado Nacional y sus autoridades autárquicas no podrán ser demandados judicialmente sin reclamo administrativo previo”, dirigido a la autoridad jerárquica del órgano u organismo de que se trate, para el cual no existe plazo perentorio de interposición. Pero, una vez interpuesto, el Estado tendrá noventa días para contestar, pasado los cuales el interesado podrá interponer pronto despacho, transcurridos otros cuarenta y cinco días con o sin respuesta, podrá promoverse la demanda judicial.

se pretende cuestionar se encuentra consentida y, consecuentemente, ya no es posible impugnarla<sup>57</sup>.

Es importante aclarar que, si bien la verificación de oficio no siempre ha sido una exigencia en la jurisprudencia del Alto Tribunal, las discrepancias generadas a su alrededor se encuentran actualmente zanjadas por una jurisprudencia invariable que, inclusive, ha sido dictada después de la última reforma constitucional. En efecto, a partir de la posición que fijó la Corte Suprema en el precedente “Gorordo”<sup>58</sup>, los recaudos para la habilitación de la instancia no son simples defensas, sino condiciones de admisión del proceso, «presupuestos procesales que determinan el curso de la demanda», y como tales, no pueden tener carácter de renunciables. Por ello, como explicó el Tribunal, la naturaleza del control de oficio se da en una «etapa preliminar» en la que el juez puede desestimar de oficio la demanda, sin que eso altere el equilibrio procesal y sin que el juez se convierta en un intérprete de la voluntad implícita de una de las partes<sup>59</sup>.

### *III.IV.c Excepciones al agotamiento de la vía administrativa en el régimen legal*

Si nos atenemos a la literalidad del artículo 32 de la Ley 19.549, en su redacción actual, derivada de la modificación que introdujo la Ley 25.344, no será necesario el reclamo administrativo previo cuando una norma expresa así lo establezca y cuando: *a*) se intente repetir lo pagado al Estado en virtud de una ejecución o de repetir un gravamen pagado indebidamente; y *b*) se pretenda el cobro de daños y perjuicios contra el Estado por responsabilidad extracontractual<sup>60</sup>. La redacción del artículo nos lleva a formular algunas aclaraciones.

En primer lugar, en la medida en que el agotamiento de la vía administrativa se erige como una imposición de jerarquía legal, tiene sentido que la misma ley aclare que si otra norma expresa excluye la obligatoriedad del agotamiento, prevalezca la norma especial<sup>61</sup>.

57 Cfr. Balbín, Carlos, *ob. cit.*, *Tratado...*, Tomo. IV, p. 43.

58 CSJN, “Gorordo Allaria Kralj de, Haydée c/ Ministerio de Cultura y Educación”, 4/2/1999, *Fallos*: 322:73 (voto de la mayoría).

59 Esa tesitura fue receptada legalmente, mediante la modificación que el art. 12 de la Ley 25.344 (2000) introdujo al art. 31 de la Ley 19.549.

60 Dejamos de lado, deliberadamente, las vías de hecho y el silencio, en la medida en que frente a las primeras contamos con la previsión del art. 25, inc. “d”, de la Ley 19.549; y frente al segundo, en sentido estricto, ya se ha iniciado un cauce administrativo y solo resta esperar una respuesta en los términos de los arts. 10 o 31 de la Ley 19.549, cuya inquietante distinción no será trabajada en estas líneas.

61 Esta previsión puede ser valiosa por cuanto al referir al concepto de “otra norma”, no precisa que se debe tratar de *otra ley* y permite que la excepción derive de una norma de inferior jerarquía. Podría citarse, a título anecdótico pero ilustrativo, la ya derogada previsión contenida en el art. 14 del Anexo VII del Decreto 1172/2003, en el cual no se exigía la interposición de recursos frente a la denegatoria –total o parcial– de la entrega de información pública y se dejaba expedita

En segundo lugar, es importante reparar en que la norma establece que no será necesario «el reclamo administrativo (...», apreciación que cobra relevancia por cuanto allí se prevé que, en los supuestos allí enunciados, no será imperativo *reclamar*, pero no se excluye la exigencia de *recurrir*. En lo que quizás más importa, la ley nos permite demandar por daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual sin una previa reclamación. Pero la norma no faculta a demandar sin una previa interposición del recurso administrativo, si lo que se pretende es una indemnización derivada de un acto administrativo ilegítimo que debe ser impugnado<sup>62</sup>.

En tercer lugar, conviene detenernos en que la redacción actual de la norma dejó de lado una figura que ha sido históricamente relevante a fines de exceptuar del cumplimiento de pasos previos: el ritualismo inútil<sup>63</sup>. No obstante su supresión legal, la CNACAF ha sentado como doctrina que «traduce un principio jurídico que subsiste como tal»<sup>64</sup>.

En conclusión, la exigencia de agotar la vía administrativa cederá cuando otra norma así lo prevea, cuando se reclame sumas de dinero sin la necesidad de impugnar actos administrativos y cuando se demuestre la inutilidad de su cumplimiento. Fuera de esos supuestos, deberá transitarse una vía administrativa que, por mandato legal, exigirá el transcurso de plazos en los que se tendrá que esperar una respuesta, expresa o ficta, de la administración<sup>65</sup>.

#### **IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA ACCIÓN DE AMPARO**

Es válido, y usual, afirmar que la admisibilidad de la acción de amparo prevista en el artículo 43 de la Constitución nacional no requiere, como paso

---

una acción judicial. Desde ya, si una norma constitucional permite exceptuar el cumplimiento del agotamiento, la previsión legal es innecesaria.

62 En ese sentido, la Corte Suprema ha sido enfática al resolver que “al no mediar declaración de ilegitimidad no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero alguna pues falta la causa de tales obligaciones” (*Fallos*: 319:1476, “Alcántara Díaz Colodrero”, del 20/8/1996). Esa doctrina, también citada más recientemente en el precedente de *Fallos*: 345:386, “Ledesma Alicia Noemí”, del 16/6/2022, refuerza la idea de que “los actos administrativos no impugnados judicialmente en el plazo que establece el art. 25 de la Ley 19.549, devienen firmes e irrevisables a pedido del interesado debido a la caducidad operada (...), razón por la cual, en tal caso, no es admisible la acción por cobro de pesos o el reclamo de los daños y perjuicios basados en el accionar ilícito de la administración”.

63 El art. 32, inc. “e”, de la Ley 19.549 en su redacción original preveía que no sería necesario el reclamo cuando “e) Mediare una clara conducta del Estado que haga presumir la ineffectuacía cierta del procedimiento, transformando el reclamo previo en un ritualismo inútil”.

64 CNACAF, “Córdoba Salvador y otros c/ DGFM s/ empleo público”, en pleno, 18/3/2011.

65 No ingresamos en el examen de recursos directos. Por su dispersión normativa, que llevaría a una fatigosa tarea de recopilación; y porque seguimos en la tesitura de tener que transitar un camino en sede administrativa.

previo, del agotamiento de la vía administrativa. Si esa premisa fuese absoluta, podríamos concluir este trabajo simplemente mencionando que la reforma constitucional fulminó la exigibilidad del agotamiento de la vía administrativa para litigar en contra del Estado nacional. Bastaría, pues, con promover una demanda bajo el ropaje de la acción de amparo para sortear el problema del agotamiento de la vía administrativa y la habilitación de la instancia judicial.

Sin embargo, como veremos, la reforma de 1994 introdujo variaciones majúsculas al otorgar indudable rango constitucional a la acción de amparo; pero no necesariamente dejó de lado la exigencia de transcurrir un camino previo a la interposición de una demanda contra el Estado nacional en todos los casos.

Creemos que es necesario repasar este instituto procesal, desde su creación pretoriana hasta su consagración en el texto constitucional, para comprender verdaderamente los alcances de la afirmación enunciada al comienzo de este apartado<sup>66</sup>.

#### *IV.I. Creación pretoriana<sup>67</sup> y regulación legal*

*IV.I.a. Sabemos que la Corte Suprema introdujo pretoriana e irreversiblemente la acción de amparo en nuestro ordenamiento jurídico en el famoso caso Siri<sup>68</sup>. Nos interesa destacar que allí, por mayoría, se afirmó que bastaba la comprobación inmediata de una restricción a un derecho constitucional para que la garantía constitucional invocada sea «restablecida por los jueces en su integridad, sin que pueda alegarse en contrario la inexistencia de una ley que la reglamente». En ese sentido, resaltó que «[l]os preceptos constitucionales tanto como la experiencia institucional del país reclaman de consuno el goce y ejercicio pleno de las garantías individuales para la efectiva vigencia del Estado de derecho e imponen a los jueces el deber de asegurarlas».*

*IV.I.b. Poco tiempo después, la doctrina que surge del precedente Siri se vio reforzada y ampliada, también por mayoría, en el igualmente recordado caso*

66 Para graficar la importancia: en líneas generales, el rechazo de una acción de amparo por cuestiones formales solo hace cosa juzgada respecto del amparo, y deja subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo (art. 13 de la Ley 16.986). Sin embargo, el transcurso del tiempo que exigiría la tramitación de ese juicio, fácilmente haría perder la posibilidad de agotar la vía de forma correcta y daría firmeza a la conducta estatal que se estime reprochable.

67 Si bien una verdadera comprensión del impacto de los precedentes, por la actualidad de las discusiones que plantean, exigiría trabajar las disidencias volcadas en ambas sentencias, las dejaremos de lado por razones de brevedad.

68 CJSN, Siri, Angel, sentencia del 27/12/1957, *Fallos*: 239:459.

*Kot<sup>69</sup>. Aquí, la Corte Suprema resaltó que el artículo 33 de la Constitución nacional reflejaba la existencia de «una garantía tácita o implícita» y apuntó que esa había sido la norma que había dado sustento al precedente Siri. Con esa mirada, enfatizó que las garantías constitucionales consideradas por los constituyentes de 1853 tuvieron como objeto, en sentido estricto, «la protección de la libertad». De tal modo, entendió que no era válido afirmar:*

[que un] ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad (...) carezca de la protección constitucional adecuada que es, desde luego, la del (...) amparo, no la de los juicios ordinarios o la de los interdictos, con traslados, vistas, ofrecimientos de prueba, etc.

Afirmó, con énfasis que «[I]la Constitución no desampara a los ciudadanos ante tales peligros ni les impone necesariamente recurrir a la defensa lenta y costosa de los procedimientos ordinarios». Y concluyó:

[siempre que aparezca] de modo claro y manifiesto, la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo.

*IV.I.c. Esas discusiones confluyeron en la sanción de la Ley 16.986 (1966)<sup>70</sup>. La norma, en gran medida vigente, enumera supuestos en los que la acción de amparo no será admisible. Destacamos la existencia de «recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate» (art. 2, inc. “a”, de la Ley 16.986).*

69 CSJN, “Kot, S. SRL s/ habeas corpus”, sentencia del 5/9/1958, Fallos, 241:291. Quizás en este precedente, el principal hilo conductor de los razonamientos se hilvana alrededor del *traspaso* de la doctrina de *Siri* a las afectaciones producidas por particulares. Nos detendremos, sin embargo, en los pasajes de la sentencia que nos permiten ilustrar el núcleo de este trabajo.

70 Este trabajo tiene como objeto el estudio de procesos en que el Estado nacional es parte demandada, de modo que omitiremos referencias legales sobre la acción de amparo entre particulares. De todas formas, es útil señalar que “el denominado amparo contra actos de particulares tiene una regulación procesal autónoma en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, particularmente en su art. 321, inc. 2. Ver Vallefín, Carlos; Balbín, Carlos, *Proceso Contencioso Administrativo Federal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1<sup>a</sup> edición, 2014, Tomo II, p. 977.

#### *IV.II. La constitucionalización del instituto y su recepción jurisprudencial*

*IV.II.a. La reforma de 1994 incluyó la acción de amparo en el artículo 43 de la Constitución nacional<sup>71</sup>. Allí se estableció que se podrá interponer acción de amparo «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo»; y que podrá ser interpuesta «contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley». Asimismo, se estableció que «el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva».*

Si se contrasta esa redacción con la de la Ley 16.986, se observan modificaciones ostensibles. Ahora bien, para el propósito de este trabajo basta con poner de relieve que la consagración constitucional de la acción de amparo en el artículo 43 de la Constitución nacional no necesariamente introdujo modificaciones directas en las exclusiones a la admisibilidad consagradas en el artículo 2, inciso “a”, de la Ley 16.986: legalmente se determinó que la acción no prosperará frente a la existencia de «recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate» (artículo 2, inciso “a”, de la Ley 16.986); en el texto constitucional encontramos que aquella solo prosperará “siempre que no exista otro medio judicial más idóneo” (artículo 43, párrafo 1, de la Constitución nacional).

La llave, entonces, estará en discernir e interpretar la idoneidad de la vía del amparo para que se permita sortear la exigencia de la vía administrativa previa a la demanda judicial.

En esa tarea, repasamos diversos precedentes de la Corte Suprema dictados después de la reforma de 1994 que nos permiten dar un contorno comprensible a la noción de amparo como vía idónea, en relación con la existencia de otras vías procesales para el debate judicial<sup>72</sup>. Como punto de partida, debe recordarse el enfoque que tuvo la Corte Suprema en el precedente de *Fallos: 318:1154*<sup>73</sup>. Aquí, afirmó que la existencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo «no es postulable en abstracto sino que depende –en cada caso– de la situación concreta de cada demandante».

71 El examen del instituto girará en torno de la figura de la acción de amparo como cauce procesal. No abordaremos el impacto que tuvo, en nuestro sistema judicial, el amparo colectivo (Cfr. Ballbín, Carlos, *Crisis del derecho administrativo. Bases para una nueva teoría general*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Astrea, 1<sup>a</sup> edición, 2020, p 122).

72 Deliberadamente, por razones de brevedad, el listado de precedentes no será exhaustivo.

73 CSJN, “Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía y otro s/amparo”, sentencia del 6/6/1995.

Posteriormente, en el precedente dictado en la causa “Neuquén para el Mundo”<sup>74</sup>, el Alto Tribunal sostuvo:

... para que sea admitida la vía del amparo resulta necesario que se haya agotado la vía administrativa correspondiente tendiente a permitir que el organismo interviniente enmiende el acto que se considera lesivo de los derechos constitucionales; sólo después de ello, de resultar procedente, quedará habilitada la vía del amparo.

En *Fallos*: 326:2150<sup>75</sup>, reiteró, con énfasis, que tanto el artículo 2 de la Ley 16.986 cuanto el artículo 43 de la Constitución nacional, prevén la procedencia de la acción de amparo siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. Y agregó que «la vía del amparo se verá desplazada cuando se demuestre la existencia de un recurso que resulte con mejor aptitud procesal para lograr la plena restitución del derecho afectado».

Precisamente, tuvo por configurado ese desplazamiento en el precedente de *Fallos*: 330:1407<sup>76</sup>. Es útil reseñar los antecedentes de este caso: el actor<sup>77</sup> había promovido una acción de amparo contra una universidad nacional. La cámara federal admitió su pretensión y declaró la nulidad de las actuaciones administrativas derivadas de un concurso universitario. La Corte Suprema revocó esa decisión. Si bien comenzó el examen del caso recordando que la acción de amparo se hallaba entonces consagrada en el artículo 43 de la Constitución nacional, sostuvo, con cita de precedentes previos a la reforma de la Ley Fundamental, que el amparo «es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías legales aptas peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura (...) la ineficacia de los procedimientos ordinarios».

De esa manera, resolvió que, si el actor cuestionaba una decisión del consejo universitario:

... el planteo debe efectuarse por la vía prevista en el citado art. 32 de la ley 24.521 e importa el agotamiento previo de la instancia administrativa”. Ello era así, por cuanto “el recurso de apelación ante la cámara federal competente, ha sido considerado por el legislador como la vía más idónea, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional.

74 CSJN, “Neuquén para el Mundo c/ Neuquén, Provincia del y otro s/amparo”, sentencia del 3/11/1998 (sin cita de *Fallos*).

75 CSJN, “Sindicato Argentino de Docentes Particulares c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/art. 47 Ley 23551-inconst. Dec. 1123/99”, sentencia del 4/7/2003.

76 CSJN, “Granillo Fernandez Hector Manuel c/ U.N.L.P. s/ amparo”, 10/4/2007.

77 Invocando derechos y garantías constitucionales tutelados por los arts. 14, 16, 18, 31, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución nacional y con el objeto de que el Consejo Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata diera por concluido un concurso docente

Finalmente, remarcó que «en el sub lite no existía una situación de urgencia que tornara necesaria la restitución inmediata de los derechos que el actor decía conculcados».

No obstante, el Alto Tribunal también ha matizado ese criterio restrictivo en materias relacionadas con la preservación de la salud y la integridad física. Concretamente, en el precedente de *Fallos*: 330:4647<sup>78</sup>, recordó que el derecho a la salud tiene reconocimiento en diversos tratados internacionales, con la jerarquía normativa asignada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional, y sostuvo que frente a la configuración de supuestos excepcionales «no cabe extremar la aplicación del principio según el cual el amparo no procede cuando el afectado tiene a su alcance una vía administrativa a la cual acudir». Con esa mirada, destacó que «su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual, toda vez que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos, más que una ordenación o resguardo de competencias». Ello era así, enfatizó, si se tenía en cuenta «el nuevo art. 43 de la Constitución Nacional».

Con similar orientación, en *Fallos*: 337:1564<sup>79</sup>, frente a una afectación de «carácter netamente alimentario (...) que afecta a uno de los grupos vulnerables definidos por nuestra Constitución como sujetos de preferente protección por los poderes constituidos (art. 75 inc. 23)», la Corte Suprema consideró admisible la vía del amparo tras tener por acreditado que existía una omisión de la autoridad pública frente a un claro mandato legislativo desoído.

En esa misma senda, en el precedente de *Fallos*: 339:201<sup>80</sup>, la Corte Suprema descalificó una decisión del superior tribunal provincial, que había rechazado una acción de amparo. Lo hizo porque la decisión recurrida «no consideró que la elección de dicha vía, como remedio judicial expeditivo, se fundó en los daños inminentes al medio ambiente», ni tuvo en cuenta diversas previsiones normativas relevantes para la solución del caso. En esos términos, destacó que, si bien la

78 CSJN, María, Flavia Judith c/ Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos y Estado provincial, sentencia del 30/10/2007.

79 CSJN, Villarreal Mario Jesús c/ PEN-PLN y Máxima AFJP s/ amparo, sentencia del 30/12/2014. El actor dedujo acción de amparo contra el Poder Ejecutivo nacional, el Poder Legislativo y Máxima AFJP con el objeto de que no se dispusiera de los aportes voluntarios que se encontraban en su cuenta de capitalización individual.

80 CSJN, “Martínez, Sergio Raúl c/ Agua Rica LLC Suco Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros 5/ acción de amparo”, resolución del 2/3/2016. Acción de amparo contra la provincia de Catamarca, la empresa Minera Agua Rica LLC Sucursal Argentina, Yamana Gold Inc. y el municipio de Andalgalá, con el objeto de obtener la suspensión de todo trabajo de instalación, transporte, construcción o preparación destinado a la explotación de las Minas de Agua Rica, ubicadas en los nevados del Aconcagua, así como el cese definitivo de dicho emprendimiento, por lesionar los derechos a un medio ambiente sano y equilibrado, a la salud, a la vida, a la integridad física y a la propiedad de los accionantes y de todos los habitantes de la región.

acción de amparo no estaba destinada a reemplazar los procesos ordinarios, «los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales».

Finalmente, nos interesa destacar que en *Fallos*: 344:3011<sup>81</sup> (voto de los jueces Maqueda y Lorenzetti), la Corte Suprema precisó:

... luego de la citada reforma de 1994, el Tribunal continuó velando por el reconocimiento del amparo en toda su plenitud y como llave para la realización de las demás cláusulas constitucionales. El reconocimiento de un derecho implica una vía procesal apta para hacerlo eficaz pues (...) “donde hay un derecho hay una acción legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido”.

En suma, mediante la interposición de la acción de amparo se podrá prescindir del agotamiento de la vía administrativa, siempre que aquella sea la vía judicial idónea.

## V. COLOFÓN

La reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones que, de manera directa e indirecta, han impactado positivamente en cómo debe ser interpretado el agotamiento de la vía administrativa. Por un lado, a partir de la jerarquía normativa que consagra la ampliación de derechos surgida de la incorporación del artículo 75, inciso 22, de la Constitución nacional; y, por otro, mediante la inclusión de la acción de amparo en su artículo 43. Igualmente, a partir de los conceptos abordados y desarrollados en este trabajo, creemos que es posible sostener su vigencia y validez constitucional tras la reforma.

Desde la perspectiva expuesta, consideramos estrictamente necesaria una buena comprensión de la regulación constitucional, legal y reglamentaria de este instituto procedural y procesal para que su mal uso no concluya en la pérdida de la posibilidad de ejercer un derecho. En efecto, el régimen general de la Ley 19.549 permite canalizar las pretensiones recursivas y reclamatorias por medio de las vías allí previstas y contempla diversos supuestos de excepción claramente delimitados, a los que se añade la figura del ritualismo inútil. Paralelamente, cuando el sometimiento a una de esas vías implique, en la práctica, la imposibilidad de ejercer un derecho de manera adecuada, la exigencia del agotamiento de la vía administrativa cederá frente a la acción de amparo. Esta posibilidad no es, en sentido estricto, optativa: la norma constitucional, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la ha interpretado, exige demostrar circunstancialmente que los caminos creados por el Congreso de la Nación no son aptos para la tutela del derecho invocado. Solo así, el amparo será la vía *idónea*. En ese sendero, despejando las excepciones que contempla el

81 CSJN, “Etcheverry, Juan Bautista y otros c/ EN s/ amparo Ley 16.986”, sentencia del 21/10/2021.

propio régimen legal, podría enunciarse una serie de pautas para la admisibilidad de la acción de amparo, entre las cuales destacamos la jerarquía de los derechos en juego y la urgencia que exija la respuesta judicial.

En conclusión, el agotamiento de la vía administrativa con carácter previo a demandar al Estado nacional se inscribe en una lógica constitucional que permite, pero no define, su existencia. Por ello, en cuanto la Constitución nacional no lo trata de manera directa, su exigibilidad solo será válida en la medida en que la regulación del instituto se ajuste a las previsiones constitucionales que le dan marco. Entendemos, así, que la compatibilización del régimen legal con el régimen constitucional debe ser realizada con una mirada sesuda que, frente a la prerrogativa estatal de reglamentar los derechos, priorice el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Ese examen debe ser realizado para valorar, en cada caso concreto, el esquema normativo vigente; pero, también, para ponderar la validez constitucional de cualquier modificación legislativa que se intente emprender en este campo. La reforma constitucional de 1994 invita, pues, a repensar el diseño de esa exigencia.<sup>82</sup>

82 Poco tiempo después de haber presentado este capítulo, la ley 27.742 (B.O. 8/7/2024) modificó el texto de la ley 19.549 en aspectos que habíamos trabajado especialmente. En líneas generales, podemos decir que la nueva redacción de la ley mantiene, con modificaciones y precisiones, un esquema en el cual se conservan su exigibilidad como requisito legal y su agotamiento por vía de recurso y/o de reclamo, así como la exigencia del cumplimiento de un plazo de caducidad para la interposición de una demanda judicial. Asimismo, se prevén excepciones para situaciones, fácticas y normativas, concretas; en ciertos casos, con criterios novedosos y, en otros, receptando una invariable jurisprudencia de la justicia federal. Tomamos la decisión de mantener el texto original del artículo, tal cual había sido presentado: si bien plasmamos reflexiones elaboradas con un régimen legal previo a la reforma legislativa de 2024, el trabajo se estructuró sustancialmente alrededor de la reforma constitucional de 1994. En este escenario, desde ya, asumimos el compromiso de hacer un seguimiento jurisprudencial sobre las recientes pautas fijadas por el Poder Legislativo que nos permita verificar si las conclusiones desarrolladas con un enfoque centrado en la Constitución Nacional han mantenido, o no, vigencia con el nuevo régimen legal instaurado.



# LA INCORPORACIÓN DE LA DEFENSA DEL CONSUMIDOR EN EL ARTÍCULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

MARÍA SOL FLORES COLLAZO\*

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución nacional nace en 1853, producto de deliberaciones continuas entre nuestros constituyentes, quienes se inspiraron en la Carta Magna de los Estados Unidos. Su supremacía se encuentra consagrada en el artículo 31, resguardado por el control de constitucionalidad y convencionalidad que ejercen la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás tribunales inferiores, y que debe también ser observado por el Poder Ejecutivo Nacional en oportunidad de emitir reglamentos generales y de alcance particular.

Se compone de un preámbulo donde se exponen los propósitos y objetivos que llevaron a su sanción, así como las metas que se pretenden alcanzar, y se reconoce la preexistencia de las provincias en relación con la nación. Está dividida en dos partes: una primera que contiene la declaración general de principios, derechos y garantías para todos los habitantes, fundamentada en la libertad e igualdad, y establece claramente la adopción de un sistema republicano, representativo y federal, y una segunda parte, que describe las facultades y funciones de los tres poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial).

En cuanto a la concepción filosófica, se basa en una visión liberal clásica del Estado, que enfatiza la importancia de la libertad individual abogando por un Estado limitado en sus funciones. Se defiende la noción de que el Estado debe restringirse a asegurar la seguridad y la justicia, sin entrometerse en la vida privada de las personas.

Una forma de entender a la Constitución es como un conjunto de derechos e ideales que le dan sentido a una sociedad. Hay un rasgo de nuestra identidad nacional que se mantiene intacto desde 1853 y que consiste en el compromiso

\* Abogada (UBA), especialista en Derecho de la Empresa (UBA), magíster en Argumentación Jurídica Aplicada (UBA) (en proceso), jefa de Trabajos Prácticos en “Sociedades” de la UBA, coordinadora y docente invitada de la Carrera de Especialización AJE (UBA). Contacto: mflorescollazo@derecho.uba.ar.

histórico, con la promesa constitucional, de asegurar los valores fundamentales del ideario liberal: la libertad y la igualdad<sup>1</sup>.

## **II. INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 42 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

La primera parte de la Constitución nacional (en adelante, CN) reconoce los derechos y libertades fundamentales de los individuos. Esta sección está compuesta por varios artículos que abordan temas como la igualdad, la libertad de expresión, el derecho a la propiedad, el libre comercio, entre otros. El reconocimiento y garantía de los derechos es esencial para asegurar la libertad de los ciudadanos.

A los efectos de esta exposición, nos centraremos en el derecho a ejercer el libre comercio (art. 14 CN) y el derecho de protección de los consumidores y usuarios (art. 42 CN). El derecho a ejercer el libre comercio en Argentina está protegido principalmente por el artículo 14 de la CN, que garantiza a todos los habitantes el derecho a «profesar libremente su culto, a enseñar y a aprender» y, en un sentido más amplio, a «trabajar y ejercer toda industria lícita». Establece una concepción negativa de la libertad, al reconocer el derecho a ejercer el comercio, el trabajo, la industria lícita, entre otros, sin intervención del Estado. Su fundamento se encuentra en el artículo 19 (CN), que manda al Estado no interferir en los actos privados de los individuos.

Aunque el «libre comercio» está garantizado, la CN también tiene interés en que el Estado regule las actividades comerciales para proteger el interés público, la salud, la seguridad y el bienestar general. Esto incluye el establecimiento de normas que reglen la competencia, la protección al consumidor y la defensa del medio ambiente, entre otros. El objetivo es armonizar la libertad económica con el bienestar colectivo.

La reforma de 1994 significó una ampliación de derechos orientada a un Estado social, con la incorporación de nuevos paradigmas. Tales incorporaciones se dieron sin mengua de las declaraciones, derechos y garantías provenientes del constitucionalismo clásico y afirmativas de nuestro liberalismo igualitario. Un ejemplo es la incorporación del artículo 42, en donde se consagraron los llamados «derechos de participación» y los «derechos de incidencia colectiva», y los derechos de los usuarios y consumidores<sup>2</sup>.

Así, el artículo 42 reconoce que los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; garantiza el

1 Saba, Roberto, 3 de enero de 2018. La promesa liberal de nuestra Constitución Nacional, *Clarín*, disponible en: <https://www.palermo.edu/derecho/2018/febrero/historia-argentina.html>

2 Dalla Vía, Alberto, “La Constitución y el Código Civil: reflexiones sobre el derecho público y el derecho privado”, La Ley, TR La Ley AR/DOC/4878/2015.

acceso a información adecuada y veraz sobre los distintos productos y servicios, así como a la educación para el consumo. Este artículo es el reconocimiento de un derecho social protegido legalmente y constituye una concepción de libertad positiva, que requiere un Estado más presente, intervencionista. Además, el artículo menciona la necesidad de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios en el marco de contratos y relaciones de consumo para asegurar que ninguno quede en una situación de desventaja.

Es fundamental para la regulación de las relaciones de consumo en Argentina y establece principios destinados a promover la protección y el respeto de los derechos de los consumidores y usuarios en el país. A lo largo de los años, ha dado lugar a la creación de leyes específicas, como la Ley de Defensa del Consumidor (Ley 24240) y la Ley de Defensa de la Competencia (Ley 27442), que concreta y amplía estos derechos.

### **III. LIBRE COMERCIO VERSUS PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**

Sentado lo anterior, utilizaremos el ideal de liberalismo de John Stuart Mill para analizar el tema que nos convoca: qué efectos tiene la incorporación del artículo 42 (CN) en la libertad de comercio. Mill, en su obra<sup>3</sup>, se propone analizar la libertad social o civil, es decir, la naturaleza y los límites del poder legítimo que la sociedad puede ejercer sobre el individuo. A fin de lograrlo, establece los intereses de la sociedad y los individuos, dejando claro que el único límite para estos últimos es no causar daño no consentido a otros, ya que ahí comienza el interés legítimo de la sociedad.

El concepto de libertad se basa en la idea de que los individuos deben tener la máxima libertad posible, con un límite: el ejercicio de esa libertad no puede producir un daño no consentido a un tercero. La autonomía para elegir el plan de vida tiene que existir al inicio del plan, aun cuando con esa elección la autonomía se vaya perdiendo (por ejemplo: una persona que decide inyectarse heroína de forma libre, luego de varios meses, pierde su autonomía por la adicción generada). Mill sostiene que la única libertad es la de perseguir nuestro propio bien a nuestra propia manera, siempre y cuando no tratemos de privar a otras personas de la suya.

A grandes rasgos, el «libre comercio» es un concepto que busca permitir el intercambio sin restricciones en el ámbito internacional, promoviendo la competitividad y el crecimiento económico, aunque también presenta desafíos que deben ser gestionados. El liberalismo de John Stuart Mill y el concepto de libre comercio están interrelacionados de varias maneras, ya que ambos comparten principios fundamentales sobre la libertad individual, el mercado y la sociedad.

3 Mill, John Stuart, *On Liberty*, en *Three Essays on Religion*, Oxford University Press, 1975 (traducción del inglés al español a cargo de Josefa Sainz Pulido).

Reconocer la importancia de la libertad individual y la autonomía en el comercio no puede hacerse de manera irrestricta. Y así lo ha entendido el constituyente que reguló en el artículo 42 (CN) el «derecho a la competencia», incorporando nuevos derechos «de incidencia colectiva» o «de participación», que, en principio, responden a un constitucionalismo clásico y afirmativo de nuestro liberalismo igualitario.

La competencia económica del mercado es un aspecto central de la economía liberal, pero esta libertad, siguiendo los principios de Mill, solo puede justificarse en tanto se ejerza sin generar perjuicios no aceptados a terceros. Y nuestra Constitución no solo entiende por terceros a los consumidores, sino también a los otros productores que encarnan la competencia.

El artículo 42 (CN) establece la protección de los consumidores y proveedores en diferentes aspectos. En primer lugar, busca prevenir prácticas anticompetitivas que distorsionen el mercado, y asegura, así, un entorno económico justo y equitativo. En segundo lugar, promueve la competencia como mecanismo para evitar impactos negativos en el bienestar general, controlando los monopolios tanto naturales como legales. Por último, garantiza la plena reparación de los daños causados a los consumidores, mediante un mecanismo que les permita obtener compensación por los perjuicios sufridos.

Entonces, la incorporación de derechos comunitarios es beneficiosa para las personas en general, pero también puede implicar una limitación de los derechos individuales, como, por ejemplo, aquellos reconocidos y mencionados anteriormente por el artículo 14 (CN). Se podría decir que los derechos positivos del artículo 42 (CN) generaría cierta tensión con los derechos negativos del artículo 14 (CN), ya que la protección de derechos comunitarios puede limitar los derechos individuales.

Por un lado, hay un intervencionismo estatal que busca la protección de los consumidores e implica la implementación de regulaciones y controles para garantizar la calidad de los productos, la transparencia en las transacciones y la prevención de prácticas abusivas por parte de los proveedores. Por otro lado, el derecho a ejercer el libre comercio implica la posibilidad de llevar a cabo actividades económicas sin intervención estatal excesiva, en las que los individuos pueden desarrollar sus emprendimientos y generar ingresos de manera libre; es decir, promueve la ausencia del Estado. Nos encontramos ante una tensión entre la protección positiva de la salud, seguridad e intereses económicos de los consumidores y el derecho a ejercer el libre comercio consagrado en el artículo 14 (CN).

¿Podemos decir, entonces, que la incorporación del artículo 42 (CN) respeta el derecho al libre comercio? Creemos que la respuesta es positiva porque su inclusión regula el ejercicio del libre comercio de varias formas. Busca proteger los derechos de los consumidores y usuarios, lo que es fundamental para

un mercado libre y competitivo. La protección del consumidor puede coexistir con el libre comercio, ya que una competencia justa y equitativa beneficia tanto a los consumidores como a las empresas. El Estado tiene la tarea de controlar que la libertad del mercado no avance sobre la libertad y autonomía de las personas, ni les genere un perjuicio. Y, en el mismo sentido, al defender la competencia promueve un entorno donde el libre comercio pueda prosperar. La competencia leal es esencial para que el libre comercio funcione de manera adecuada, sin monopolios y prácticas desleales que podrían perjudicar tanto a los consumidores como a los productores.

Actualmente, es imposible seguir creyendo que el mercado es neutral y se autorregula. Compartimos las ideas de Mill en cuanto a que, en cambio, el mercado representa un nuevo operador que puede ejercer una opresión suficiente sobre el individuo, susceptible de coartar su libertad hasta el punto de absorberlo por completo, condicionar sus decisiones y limitar su autonomía. Bajo esta influencia, las personas pueden verse impulsadas a actuar de acuerdo con lo que la sociedad o «las masas» consideran correcto, en lugar de seguir sus propios intereses y planes de vida. Esto puede llevar a una pérdida de la individualidad y a una falta de autenticidad en las decisiones personales. Este fenómeno se ve exacerbado por el avance de la utilización de las redes sociales para explotar el consumo, sin demasiada regularización estatal.

Cuando un mercado se encuentra dominado por un único proveedor, la oferta se reduce y se homogeneiza, se limitan las opciones disponibles para los consumidores y ello perjudica la determinación de los precios. En este sentido, es posible que los individuos se vean influenciados por esa falta de diversidad y acaben tomando decisiones que no reflejan necesariamente sus propios intereses y preferencias. Además, es probable que el individuo no sea consciente por completo de cómo esta influencia afecta sus elecciones, mediante limitaciones sutiles pero significativas. Cree que es libre cuando, en realidad, su decisión responde a varios factores manejados por el mismo mercado.

Por lo tanto, es importante promover y asegurar la libre competencia de los mercados y evitar la concentración excesiva de poder en manos de unos pocos actores. Esto permitirá ampliar las opciones disponibles para los consumidores, fomentará una mayor libertad de elección y protegerá la autonomía individual en la toma de decisiones de consumo.

La concentración de poder político y económico es un peligro para la democracia<sup>4</sup>, por ello, resulta fundamental para el liberalismo mantener la autonomía y la capacidad de tomar decisiones basadas en nuestros propios valores y metas. Así, la CN al regular los monopolios protege la libertad individual y evita que

4 Díaz Cisneros, Adriano, “Buscando el alma del derecho de competencia en los debates de la Convención Constituyente de 1994”, La Ley, TR LALEY AR/DOC/1289/2022.

una megaempresa se convierta en esa «masa» que decide por cada individuo qué consumir, con la consecuente pérdida de autonomía que ello conlleva.

Es cierto que la regulación del derecho de las empresas a ejercer el comercio puede considerarse como una intervención del Estado en el mercado, y esto puede generar tensiones entre los derechos individuales y los derechos comunitarios y, por lo tanto, ser menos «liberal». Sin embargo, es importante tener en cuenta que el libre mercado por sí solo no garantiza necesariamente la libertad y la imparcialidad. En ausencia de regulaciones y controles, existen riesgos de abusos por parte de las empresas, como prácticas monopolísticas, publicidad engañosa o productos de baja calidad que conducen a un escenario menos libre del pretendido por la norma. En este sentido, la intervención del Estado, aunque pueda considerarse excesiva, también puede resultar necesaria para proteger los derechos de los consumidores y promover una competencia sana y equitativa. Tal intervención debe interpretarse, entonces, ponderando sus probables efectos positivos en la sociedad.

#### **IV. CONCLUSIÓN**

Se puede afirmar que el artículo 42 de la CN respeta el libre comercio, en un marco de protección de los consumidores y la promoción de la libre y justa competencia. Esto significa que, aunque se fomente el libre comercio, debe hacerse de una manera que garantice derechos y equidad en las relaciones comerciales, evitando abusos y promoviendo un entorno de justicia social. Asegurar el derecho al libre comercio implica ciertas limitaciones, a fin de equilibrar el desarrollo económico con la protección de sectores vulnerables, garantizar la equidad en el mercado y promover el bienestar general de la sociedad. De esta forma, no se trata aquí de oponerse al libre comercio, sino de establecer un contexto en el que pueda desarrollarse de manera más justa y responsable.

# ESTÁNDARES JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO PENAL

DIEGO FREEDMAN\*

## **I. INTRODUCCIÓN**

En las siguientes líneas realizaré una breve descripción de los estándares jurisprudenciales fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en relación con la garantía de duración razonable del proceso penal.

Es menester señalar que esta garantía procesal ha sido deducida del artículo 18 de la Constitución nacional, pero su previsión expresa se produce con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos. En ese marco, el devenir jurisprudencial de la Corte IDH ha ido definiendo el alcance de esta garantía procesal en múltiples precedentes, y ha sido receptado en forma expresa por nuestro Máximo Tribunal.

## **II. LA GARANTÍA DE PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO PENAL**

La garantía de duración razonable del proceso penal se traduce en que «el imputado goza de un derecho constitucional subjetivo según el cual su proceso debe finalizar definitivamente dentro de un plazo que asegure un enjuiciamiento expeditivo<sup>1</sup>. Esto implica asumir que el proceso penal, más allá de la posibilidad

1 Pastor, Daniel, *El plazo razonable en el proceso en el Estado de Derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, Buenos Aires, Ad Hoc, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, p. 48.

Esta problemática ya fue abordada por Beccaria, cuando señalaba: “Cuanta más pronta y más cercana al delito sea la pena, será más justa y más útil. Digo más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que crecen con el vigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad [...]. El menor tiempo debe medirse tanto por la necesaria duración del proceso como por la antigüedad de quien tenga derecho a ser juzgado antes [...]. El proceso

\* Abogado (UBA), docente de la Facultad de Derecho, juez del Tribunal Oral de Menores nº 2. Contacto: diegofreedman@gmail.com.

de aplicar la privación de la libertad como medida cautelar, supone una serie de restricciones a los derechos de la persona imputada (por ejemplo, un embargo en el caso de que se haya dictado el procesamiento o la obligación de participar en ciertos actos procesales, como un reconocimiento), afecta el ejercicio sostenido de la defensa en juicio y genera una profunda incertidumbre por la eventualidad de sufrir una pena<sup>2</sup>.

Precisamente, la CSJN en el caso Mattei sostuvo: «... debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal»<sup>3</sup>.

---

mismo debe terminarse en el más breve tiempo posible”, *De los delitos y las penas*, Introducción, notas y traducción de Francisco Tomás y Valiente, Buenos Aires, Ediciones Orbis, Hypamerica, p. 81. Anteriormente, relata Pastor: “Ya en la recopilación de Justiniano se recoge una constitución en la que se toman medidas ‘a fin de que los litigios no se hagan casi interminables y excedan de la duración de la vida de los hombres’. Las leyes romanas posteriores a esa constitución establecieron un plazo preciso para la duración del proceso penal, disponiendo CONSTANTINO que empezara a contarse con la litiscontestación y que fuera de un año, plazo que, precisamente el propio JUSTINIANO elevó a dos. En la *Magna Charta Libertatum* de 1215 el rey inglés se comprometía a no denegar ni retardar derecho y justicia. En el mismo siglo, ALFONSO X, *el sabio*, mandaba, en consonancia con la fuente romano-justiniana de sus *Siete Partidas*, que ningún juicio penal pudiera durar más de dos años”, *El plazo razonable...., ob. cit.*, p. 49.

2 Explicaba Carnelutti: “Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes [...] Apenas ha surgido la sospecha, el imputado, su familia, su casa, su trabajo, son inquiridos, requeridos, examinados, desnudados, a la presencia de todo el mundo. El individuo, de esta manera, es convertido en pedazos”, *Las miserias del proceso penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, *ob. cit.*, pp. 75 y 76.

Por su parte, Pastor señala que la excesiva duración del proceso provoca “que lo primero en degradarse, de esta manera, es el propio principio del juicio previo a la pena, ya que el proceso de duración indeterminada significa la aplicación anticipada de la pena privativa de libertad en los casos de utilización de la prisión provisional, o bien la aplicación autónoma o concurrente de la llamada pena informal o pena de proceso. También es fácilmente observable cómo el principio de inocencia queda conculado. Pero las violaciones de las garantías judiciales no terminan allí. Existe también una afectación del derecho de defensa ya sea por las dificultades que ocasiona para su ejercicio eficaz la sobreprolongación de los procesos, como también por el mayor costo que una defensa prolongada ocasiona al acusado. Esta situación termina afectando otros derechos de las personas que no están en juego, en principio, en la cuestión del procedimiento penal. La incertidumbre de un proceso indefinido afecta indebidamente la estabilidad emocional del acusado y de su entorno de relaciones humanas. También su derecho de propiedad al verse enfrentado a la excesiva duración de cautelas reales que inmovilizan su patrimonio o parte de él”, Pastor, Daniel, *El plazo razonable...., ob. cit.*, p. 90.

3 *Fallos* 272:188, 1968. En un caso posterior, en el cual, el proceso se había extendido más de 25 años se sostuvo que “sin que sea imprescindible entrar en detalles y como conclusión

Estos primeros precedentes de la Corte Suprema sobre esta garantía se oca-sionaron por planteos formulados en procedimientos basados en la anterior normativa procesal, que procuraban evitar declaraciones de nulidad que retrotragieran el proceso a etapas superadas e insumieran, así, un tiempo considerable. En ese momento, todavía no había un reconocimiento expreso de la garantía en las normas constitucionales y no se había producido una interpretación por parte de los órganos internacionales de derechos humanos. Sin perjuicio de ello, la garantía oportunamente se consideró un «corolario del derecho de defensa en juicio<sup>4</sup> (art. 18 de la Constitución Nacional –derivado del ‘speedy trial’ de la enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica–)»<sup>5</sup>, pero su previsión expresa hoy ya la encontramos en las normas internacionales de derechos humanos<sup>6</sup>.

irrecusable, salta a la vista que resultaron agravados hasta su práctica aniquilación, el enfático propósito de afianzar la justicia, expuesto en el Preámbulo, y los mandatos explícitos e implícitos, que aseguran a todos los habitantes de la Nación la presunción de su inocencia y la inviolabilidad de su defensa en juicio y debido proceso legal (arts. 5, 18 y 33). Ello así, toda vez que dichas garantías constitucionales se integran por una rápida y eficaz decisión judicial (sentencias del 12 de mayo y del 7 de julio de 1977 *in re 'Pileckas, Ernesto A.' y 'Klosowsky, Víctor y otros'*, respectivamente) (consid. 3)”, “Mozzatti”, Fallos 300:1102, 1978. En similar sentido, en un proceso por contrabando se extendió la etapa de investigación durante 12 años, “Administración Nacional de Aduanas s/ denuncia de contrabando (*Fallos*: 316:2063, 1993).

4 CSJN, “Oliva Gerli” (Fallos 333:1987, 2010) considerando 8º del voto de la mayoría integrada por los ministros Lorenzetti, Fayt y Maqueda. Su derivación de la garantía de defensa en juicio había sido afirmada ya en “Mattei” (Fallos 272:188, 1968), considerando 14º. En relación con el fallo “Mattei” y con un sentido crítico, Pastor ha explicado: “Tampoco se justifica racionalmente la inclusión del derecho al juicio rápido en el principio de defensa. Aquel es un derecho fundamental autónomo en cualquier Estado constitucional de derecho y si no hay regulación expresa (o si no la había en la época de la sentencia ‘Mattei’), pertenece sin duda a la configuración básica del debido proceso (juicio previo: CN, 18). Aquí la Corte, tal vez para no abrir rumbos hacia nuevas figuras, prefirió recurrir al ‘cajón de sastre’ de toda cuestión federal de fijación no muy cristalina: el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio”, Pastor, Daniel, *El plazo razonable...*, ob. cit., p. 244.

La Corte ha reafirmado su derivación del art. 18 de la Constitución nacional en gran cantidad de *Fallos*: “Klosowsky” (Fallos 298:312, 1977), “Mozzatti” (Fallos 300:1102, 1978), “Bartra Rojas” (Fallos 305:913, 1983), “YPF” (Fallos 306:1688, 1984), “Casiraghi” (Fallos 306:1705, 1984), “Frades” (Fallos 312:2434, 1989), “Administración Nacional de Aduanas s/ denuncia de contrabando (Fallos 316:2063, 1993), “Amadeo de Roth” (Fallos 323:982, 2000), “Egea” (Fallos 327:4815, 2004), “Podestá” (Fallos 329:445, 2006), “Acerbo” (Fallos 330:3640, 2007), “Cuatorín” (Fallos 331:600, 2008), “Santander” (Fallos 331:2319, 2008), “Ibáñez” (I. 159.XLIV, 2009).

5 La enmienda VI de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece: “En todos los juicios penales el acusado gozará del derecho a un proceso rápido”.

6 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14, inc. 3, punto *c* dispone: “[d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho (...) A ser juzgado sin dilaciones indebidas.” La Convención Americana de Derechos Humanos establece en su artículo 8, inc. 1: “[t]oda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella

Desde ya, también existe una tensión entre la rapidez del proceso y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa<sup>7</sup>, ya que un procedimiento muy breve impediría efectivizar ampliamente las posibilidades de ser oído, ofrecer y participar en la actividad probatoria, efectuar planteos judiciales e interponer recursos. Por otro lado, no debe dejar de destacarse que esta garantía, en principio, diseñada para la persona imputada hoy en día tiene alcance para la víctima y se vincula estrechamente con el acceso a la justicia. Así lo ha reconocido la Corte IDH en su vasta jurisprudencia.

---

(...)" La Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su art. 40: "...b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considerare que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales...". Las Reglas de Mallorca disponen: "Todo proceso penal se desarrollará sin dilaciones indebidas. Los Estados deberán establecer esta obligación en sus legislaciones" (regla sexta).

Por su parte, la Corte IDH ha dicho: "El Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales. En el presente caso, el Tribunal observa que han transcurrido más de 10 años desde que ocurrieron los hechos y aún continúan abiertos los procesos penales respectivos. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el 'plazo razonable' al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva", Corte IDH, Caso "Valle Jaramillo y otros vs. Colombia", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 154. (con citas de los casos "Suárez Rosero vs. Ecuador", Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrs. 71 y 73; "Heliodoro Portugal vs. Panamá", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 148; "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago", Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 145).

El principio de celeridad fue reconocido por la Ley 27146 en sus arts. 3 y 6.

7 "No hay nada más demostrativo de la arbitrariedad de un procedimiento que los juicios sumarios o sumarísimos en materia penal. Se entiende con facilidad que ellos impiden al imputado el ejercicio de todas las facultades propias de un enjuiciamiento penal adecuado a la constitución democrática", Pastor, Daniel, *El plazo razonable..., ob. cit.*, p. 51.

"Puede también hablarse de un término *mínimo* de duración: el necesario para el desarrollo de la investigación, para el eficaz ejercicio de la defensa, y para una decisión serena y ponderada de los jueces alejada temporalmente del estrépito causado por la comisión del delito", Cafferata Nores, José, *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000, p. 83.

Para analizar la duración del proceso penal, se debe evaluar el tiempo transcurrido desde el inicio del proceso penal<sup>8</sup> hasta la obtención de la sentencia firme, lo cual incluye el trámite recursivo<sup>9</sup>. A partir del caso Suárez Rosero, la Corte

8 La Corte IDH ha dicho que se inicia el cómputo “cuando se presenta el primer acto de procedimiento dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito”, Caso “López Álvarez vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 129. El Juez Sergio García Ramírez ha explicado: “[b]asta, pues, con que exista esa afectación del individuo para que se ponga en alerta la valoración sobre el plazo razonable, aunque la afectación no se presente, técnicamente, dentro del ‘proceso’ penal, sino dentro de un ‘procedimiento’ penal. Para los efectos de la tutela de los derechos humanos, la distinción entre esos supuestos no posee relevancia decisiva: en ambos, en efecto, se afecta la libertad del individuo a través de vinculaciones que implican injerencia en su esfera de libre determinación [...] De lo contrario bastaría con fragmentar la persecución, abrir largos períodos de investigación, diferir a conveniencia la apertura del juicio, generar actos de los que dependa la calificación del procedimiento como verdadero proceso o simple preparación de éste, etcétera, para prolongar una indagación, retrasar un juicio o postergar la satisfacción de un derecho o el cumplimiento de un deber, sea que ello afecte desfavorablemente a un imputado, sea que lesione el interés jurídico de una víctima. La forma sacrificaría el fondo”, Corte IDH. “Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006 Serie C No. 148, párrs. 35 y 36.

9 Al respecto, la Corte IDH sostuvo que “La razonabilidad del plazo (...) se debe apreciar en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta que se dicte sentencia definitiva, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse”, Corte IDH, Caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 104, con cita de Caso “Tibi vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 168 y Caso “Suárez Rosero”, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70. Igual criterio ha tenido la CSJN en el caso “Podesta”, Fallos 329:445, 2006. Precisamente, en los casos “Ibáñez” (I. 159. XLIV, 2009) se consideró irrazonable un plazo de trámite recursivo de más de diez años para un hecho de robo. En “Barroso” se cuestionó un trámite recursivo que se extendió durante diez años para un hecho de robo calificado por el uso de arma y tenencia ilegítima de arma de guerra (Fallos 333:1639, 2010). En “Vilche” se consideró irrazonable un plazo de trámite recursivo de más de doce años en un caso de tentativa de homicidio que llegó a juicio en un año (hubo una intervención previa de la Corte Suprema) (V. 161. XLVIII, 2012). En el caso “Espíndola” se consideró que se había afectado esta garantía por un trámite recursivo extendido durante doce años, cuando el hecho no presentaba complejidad (robo agravado por el uso de arma de fuego y portación ilegal de arma de fuego de uso civil). La investigación y el juicio se realizaron en el plazo de dos años por delitos cuya pena no firme era seis años y ocho meses; y seis años años y diez meses para cada uno de los imputados, respectivamente (Fallos 342:584, 2019). En el caso “Farina” se consideró irrazonable un plazo del trámite recursivo de catorce años para un hecho de homicidio culposo, (Fallos 342:2344, 2019). Por su parte, en el caso “Escudero” se consideró irrazonable un plazo de veintiún años de duración de la etapa recursiva en un hecho de robo calificado, Fallos 344:378, 2021. En el caso “Gómez” se consideró desproporcionado un plazo de dieciocho años para enjuiciar un robo agravado por el uso de arma de fuego; la mitad del tiempo demoró el trámite recursivo, Fallos 344:1930, 2023.

El Comité de Derechos Humanos ha considerado: “Todas las fases del proceso deben celebrarse ‘sin dilaciones indebidas’, tanto en primera instancia como en apelación”, Comité

IDH entendió que debe considerarse como primer acto del procedimiento a la aprehensión policial<sup>10</sup>, siempre y cuando, el proceso penal no hubiera comenzado antes.

Dado que el proceso penal se divide en ciertas etapas (investigación, juicio, recursos), puede plantearse la afectación de esta garantía en cualquier momento del proceso y valorarse la razonabilidad de la extensión de cada tramo en forma particularizada<sup>11</sup>. Incluso, la Corte IDH ha aplicado también este estándar al procedimiento de extradición<sup>12</sup>, que, en muchos casos, es previo al juzgamiento de la persona requerida.

### **III. LOS CRITERIOS RELEVANTES PARA DETERMINAR LA AFECTACIÓN DE LA GARANTÍA DE DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO PENAL**

La Corte IDH, frente a planteos formulados tanto por personas imputadas en causas penales como por víctimas de delitos, sostuvo que debía analizarse cada caso de acuerdo a una serie de criterios<sup>13</sup> (doctrina del «no plazo», como la

---

de Derechos Humanos, 90º período de sesiones, Ginebra, 9 a 27 de julio de 2007, Observación General N° 32, “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, párr. 35.

10 Corte IDH, Caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 70.

11 “Si bien es cierto que a efectos de analizar el plazo razonable de una investigación y de un procedimiento, en términos generales la Corte debe considerar la duración global de un proceso hasta que se dicte sentencia definitiva, en ciertas situaciones particulares puede ser pertinente una valoración específica de sus distintas etapas. De acuerdo a lo anterior, y tomando en consideración que el objeto principal del litigio sobre la duración del procedimiento y de la investigación por el homicidio de Nelson Carvajal se centra esencialmente en las actuaciones posteriores al año 2001, a continuación, la Corte pasa a analizar el período de tiempo entre el año 2001 y la actualidad, a la luz de los elementos del plazo razonable que fueron arriba mencionados”, Caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 106. En igual sentido, Caso “Vereda La Esperanza vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 194.

12 Corte IDH. Caso “Wong Ho Wing vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 208 y ss.

13 Con claridad, la Corte IDH considera que la afectación de esta garantía requiere de un análisis concreto de la situación, en el cual se controvieren los argumentos para justificar o cuestionar la extensión de la duración del proceso penal: “En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que excede los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto”, Corte IDH. Caso “Tenorio Roca y otros vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2016. Serie C No. 314, párr. 239 (con cita de los casos “Anzualdo Castro vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No.

denomina Daniel Pastor<sup>14</sup>), sin considerar exigible que los Estados establezcan un plazo por medio de la ley procesal.

Estos factores son los siguientes<sup>15</sup>:

- 1) la complejidad del asunto;
- 2) la actividad procesal del interesado;
- 3) la conducta de las autoridades judiciales, y
- 4) la afectación de la persona involucrada en el proceso, generada en la situación jurídica.

202, párr. 156, y Corte IDH. Caso “Quispialaya Vilcapoma vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 178).

14 “[T]anto la Comisión como la Corte americana de DD. HH. sostienen en la materia la tesis del ‘no plazo’, según la cual no puede establecerse con precisión absoluta cuándo un plazo es razonable o no, ya que no es posible cuantificarlo en años y meses. Por lo contrario, para poder determinar si en un caso concreto el plazo deja de ser razonable es necesario realizar un análisis global del caso, lo que supone que el proceso ha terminado y con ello, necesariamente, que si su duración ha sido irrazonable la violación del derecho no ha sido evitada”, Pastor, Daniel, *El plazo razonable..., ob. cit.*, p. 205. Agrega que “no se aparta de lo establecido por la del TEDH, a la que expresamente sigue, según la cual el plazo razonable dentro del cual el imputado debe ser juzgado no es, llamativamente, un plazo en sentido procesal penal, esto es, una condición temporal de validez de un acto procesal o de un conjunto de ellos (todo el proceso), sino una categoría indeterminada que permite a quien *ex post processus* deba juzgar la razonabilidad de su duración establecerla según criterios obvios pero imprecisos, de modo que faciliten la discrecionalidad en la decisión, según predilecciones y preferencias”, Pastor, Daniel, *El plazo razonable..., ob. cit.*, ps. 221 y 222.

15 Los tres primeros factores fueron analizados en los casos “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 77; “Suárez Rosero vs. Ecuador”, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 72; “López Álvarez vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr 126 y ss.; “Tibi vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 175; “Bayarri vs. Argentina”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de octubre de 2008, Serie C No. 187, párr. 107; “García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 166; “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 149; “Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 133; entre otros. El último factor fue incorporado en los casos “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 155; “Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219, párr. 219 y Caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 105.

El Comité de Derechos Humanos también comparte esta tesisura y el análisis de los tres primeros factores, 90º período de sesiones, Ginebra, 9-27 de julio de 2007, Observación General Nº 32, “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, párr. 35.

Ha sido profuso y casuístico el desarrollo jurisprudencial del Máximo Tribunal regional respecto del contenido de cada uno de estos factores. Sin embargo, es posible precisar que, al ponderar la complejidad del proceso, se tiene en cuenta la complicación en la recolección y la valoración de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales (la cantidad de víctimas o de acusados), el tiempo transcurrido desde la comisión del delito, la regulación de la etapa recursiva consagrada en la legislación procesal y el contexto social y político en el que ocurrió la violación<sup>16</sup>. Al mismo tiempo, determinados hechos delictivos (hechos cometidos por miembros de grupos armados, corrupción, desaparición forzada) fueron definidos como complejos y, por tanto, resulta justificada una duración más extensa del proceso penal<sup>17</sup>. Por otro lado, se reconoció las

16 “Respecto de la complejidad del caso, este Tribunal ha tenido en cuenta diversos criterios para determinar la complejidad de un proceso. Entre ellos, se encuentra la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación. Asimismo, la Corte Europea ha indicado que la complejidad debe determinarse por la naturaleza de las acusaciones, el número de acusados y la situación política y social reinante en el lugar y tiempo de la ocurrencia de los hechos”, Corte IDH, Caso “Luna López vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 10 de octubre de 2013, Serie C No. 269, párr. 190 (con cita de los casos de la Corte IDH “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, sentencia de 27 de enero de 1995, Serie C No. 21, párr. 78) y TEDH, caso Milasi v. Italy. Sentencia de 25 de junio de 1987, párr. 16). En similar sentido, Corte IDH. Caso “Quispialaya Vilcapoma vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2015. Serie C No. 308, párr. 175.

Sobre este factor, el Juez Sergio García Ramírez sostuvo en su voto: “Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes [...] Asimismo, será preciso considerar el número de relaciones que concurren en el litigio: a menudo no se trata de una sola, sino de múltiples relaciones que acuden a la controversia y que es preciso explorar, desentrañar. Igualmente es preciso tomar en cuenta el número de participantes en las relaciones materiales y en la tramitación procesal, con sus respectivas posiciones, sus derechos, sus intereses llevados a juicio, sus razonamientos y expectativas. Y habrá que considerar las condiciones en las que se analiza la causa, que pueden hallarse bajo presión de contingencias de diverso género, desde naturales hasta sociales”, Corte IDH. Caso “López Álvarez vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 30 y 31.

17 Se definió como un caso complejo cuando se intenta “el juzgamiento de actuaciones de miembros de grupos alzados en armas”, caso “Vereda La Esperanza vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 195; con cita del caso de “la Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, párr. 238; caso de “las Masacres de Ituango vs. Colombia”, párr. 300, y caso “Yarce y Otras vs. Colombia”, párr. 289. En el caso “Carvajal Carvajal” concluyó que había complejidad porque el homicidio era atribuible a una

## dificultades probatorias en casos de violencia de género<sup>18</sup> y las complejidades

pluralidad de actores y podrían estar implicados grupos armados organizados. Al mismo tiempo se valoró el paso de veinte años desde el acaecimiento de los hechos y las amenazas contra los participantes en el proceso (que podrían ser neutralizadas si se adoptan las medidas necesarias por parte del Estado), Corte IDH, Caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párrs. 108 y 109. En el caso “Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica” se valoró que era complejo por la intervención de “actores estatales” y “actores no estatales con extensas estructuras macro criminales”, Corte IDH, Caso “Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, párr. 473.

También, ha considerado complejos los casos que involucran actos de corrupción, sin perjuicio de corresponderle al Estado la demostración de las dificultades en el caso concreto y sin poder fundarse en alegaciones genéricas, Corte IDH, caso “Andrade Salmón vs. Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 159. Agregó: “Si bien el principio de igualdad requiere que el tiempo razonable del proceso y de la consiguiente limitación de derechos en función de medidas cautelares sean de pareja exigencia por parte de cualquier persona, deben cuidarse especialmente los casos que involucran a funcionarios públicos. La sana lucha contra la corrupción y la deseable persecución de los delitos contra la administración pública, no es admisible que se perviertan desviándose en un recurso lesivo a la democracia, mediante el sometimiento a una indefinida situación procesal incierta a personas políticamente activas, con el resultado de excluirlas de la lucha política democrática. El propio objetivo de combatir la corrupción, ante situaciones susceptibles de convertir el celo por la transparencia en el manejo de la cosa pública en un instrumento antidemocrático, exige que se extreme el cuidado e inclusive se abrevie el término que usualmente se considera tiempo razonable del proceso, en defensa de la salud democrática de todo Estado de Derecho”, párr. 178.

El caso “Alvarado Espinoza” se consideró complejo por tratarse de una desaparición forzada, en la cual, “los perpetradores intentaron eliminar todo rastro o evidencia” y se niegan a “brindar información sobre el paradero y por el número de posibles responsables”, Corte IDH, Caso “Alvarado Espinoza y otros vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 251 (con cita del Caso “Anzualdo Castro vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 157). Similares consideraciones se hicieron sobre las investigaciones de un plan sistemático de represión de la población civil y de violación de derechos humanos que “determinó que, desde las más altas autoridades gubernamentales, se orquestara una dinámica generalizada de actuación delictiva y de procuración de impunidad, a lo que se sumó el marco de coordinación interestatal existente en la ‘Operación Cóndor’, todo lo cual tornan ciertamente complejas las labores de investigación y juzgamiento de lo sucedido, en tanto exige dilucidar maniobras criminales planificadas y respaldadas, desde la clandestinidad, a nivel interno e internacional, con múltiples víctimas, responsables y hechos por esclarecer”, Corte IDH, Caso “Familia Julien Grisonas vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437, párr. 179.

<sup>18</sup> En el caso “Guzmán Albaracín”, se entendió que un caso de violencia sexual presenta complejidad cuando la víctima no puede realizar su declaración, sin embargo, ello se vio atenuado porque el Estado tomó conocimiento del hecho poco tiempo después de ocurrido y pudo recolectar prueba médica y otros testimonios relevantes, Corte IDH, Caso “Guzmán Albaracín y otras vs. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 182.

procesales del trámite de extradición<sup>19</sup>.

En relación con el factor de la actividad procesal del interesado, se procura evaluar si la persona imputada o la víctima han desplegado maniobras de tipo dilatorias, a fin de generar demoras injustificadas en el proceso penal<sup>20</sup>. En este sentido, se ha considerado que no puede reprocharse a la persona imputada o a la víctima haber interpuesto planteos recursivos previstos en las normas procesales<sup>21</sup>

19 En el caso “Wong Ho Wing vs. Perú”, se consideró que el trámite de la extradición presenta complejidad, dado que involucra a diferentes órganos del Estado, presenta una diversidad de planteos recursivos, resulta escasa la jurisprudencia regional o interna y ocurre entre países con diferentes idiomas y sistemas jurídicos: “No obstante, en el presente caso, la Corte nota que el proceso de extradición entre el Perú y China involucra comunicaciones y relaciones diplomáticas entre dos Estados que cuentan con un sistema jurídico e idioma diferente y que requiere la participación de múltiples y distintos órganos de ambos Estados. Además, la ausencia de jurisprudencia a nivel regional o a nivel interno sobre la materia y la diversidad de recursos interpuestos tanto por la presunta víctima como por los órganos del Estado (infra B.2.b y B.2.c) han contribuido a complejizar el proceso e influido en su prolongación”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297.

20 Se ha dicho que es necesario “evaluar si los interesados realizaron intervenciones que les eran razonablemente exigibles en las distintas etapas procesales (...) no apuntaron a producir la dilación injustificada del proceso, sino a proteger sus derechos a la obtención de la verdad procesal y su derecho de acceso a la justicia, por lo que se refirieron a intervenciones que eran razonablemente esperables de su parte”, Corte IDH. Caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 110.

21 Al respecto, el Juez García Ramírez ha considerado que no se debe afectar el ejercicio de la debida defensa por aumentar la celeridad en el proceso: “Corresponde al legislador regular el proceso y al juzgador presidirlo y encauzarlo de manera que sirva al objetivo para el que fue concebido. Ahora bien, nada de esto significa que se restrinja el empleo legítimo de los medios que la ley autoriza para el desempeño de una defensa. Ni se debe incurrir en autoritarismo judicial ni es debido obstruir la defensa de un inculpado, con el propósito de imprimir celeridad al enjuiciamiento, si esto se hace a costa de los derechos de quienes participan en él y, a la postre, de la justicia misma”, Corte IDH. Caso “Bulacio vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100, párr. 28. Asimismo, ha dicho: “Es preciso estar en guardia frente a la pretensión de que el individuo prescinda de actos de defensa en bien de la celeridad o conforme a criterios de supuesta racionalidad, a juicio de observadores distantes o comprometidos. El tribunal habrá de distinguir con prudencia entre las acciones y las omisiones del litigante que tienen como objetivo la defensa –bien o mal informada– y aquellas otras que sólo sirven a la demora”, Corte IDH. Caso “López Álvarez vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 32.

Con posterioridad, la Corte IDH ha considerado que “la interposición de recursos constituye un factor objetivo, que no debe ser atribuido ni a la presunta víctima ni al Estado demandado, sino que debe ser tomado en cuenta como un elemento objetivo al determinar si la duración del procedimiento excedió el plazo razonable” y valoró positivamente que haya procurado una rápida resolución del procedimiento solicitando una decisión definitiva. Corte IDH. Caso “Wong Ho Wing vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 201. En similar sentido, Corte IDH, caso “Montesinos Mejía vs. Ecuador”, sentencia de 27 de enero de 2020, párr. 184; Corte IDH, caso “García Rodríguez y otro

o haber ejercido la facultad de recusar a un magistrado<sup>22</sup>. A mismo tiempo, se ha señalado que resulta justificable la extensión del proceso cuando la persona imputada no pudo ser localizada al inicio de la causa judicial<sup>23</sup> o si emigró a otro país luego de iniciado el proceso penal<sup>24</sup>. Desde ya, se afecta esta garantía, perjudicando los derechos de las víctimas, si el Estado no despliega ninguna acción concreta para hallar al imputado y someterlo al proceso penal<sup>25</sup>.

En relación con el tercer factor, «la conducta de las autoridades judiciales», la Corte IDH detalló que corresponde analizar la actuación desplegada por el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal a fin de lograr el avance en el proceso penal y evitar demoras innecesarias, «tiempos muertos» o un excesivo rigor manifiesto; sin admitir como justificación genérica el colapso o la sobrecarga de tareas<sup>26</sup>. No se ha considerado reprochable que haya criterios de priorización de

---

vs. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de enero de 2023. Serie C No. 482, párr. 269; Corte IDH, Caso “Rodríguez Pacheco y otra vs. Venezuela”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2023. Serie C No. 504, párr. 134.

22 La interposición por parte de la querella de un planteo recusatorio porque se considera que la investigación tiene demoras injustificadas no ha sido considerado dilatorio, Corte IDH, Caso “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 183.

23 Corte IDH, Caso “Carranza Alarcón vs. Ecuador”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de febrero de 2020, párr. 93.

24 Corte IDH. Caso “Amrhein y otros vs. Costa Rica”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de abril de 2018. Serie C No. 354, párr. 429.

25 Se ha contabilizado el plazo del proceso cuando se suspende por la fuga de la persona imputada, y se ha señalado que, en ese caso, si el Estado no adopta medidas para localizarlo y someterlo al proceso, afecta el derecho de la víctima a la duración razonable del proceso penal, Corte IDH, Caso “Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2020, párr. 184.

26 “[L]a Corte ha entendido que, como rectoras del proceso, tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso en pro del formalismo”, Corte IDH, caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 111. En igual sentido, Corte IDH. Caso “Vereda La Esperanza vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 341, párr. 200.

“En cuanto al comportamiento del tribunal –pero sería mejor hablar, genéricamente, del comportamiento de las autoridades, porque no sólo aquél opera en nombre del Estado–, es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud, exceso ritual. ¿Cuáles son el posible desempeño y el rendimiento de un tribunal (o, más ampliamente, de una autoridad) aplicado seriamente a la solución de los conflictos que se le someten, y el de uno que distrae su energía mientras los justiciables aguardan pronunciamientos que no llegan? [...] En este campo vienen a cuentas la insuficiencia de los tribunales, la complejidad del régimen procedural envejecido, la abrumadora carga de trabajo, incluso con respecto a tribunales que realizan un serio esfuerzo de productividad. Es necesario conocer estos datos de la realidad, pero ninguno de ellos debiera gravitar sobre los

causas judiciales<sup>27</sup>. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos ha considerado que cuando «las demoras son ocasionadas por la falta de recursos y la deficiencia crónica de financiación, deberán asignarse, en la medida de lo posible, recursos presupuestarios complementarios suficientes a la administración de justicia»<sup>28</sup>.

Con respecto al cuarto factor, la afectación de la persona involucrada, es menester señalar que resulta difícil imaginar un caso en el cual una persona imputada en un proceso penal o una víctima de un delito grave no sufra una profunda afectación a sus derechos cuando la duración de tal proceso se extiende<sup>29</sup>.

---

derechos del individuo y ponerse en la cuenta desfavorable de éste. El exceso de trabajo no puede justificar la inobservancia del plazo razonable, que no es una ecuación nacional entre volumen de litigios y número de tribunales, sino una referencia individual para el caso concreto. Todas aquellas carencias se traducen en obstáculos, desde severos hasta irremontables, para el acceso a la justicia. ¿Dejará de ser violatoria de derechos la imposibilidad de acceder a la justicia porque los tribunales se hallan saturados de asuntos o menudean los asuetos judiciales?”, Corte IDH. Caso “López Álvarez vs. Honduras”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párrs. 33 y 34, voto de Sergi García Ramírez. Asimismo, se valoró negativamente cuando falta respuesta y coordinación inmediata en los primeros momentos de una investigación de una desaparición forzada, cuando existe fragmentación durante las indagatorias y obstaculización por parte de autoridades militares, todo ello en un contexto de impunidad, Corte IDH. Caso “Alvarado Espinoza y otros vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 252.

La Corte IDH consideró que no puede justificarse la demora en la resolución de un procedimiento por la vigencia de medidas provisionales ordenadas en el trámite ante el sistema interamericano, Corte IDH. Caso “Wong Ho Wing vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 203.

27 Corte IDH. Caso “Familia Julien Grisonas vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437, párr. 182.

28 Comité de Derechos Humanos, 90º período de sesiones, Ginebra, 9-27 de julio de 2007, Observación General Nº 32, “Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia”, párr. 27.

29 Precisando este factor, la Corte IDH dijo: “Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”, caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 192, párr. 155. Asimismo, sostuvo: “... para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. En este sentido, este Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”, Corte IDH, caso “Carvajal Carvajal y otros vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352, párr. 114. Aclaró: “las autoridades deben actuar con mayor diligencia en aquellos casos donde de la duración del proceso depende la protección de otros derechos de los sujetos del proceso”, Corte IDH. Caso “Villamizar Durán y otros vs. Colombia”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, pár. 166.

Al momento de analizar este factor, se consideró la privación de la libertad de la persona imputada<sup>30</sup> o su imposibilidad de disponer de los bienes embargados<sup>31</sup>, la complejidad para encontrar medidas de prueba de cargo en perjuicio de las víctimas<sup>32</sup>, el sufrimiento ocasionado a la familia en un hecho de desaparición forzada y las dificultades crecientes de hallar a la víctima<sup>33</sup>, el rol de defensor de derechos humanos<sup>34</sup> o de periodista de la víctima<sup>35</sup>, la creación de un ambiente

30 Un factor por considerar ha sido la privación de la libertad de la persona imputada: “... durante todo el tiempo que duró el proceso, el señor Revelles se encontró detenido o bajo prisión preventiva; es decir, privado de libertad sin condena, lo que hacía exigible a las autoridades judiciales actuar con especial diligencia y premura. Asimismo, la Corte nota que el señor Revelles fue condenado a una pena de seis años de prisión. A partir de ello, el hecho de que el proceso durara más de cuatro años y que durante ese tiempo él estuviera privado preventivamente de la libertad, indica en este caso una prolongación excesiva del proceso, teniendo en cuenta la duración irrazonable de la prisión preventiva”, Corte IDH. Caso “Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 204. En similar sentido, la Corte IDH se pronunció en el caso “Wong Ho Wing vs. Perú” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297), en el cual, la persona estuvo privada de la libertad durante el trámite del procedimiento de extradición (cinco años y medio en un centro de detención y un año en arresto domiciliario).

31 En el caso “Montesinos”, no solo se tuvo en cuenta la privación de la libertad durante más de seis años, sino también la imposibilidad de utilizar los bienes incautados durante dieciocho años, Corte IDH, Caso “Montesinos Mejía vs. Ecuador”, Sentencia de 27 de enero de 2020, párr. 187.

32 En el caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco”, se consideró que la demora en el proceso penal provocaba mayores dificultades de obtener la evidencia y se favorecía, de ese modo, la impunidad, Corte IDH. Caso “Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, párr. 308.

33 En el caso “Alvarado Espinoza”, se consideró que la desaparición forzada “constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas (...). La desaparición forzada de personas debe considerarse un delito de lesa humanidad, que no solamente causa sufrimiento a la víctima sino también a sus familiares. Así, en el caso, tanto las víctimas como sus familiares han sido afectados de forma continuada y permanente. A ello, se añade que la prolongación en el tiempo de la investigación agudiza la posibilidad de encontrar a las víctimas con vida, por lo que la celeridad en estos casos resulta crucial”, Corte IDH. Caso “Alvarado Espinoza y otros vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párrs. 253.

34 Corte IDH. Caso “Sales Pimenta vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454, párr. 111 y Corte IDH. Caso “Digna Ochoa y familiares vs. México”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2021. Serie C No. 447, párr. 135.

35 Corte IDH. Caso “Bedoya Lima y otra vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, párr. 145.

de impunidad<sup>36</sup> o la pertenencia a un grupo especialmente protegido<sup>37</sup>. Desde ya, este cuarto factor fue introducido por la Corte IDH para analizar la duración razonable de procesos cuya naturaleza no es penal, en los cuales la afectación de la persona no siempre resulta tan grave.

Sin perjuicio del análisis del proceso penal de acuerdo a estos factores, la Corte IDH en el caso Suárez Rosero consideró que el transcurso de cuatro años y dos meses entre la detención y la sentencia respecto de la apelación final de la persona condenada «excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana»<sup>38</sup>. En el caso Genie Lacayo, concluyó que un trámite de más de dos años de un recurso de casación desde su admisión y que un proceso penal que se había extendido más de cinco años desde su inicio sin sentencia firme afectaban la garantía de plazo razonable<sup>39</sup>.

En el caso Andrade Salmón, se estimó excesivo que el trámite de un recurso de casación demorara cuatro años y ocho meses<sup>40</sup>. Por su parte, en el caso Wong Ho Wing, consideró excesivo que se resolviese una solicitud de libertad en un plazo de un mes (el plazo legal era de 48 horas) y un habeas corpus después de seis meses<sup>41</sup>. En el caso Alvarado Espinoza, se estimó excesivo un plazo de nueve años de investigaciones sin conocer el paradero de una víctima de desaparición forzada y sin haber procesado o condenado a los perpetradores del hecho<sup>42</sup>. En el caso Honorato y otro, se entendió irrazonable el plazo de once años entre la denuncia y la decisión de primera instancia<sup>43</sup>.

36 Corte IDH. Caso “Integrantes y Militantes de la Unión Patriótica vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de julio de 2022. Serie C No. 455, párr. 476.

37 En el caso “Angulo de Losada”, se consideró que merece especial protección una niña, por su doble condición de vulnerabilidad. Corte IDH, Caso “Angulo Losada vs. Bolivia”, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 18 de noviembre de 2022. Serie C No. 475, párrs. 127 y 132. En el caso “Bedoya Lima”, se menciona a las mujeres. Corte IDH. Caso “Bedoya Lima y otra vs. Colombia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de agosto de 2021. Serie C No. 431, párr. 145.

38 Corte IDH, Caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. párr. 73.

39 Corte IDH, caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr. 70.

40 Corte IDH, Caso “Andrade Salmón vs. Bolivia”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C No. 330, párr. 177.

41 Corte IDH. Caso “Wong Ho Wing vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, párr. 292.

42 Corte IDH. Caso “Alvarado Espinoza y otros vs. México”, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 370, párr. 254.

43 Corte IDH. Caso “Honorato y otros vs. Brasil”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 508, párr. 120.

En el caso Julien Grisonas, se concibió irrazonable un trámite de más de dos años de un recurso ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación que impide el juzgamiento<sup>44</sup>. Por el contrario, se consideró razonable la investigación y el proceso penal por la muerte de una persona cuando se extendió un lapso de dos años y seis meses<sup>45</sup>. Ahora bien, cuando se produjeron desapariciones de personas y las demoras fueron prolongadas desde la denuncia (entre veinte y treinta años), la Corte IDH consideró innecesario realizar un análisis exhaustivo de los cuatro factores<sup>46</sup>. La CSJN, que había sostenido la postura del «no plazo»<sup>47</sup>, receptó la

44 Corte IDH. Caso “Familia Julien Grisonas vs. Argentina”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2021. Serie C No. 437, párr. 185.

45 Corte IDH. Caso “Villamizar Durán y otros vs. Colombia”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2018. Serie C No. 364, párrs. 171 y ss.

46 Corte IDH. Caso “Terrones Silva y otros vs. Perú”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2018. Serie C No. 360, párr. 193. También se hace referencia al concepto de “demora prolongada” en Corte IDH, Caso “Munárriz Escobar y otros vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de agosto de 2018, párr. 107.

47 Con claridad, en el voto disidente de los magistrados Fayt y Bossert en el caso “Kipperband” (*Fallos* 322:360, 1999) se expresó que “ratificada una vez más la inserción constitucional del derecho a obtener un juicio sin dilaciones indebidas, corresponde señalar que la propia naturaleza de dicha garantía impide que esta Corte pueda determinar con precisión a partir de qué momento o bajo qué circunstancias comenzaría a lesionarse, pues el lapso que puede ser razonable para el trámite judicial por un hurto puede no serlo para una asociación ilícita compleja. En otras palabras, la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, y en este punto, esta Corte comparte la conclusión del *a quo* en cuanto a que el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, no puede traducirse en un número de días, meses o años”. Este razonamiento fue adoptado por la CSJN en “Barra”, *Fallos* 327:327, 2004. Con posterioridad, señaló: “Tampoco puede pasarse por alto que, según esta doctrina, ese derecho se encuentra limitado, por supuesto, a la demostración por parte de los apelantes de lo irrazonable de esa prolongación (*Fallos*: 330:4539 y sus citas) pues en esta materia no existen plazos automáticos o absolutos y, precisamente, “la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible” (conf. causa P. 1991, L. XL, “Paillot, Luis María y otros s/contrabando”, del 1 de abril del corriente año, voto de los doctores Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, y sus citas)” (la CSJN remite al dictamen del Procurador). “Salgado”, *Fallos*: 332:1512, 2009.

Paralelamente, se consideró ordenatorio el plazo fijado por el art. 207 del Código Procesal Penal de la Nación para agotar la etapa de instrucción. Allí sostuvo: “... si bien esta clase de casos –en que se halla comprometida la tipicidad específica aquí involucrada– suelen presentar un cierto umbral de complejidad, ello no implica que configuren *per se* un supuesto de suma gravedad o de difícil investigación de la naturaleza de los referidos en el art. 207 del Código Procesal Penal de la Nación; y toda vez que dicha norma prevé que el plazo máximo para agotar la instrucción del sumario es de seis (6) meses contados a partir de la efectiva declaración indagatoria (en el caso, de fecha 23/08/95), se advierte sin ninguna dificultad que, desde entonces, dicho término habría operado en más de 24 oportunidades hasta el momento en que efectivamente se dispuso la remisión del expediente al tribunal de juicio. Más allá de que los tribunales interpreten que el aludido plazo es

jurisprudencia de la Corte IDH al tener en cuenta los tres primeros factores en el fallo Acerbo<sup>48</sup>, cuando hizo suyo un dictamen del Procurador General.

De acuerdo a este criterio, nuestro Máximo Tribunal ha valorado la actuación de las autoridades judiciales y de la querella y la predisposición de la persona imputada para determinar si se ha afectado esta garantía<sup>49</sup>. Simultáneamente,

---

meramente ‘ordenatorio’, resulta difícil aceptar que él pueda multiplicarse con semejante extensión sin que existan razones extraordinarias y, sobremanera, sin que ello cause al menos alguna reacción superadora por parte del magistrado a quien la Constitución y la ley le han confiado el ejercicio de control sobre la tramitación del proceso”, “Richards”, R. 1008. XLIII, 2010.

En relación con la jurisprudencia de la CSJN, se ha concluido que “se ha reservado la constatación de la violación de un plazo razonable que ella misma construye, caso a caso, sin identificarlo. Y si bien en tiempos recientes (las disidencias de ‘Kipperband’, pero también ya antes en los casos ‘Firmenich’, ‘Estévez’, ‘Nápoli’, y la Cámara Federal de Buenos Aires, en el caso ‘Friedman’) se ha acudido a los criterios abiertos e indeterminados del TEDH, del TC español, de la Com. IDH y de la Corte Suprema estadounidense, ya desde ‘Mattei’ no era otra la idea que presidía las decisiones de la Corte: ponderación, caracterización concreta de un concepto jurídico indeterminado, balance de las circunstancias, en fin, discrecionalidad para decidir, sin apego a ninguna regla, cuándo un proceso es intolerablemente prolongado en su duración”, Pastor, Daniel, *El plazo razonable..., ob. cit.*, p. 318.

Es menester aclarar que la CSJN ha considerado inconstitucional que la legislación procesal local prevea como causal de extinción de la acción penal a la afectación a la garantía de duración razonable del proceso penal, “Price”, Fallos 344:1952, 2021. Al respecto, en voto de la jueza Highton se explica: “... la norma procesal local, tachada de inconstitucional, ha consagrado una solución normativa que apareja una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el código de fondo. De este modo, ha tornado palmaríamente inoperantes las disposiciones sustantivas allí contenidas y ha alterado, inválidamente, la armonía con que el legislador nacional combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido al proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro”.

48 “En sentido similar, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia puede servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (*Fallos*: 318:514; 319:1840; 323:4130) consideró que el concepto de plazo razonable al que se hace referencia en el artículo 8, inc. 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ‘debe medirse en relación a una serie de factores tales como la complejidad del caso, la conducta del imputado y la diligencia de las autoridades competentes en la conducción del proceso’ (caso 11.245, resuelto el 1º de marzo de 1996, párrafo 111º y caso ‘López Álvarez v. Honduras’, del 1º de febrero de 2006)”, “Acerbo”, Fallos 330:3640, 2007.

49 “[L]a descripción de todas las contingencias mencionadas no logran explicar la desmesura temporal a que ha dado lugar la tramitación de este proceso, que tampoco hace pie en la complejidad del asunto jurídico interesado en el caso. Por el contrario, a la hora de considerar dicho exceso adquiere una alta significación el comportamiento de las autoridades judiciales, en tanto se revocaron tres procesamientos, se apartó de la causa al juez instructor por considerarse que no estaba llevando debidamente el caso, y finalmente se terminó apartando también a una sala de la cámara de apelaciones interviniendo por razones semejantes. Si a todo ello se aduna que la actitud del imputado asumida en la especie demuestra su total disposición a cooperar con la investigación (concurriendo a las citaciones, careos, no oponiéndose a los allanamientos, etc.), y que la acusación particular no se habría conducido del mismo modo, la dilación se evidencia como injustificada, o, al menos, no le es imputable a la actitud procesal del interesado”, “Richards”, R. 1008. XLIII, 2010.

remarcó que no puede alegarse la justificación de la extensión de este plazo por los planteos y recursos formulados en ejercicio del derecho de defensa<sup>50</sup>. Cabe aclarar que la rebeldía de la persona imputada no justifica la extensión del proceso penal, según el criterio de nuestra CSJN<sup>51</sup>.

En consecuencia, el planteo de afectación de la garantía de duración razonable del proceso penal exige un análisis muy particularizado del trámite del procedimiento, a fin de señalar las dilaciones indebidas o injustificadas en relación con los hechos investigados o la actividad de las partes<sup>52</sup>.

50 “[S]on los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa sólo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos (conf. en este sentido *Fallos*: 322:360, disidencia de los jueces Petracchi y Boggiano, considerando 19, *in fine*)”, “Espósito”, *Fallos* 327:5668, 2004.

“[E]sta Corte considera imperioso aplicar al caso aquí traído aquel principio rector en lo que a la garantía de la defensa en juicio y al derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas se refiere y, por tal motivo, resulta de toda evidencia que lo resuelto por el a quo no se condice con lo reiteradamente sostenido por este Tribunal y ello en la medida en que se justificó la demora en la tramitación del proceso penal en el tiempo insumido en la resolución de las incidencias planteadas por la defensa de los imputados sin siquiera calificar de dilatoria esa actividad”, “Goye”, *Fallos* 340:2001, 2017.

Sin embargo, en el precedente “Álvarez”, se ha tamizado este criterio: “En relación con la actividad procesal de las partes, si bien las múltiples presentaciones y recursos de los imputados no pueden ser considerados en su contra, no obstante y sin menoscabo de su derecho de defensa, constituyen un factor objetivo y el tiempo requerido para su contestación o resolución no puede serle atribuido al Estado y debe ser tomado en cuenta a los fines de determinar si la duración del procedimiento excedió el plazo razonable”, *Fallos* 344:3104, 2021.

51 “[N]o obsta a las conclusiones expuestas, la negligencia que podría haber tenido la encausada en comparecer en la causa provocando su consecuente dilación, pues, como es obvio, no está en aquélla instar la prosecución del proceso instruido en su contra ni su conducta –sujeta a las normas del procedimiento– puede incidir en la objetiva aplicación del instituto de la prescripción”, “Amadeo de Roth”, *Fallos* 323:982, 2000.

52 “[L]a impugnación también adolece de una adecuada fundamentación en lo relativo al derecho de obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable, pues no se explica por qué el lapso transcurrido desde el inicio de la causa resultaría, por sí mismo, excesivo, y se omite examinar los diversos actos llevados a cabo por los magistrados y las partes en el transcurso del proceso, indicar cuáles de ellos habrían dado lugar a dilaciones indebidas, y demostrar que éstas tengan entidad suficiente para generar un menoscabo a ese derecho; lo que resultaba especialmente exigible desde que en la materia no existen plazos automáticos o absolutos, y ‘la referencia a las particularidades del caso aparece como ineludible’ (conf. considerando 13 del voto en disidencia de

#### **IV. LA GARANTÍA DE DURACIÓN RAZONABLE DEL PROCESO PENAL Y LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PROCESAL**

En ciertas ocasiones, la afectación de la garantía de plazo razonable coincide con la prescripción de la acción penal<sup>53</sup>, porque el delito no tiene una escala penal muy elevada (es breve el plazo de prescripción) y no se han producido actos interruptivos de la prescripción (como la primera citación a prestar declaración indagatoria o el requerimiento de elevación a juicio)<sup>54</sup>. Así se ha resuelto

los doctores Petracchi y Boggiano en *Fallos*: 322:360, y sus citas (...). Por el contrario, en el sub lite se investigaron cuatro operaciones de importación de automóviles extranjeros; se formularon imputaciones contra diez personas por la comisión del delito de contrabando calificado, reprimido con pena de hasta diez años de prisión; se decretó la prisión preventiva de cuatro de ellas; y el tribunal superior de la causa ha pronunciado la decisión definitiva del proceso. No puedo pasar por alto, en ese sentido, que el propio recurrente destacó ‘la complejidad de la causa, su volumen, distintos hechos y cantidad de personas involucradas’ al solicitar la postergación de la audiencia para alegar ante el tribunal de alzada contra el auto de prisión preventiva (...), e invocó también la dificultad de la causa para pedir, en dos oportunidades, la ampliación del plazo para responder la acusación (fs. 1923 y 1930)”, “Paillot”, P.1991. XL, 2008 (La Corte Suprema se remite en lo pertinente al dictamen del Procurador General).

53 Código Penal, arts. 62 y 63. Oponiéndose a este criterio, Daniel Pastor sostuvo: “En realidad, más allá de los seductores servicios que la prescripción puede brindar de hecho a la necesidad de que el enjuiciamiento penal no se prolongue irrazonablemente, lo cierto es que ello no puede ocurrir más que eventual y casualmente, mientras que el derecho analizado no puede conformarse a la espera de esa suerte. Esto se debe a que prescripción y plazo de duración del proceso obedecen a razones diferentes (hasta el punto que uno opera sin proceso y el otro es impensable sin él) y que, por ello, están sujetos a cánones de razonabilidad distintos de modo que el proceso penal reclama plazos de duración propios e independientes de los de la prescripción”, Pastor, Daniel, *ob. cit.*, *El plazo razonable*..., p. 340.

54 Código Penal, art. 67.

en ciertos casos de la CSJN<sup>55</sup>, en los que se decretó la prescripción de la acción penal<sup>56</sup>.

De todas formas, es admisible la posibilidad de plantear la afectación de esta garantía sin necesidad de que la acción penal haya prescripto. Por ejemplo, si se inicia una causa por lesiones gravísimas contra una persona el mismo día de producido el hecho y se la llama a prestar declaración indagatoria a los nueve años, el siguiente acto interruptivo puede extenderse otros diez años, y ello implicaría un proceso penal cuya duración sería de diecinueve años, a todas luces un plazo irrazonable<sup>57</sup>. En ese caso, se postula que se debe poner fin al proceso penal

55 “[S]e ha reconocido la relación existente entre ‘duración razonable del proceso’ y ‘prescripción de la acción penal’ (*Fallos*: 301:197; 306:1688 y 316:1328), de los que se desprende que el derecho del imputado a que se ponga fin a la situación de indefinición que supone el enjuiciamiento penal puede encontrar tutela en la prescripción de la acción. Así, como se destacó en *Fallos*: 312:2075, el pronunciamiento garantizador del art. 18 de la Constitución Nacional puede consistir naturalmente en la declaración de la existencia de esa excepción [...] Dada la magnitud del tiempo transcurrido desde la comisión del delito de lesiones culposas –más de veinte años– y el lapso pasado con anterioridad al auto del 12 de marzo de 1987 [...], conforme con la doctrina que deriva de los precedentes citados, corresponde poner fin a la presente causa por medio de la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, en la medida en que ella constituye la vía jurídica idónea para determinar la cesación de la potestad punitiva estatal por el transcurso del tiempo y salvaguardar de este modo el derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas”, “Amadeo de Roth”, *Fallos* 323:982, 2000. “[E]n diversas oportunidades el Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas (*Fallos*: 322:360, esp. disidencia de los jueces Fayt, Bossert, Petracchi, Boggiano y 323:982), y que dicha excepción constituye el instrumento jurídico adecuado para salvaguardar el derecho en cuestión”, “Cuatrín”, *Fallos* 331:600, 2008.

56 La declaración de prescripción procede de oficio y debe ser resuelta en forma previa al análisis de la cuestión de fondo: “en materia penal esta Corte ha elaborado la doctrina según la cual la prescripción es de orden público y debe ser declarada de oficio. Agregándose luego que se produce de pleno derecho (*Fallos*: 207:86; 275:241; 297:215; 301:339; 310:2246; 311:1029, 2205; 312:1351; 313:1224; 323:1785, entre otros) y que –también por examinarse la subsistencia misma de la acción penal– ésta debe ser resuelta en forma previa a cualquier decisión sobre el fondo (*Fallos*: 322:300)”, “Oliva Gerli”, *Fallos* 333:1987, 2010.

57 Explica el juez Lorenzetti: “La circunstancia de que exista una estrecha relación entre la garantía del plazo razonable y el instituto de la prescripción no autoriza a derivar de ella la conclusión de que los tiempos previstos para la prescripción puedan ser utilizados sin más como baremo para determinar la ‘duración razonable del proceso penal’. Ello así, por cuanto la citada garantía puede infringirse aun cuando el delito puntual que se investiga no se encuentre prescripto (cfr. *Fallos*: 323:982 ‘Amadeo de Roth’, y ‘Espíndola, Juan Gabriel’, *Fallos*: 342:584, entre otros); mientras que, a la inversa, la prescripción puede operar en el marco de un proceso llevado adelante con una celeridad notable. Es preciso concluir, entonces, que se trata de supuestos diferentes, puesto que en un caso lo que está en juego es el tiempo que tiene el titular de la acción para comenzar a ejercer la persecución penal y en el otro, la diligencia con la que se lleva adelante una persecución ya iniciada. Una diferencia adicional entre ambos institutos reside en que la duración razonable

mediante el sobreseimiento de la persona imputada, ya que opera una excepción de falta de acción<sup>58</sup> e impediría su reinicio por afectación de la garantía de *ne bis in idem*. Sin perjuicio de esta solución, en un caso en la etapa recursiva, nuestro Máximo Tribunal, cuando ha constatado una afectación a la garantía del plazo razonable y no está cumplido el plazo de prescripción, ha intimado al tribunal competente para que tramite y resuelva con celeridad, generalmente, en el transcurso de pocas horas<sup>59</sup>.

## V. REFLEXIONES FINALES

En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CSJN han desarrollado estándares muy sofisticados respecto del alcance de esta garantía, funcionales a la doctrina del «no plazo», por la cual es el Poder Judicial, en cada caso concreto, quien define si resultó afectada. Incluso, de acuerdo a la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal, los códigos procesales locales no pueden disponer que la afectación de esta garantía por el vencimiento de un plazo legal tenga como consecuencia la extinción de la acción penal.

Sin embargo, considero que este desarrollo jurisprudencial tiene impacto cuando la afectación a esta garantía es una patología del sistema, es decir, si ocurre en pocos casos. Por el contrario, cuando la duración resulta excesiva

---

de los procedimientos, en principio, no tiene relación directa con la gravedad de los delitos que constituyen el objeto del proceso, vínculo que sí es un elemento central de la prescripción. Así, por ejemplo, cualquier homicidio agravado de los previstos en el artículo 80 del Código Penal, que es de los delitos más graves posibles, contempla un plazo de prescripción de quince años incluso si es de acreditación sencilla; mientras que, a la vez, un caso de lesiones culposas puede demandar una prueba extremadamente compleja, aunque el hecho investigado en sí sea muy leve. Aquí sí la prescripción juega un papel decisivo, al poner un tope a la duración del proceso, pasado el cual sería irrazonable continuar con la persecución”, “Price”, Fallos 344:1952.

58 “Sólo el impedimento procesal de la excesiva duración del proceso penal puede garantizar, con el sobreseimiento como consecuencia enérgica y terminante, la vigencia de una garantía del imputado que le da vida efectiva a su derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable”, Pastor, Daniel, *El plazo razonable...*, ob. cit., p. 611. Agrega posteriormente que “... en tal sentido, ante el vencimiento del plazo razonable de duración del proceso penal, si esta regla de garantía tiene algún sentido, éste no puede ser más que el de impedir el progreso ulterior del procedimiento a partir de ese instante, con lo cual, en los hechos y en derecho, el ejercicio de la acción ya no puede ser continuado, de modo tal que el impedimento procesal de la excesiva duración del procesal penal se subsume bajo las reglas de la excepción de falta de acción fundada en que ella no puede ser proseguida (CPPN, 339 2, supuesto 3)”, Pastor, Daniel, ob. cit., *El plazo razonable...*, p. 618.

Este es el criterio de la disidencia de los jueces Fayt y Bossert en Fallos 322:360.

59 En ese caso, el 10 de diciembre de 2007, ingresó el recurso de casación a la Cámara Federal de Casación Penal y hasta abril de 2013 no había tenido resolución por sucesivas excusaciones y dificultades en la integración de la Sala. Por ello, se emplazó a los magistrados a que impriman el trámite correspondiente al planteo en el plazo de 48 horas y lo resuelvan a la brevedad, “Reisfeld”, Fallos 336:477, 2013.

en un gran porcentaje de los procesos penales, la solución debe ser estructural. Entiendo que, en ese contexto, lo primero que corresponde analizar es cuántos procesos penales en tiempo razonable puede tramitar ese sistema procesal con los recursos disponibles. Si se advierte una situación de desborde, la solución no puede ser otra que realizar reformas procesales –simplificando el procedimiento–, modificar la ingeniería institucional –crear más juzgados, fiscalías, defensorías– o despenalizar ciertas conductas –ampliando el sistema administrativo sancionador–. De otro modo, se ven frustrados los fines de la sanción penal, los derechos de las víctimas y de los imputados por las demoras estructurales.

Finalmente, quiero señalar que los estándares internacionales de derechos humanos, en particular, el estándar de debida diligencia reforzada promueve la especialidad, la interdisciplina y la neutralidad empática en la práctica judicial. Ello entra en colisión con una estandarización y un mayor uso de la inteligencia artificial, justificada en la celeridad y simplificación de los procesos. No debemos perder de vista que la justicia resuelve conflictos interpersonales y, por ello mismo, no debemos ceder frente a los cantos de sirena de la celeridad y sacrificar el trato humanitario.



# CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN. EXPECTATIVAS Y BALANCE A TREINTA AÑOS DE SU CREACIÓN

ANDRÉS LEANDRO GARCÍA\*

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el 2024 la obra de Daron Acemoglu y James Robinson, *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*, y las investigaciones y conclusiones allí expuestas, como las indagaciones complementarias, les valieron a los autores y a Simon Johnson el Premio Nobel de Economía. Los economistas galardonados han investigado la evolución económica de los países y su vínculo con el desarrollo, para concluir que el fracaso de los países no se debe a sus características geográficas u otros factores dados, sino a las reglas que saben crear para someter las conductas de sus ciudadanos e instituciones. Así, las instituciones políticas y económicas son cruciales para determinar el éxito o el fracaso de los países.

Hay quienes sostienen con relativa razón que las conclusiones premiadas resultan una verdad sabida y padecida por las naciones latinoamericanas. Se intentará generar, a través de este trabajo, el interrogante sobre la eficacia del ordenamiento jurídico nacional a fin de alcanzar los anhelos de los autores citados y fundamentalmente indagar sobre la fortaleza de las instituciones que se consideran fundamentales para el crecimiento del país.

No deben existir ni existen, por cierto, en la norma escrita reglas de juego diferenciadas para la sociedad o ciudadanía en su conjunto, por un lado, y para los funcionarios, representantes políticos o instituciones políticas y judiciales, por el otro. Las reglas de juego están dadas en un Estado de derecho por su Constitución. Las leyes que en su consecuencia se dictan regularán a su imagen las conductas de todos los que habiten su suelo.

\* Abogado (UNLP), integrante de la Comisión Ejecutiva de la Federación Argentina del Colegios de Abogados, secretario de la Comisión de Acusación del Consejo de la Magistratura del Poder Judicial de la Nación. Contacto: [garcia.andresleandro@gmail.com](mailto:garcia.andresleandro@gmail.com).

Lo dicho es nuevamente la manifestación de una verdad acordada y conocida aún por el menos informado, sin perjuicio de lo cual la puja política partidaria e ideológica deja entrever cada tanto o periódicamente posturas que llaman a desobedecer estas máximas acordadas en nuestro país desde 1853, y pretenden por momentos, que determinadas decisiones institucionales se guíen por “reglas de juego” diferentes.

Fundamentalmente, las decisiones judiciales con impacto político debieran estar guiadas, para estos sectores, no por las normas procesales y de fondo, y ser en definitiva la derivación razonada de las circunstancias acreditadas en el expediente, sino por criterios de conveniencia personal, sectorial o partidario que satisfagan a la vez las expectativas de un grupo más o menos numeroso, a partir de lo que puede entenderse en un determinado tiempo y lugar como “la opinión pública”.

El Poder Judicial se manifiesta a través de resoluciones emanadas de cada magistrado del país, sea cual fuere su jurisdicción, competencia e instancia, y sus decisiones son acatadas por la ciudadanía en su conjunto, y en particular por las partes, no solo por el imperio de la ley y el monopolio de la fuerza que ejerce todo Estado democrático, sino también y fundamentalmente por la altura ética de quienes ejercen la magistratura. Como contrapartida necesaria, quienes ejercen el relevante ministerio, y como garantía esencial de la sociedad, mantendrán sus cargos mientras dure su buena conducta, es decir, mientras su comportamiento sea guiado por los valores fundamentales de independencia, imparcialidad, integridad, corrección, igualdad y competencia o diligencia en el cumplimiento de su labor. Su conducta debe ser irreprochable ante la mirada de un observador medio y será este recto proceder la garantía de la paz social.

El código Iberoamericano de Ética Judicial y los Principios de Bangalore dan el marco y sustento a las normas internas que diseñan el perfil del magistrado, así como también lo hacen las pautas de conducta receptadas en el Reglamento para la Justicia Nacional. Los constituyentes de la reforma de 1994 tuvieron en miras estas máximas al dotar al ordenamiento jurídico de un organismo encargado de seleccionar los postulantes a magistrados nacionales. Determinaron también que estaría entre sus competencias proponer una terna vinculante de aspirantes a jueces a fin de que el Poder Ejecutivo nombre uno de entre ellos; administrar el Poder Judicial; ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados; decidir la apertura del proceso de remoción; suspender a los magistrados en la instancia de elevación al Jurado de Enjuiciamiento, y dictar los reglamentos que garanticen la eficaz prestación de justicia y la independencia de los jueces.

La Constitución en su anhelo y disposición fue clara al diseñar un sistema que permite integrar el sistema judicial con los mejores postulantes, según sus condiciones técnicas y personales, y garantizar a la vez su permanencia mientras

dure su buena conducta. La garantía de independencia de los magistrados y el acceso a semejante responsabilidad de los mejores entre los postulantes a jueces fue el aporte de la Constitución de 1994 para que la calidad institucional esté resguardada desde el único poder contramayoritario garante del Estado de derecho y las garantías individuales, más allá de las particulares circunstancias en un determinado momento del país.

El artículo 114 de la Constitución fue situado dentro de su Sección Tercera, referida al Poder Judicial y dispone: “El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración judicial”. Ha sido clara la intención de la Convención Constituyente de determinar que la ley que lo regule debe ser especial, con una mayoría calificada y orientada a cambiar el sistema discrecional de designación de magistrados, para brindar al sistema el aporte complejo tras la intervención de los tres poderes del Estado.

Con la reforma de la Constitución, se incorporó de tal modo el órgano que disminuyó los alcances de las atribuciones que hasta entonces recaían exclusivamente en el Ejecutivo, en lo referido a la designación de los magistrados; quitó de la esfera del propio Poder Judicial las competencias sobre la administración de sus recursos y la de ejercer las facultades disciplinarias sobre los magistrados inferiores y transfirió las facultades de impulsar el proceso de remoción antes en la órbita exclusiva de la Cámara de Diputados de la Nación.

Dispone también la norma: “El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal”. La composición que determinaron los constituyentes garantiza la representación de los órganos políticos emergentes de la elección popular, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. También ordena sea integrado por representantes de los magistrados de todo el país y de todas las instancias, con lo que garantiza la presencia de un miembro de la Corte Suprema de Justicia, y que los representantes de los jueces no surjan del voto popular, sino del llevado a cabo entre sus representados.

La composición del cuerpo se completa por mandato del artículo 114 con la incorporación de representantes de los abogados, elegidos como los magistrados por sus pares de la matrícula federal y “será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley”. La ley debía, en definitiva, determinar el número y la forma de resolverse la integración para lograr la composición que determina la norma constitucional. Y allí surge con absoluta relevancia la palabra equilibrio. El término elegido por

los constituyentes resultó vital tanto para resolver los debates de la ley dictada en consecuencia, como las leyes que posteriormente la modificaron.

También el modo de selección de los representantes de los estamentos técnicos y las distintas maneras de interpretar el concepto de equilibrio entre las representaciones que componen al Consejo motivaron la intervención de la Corte Suprema para resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de alguna de las normas incorporadas por las leyes regulatorias del 114 y la inaplicabilidad de otras en consecuencia.

El equilibrio en la composición fue diseñado más allá del equilibrio circunstancial de determinadas posturas, miradas ideológicas o político-partidarias. Ya veremos cómo con la modificación introducida a la Ley 24.937 por la 26080, el equilibrio de composición pretendió ser compensado por el equilibrio de la integración. A partir de las respectivas afinidades partidarias, algunos análisis consideran al estamento emergente del voto popular atomizado según los bloques parlamentarios de pertenencia y suponen o dan por cierto que sistemáticamente votarían y constituirían mayorías a partir de esa pertenencia.

El primer interrogante que surge en consecuencia en el análisis del Consejo de la Magistratura es si el diseño constitucional, y en su inspiración la ley dictada para su regulación, como sistema ideado y concretizado en la composición y el equilibrio entre los estamentos que lo integran, garantiza el producto pensado por el constituyente o, en su defecto, las sucesivas integraciones tendrán mayor influencia en el desarrollo y alcance de aquel anhelo descripto por la Constitución nacional, hasta incluso lograr desbaratarlo.

Es indudable que la independencia de los jueces procurada por la Constitución es fundamentalmente la referida a la influencia política, como indudable es que el diseño fue elaborado bajo esa premisa al establecer la exigencia de equilibrio entre estamentos y que, en definitiva, el producto procurado era la selección de los mejores postulantes desde su aspecto técnico, académico y personal. A la vez, se buscaba dotar de un sistema de reproche disciplinario ante inconductas manifestadas que permitiera, gracias al equilibrio de composición, sancionar o remover a quienes merecieran tal resolución para garantizar la eficaz prestación del servicio de justicia y la independencia de los jueces, condición imprescindible de aquella.

Así, el artículo 114 de la Constitución establece a continuación:

Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso

ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

Con fecha 18 de diciembre de 1997, fue sancionada la Ley 24.939, correctiva de la Ley 24.937 sancionada al 10 de diciembre de 1997. Esta última establecía el número de diecinueve miembros para integrar el Consejo. Cuatro jueces del Poder Judicial elegidos por sistema D'Hondt; ocho legisladores, cuatro por cada cámara, dos correspondientes al bloque de mayor representación legislativa, uno por la primera minoría y uno por la segunda minoría, cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal elegidos con el mismo sistema que los jueces por los matriculados del país. Se debía garantizar la presencia de representantes del interior, un representante del Poder Ejecutivo y un abogado, profesor titular regular de cátedras universitarias de facultades nacionales de derecho, elegido por sus pares y en una elección organizada por el Consejo Interuniversitario Nacional.

La ley correctiva introduce un integrante más al disponer en el inciso 6 del artículo 2 de la composición que será integrado por dos representantes del ámbito científico y académico, un profesor de derecho, como ya estaba dispuesto, y agrega “una persona de reconocida trayectoria y prestigio, que haya sido acreedor de menciones especiales en ámbitos académicos y/o científicos, que será elegida por el Consejo Interuniversitario Nacional con el voto de los dos tercios de sus integrantes”, y establece el número mínimo de consejeros para sesionar en plenario en trece.

El número del *quorum* resulta un fundamental aporte de la modificación o corrección de la Ley 24.937 por la 24.939, ya que garantiza la congruencia de los aportes de todas las representaciones estamentarias haciendo que estas sean importantes en el juego de las integraciones del cuerpo. El sistema fue ideado indudablemente para que, respetando las pautas del equilibrio entre las representaciones estamentarias, y a la luz de la realidad del momento político del país, en el que los bloques parlamentarios representaban a su vez a la oferta electoral realizada y avalada con el voto popular, por un lado ningún estamento por sí pudiese dominar la agenda del organismo, y a la vez las voces de los integrantes representen en el plenario diferentes miradas que enriquezcan el debate y aseguren una mejor decisión en cada tema.

En uso de las facultades concedidas por ley y para asegurar un mejor funcionamiento, se aprobaron los reglamentos generales y de cada comisión que integran el Consejo, y allí se dispuso que todas las reuniones sean públicas. Con los avances tecnológicos, hoy la publicidad se traduce en su publicación y transmisión por los canales digitales oficiales en vivo. Esto último, en sintonía con lo marcado sobre la integración, garantizaba en su diseño inicial la necesaria

construcción de puntos de coincidencia tras una fecunda y sincera discusión a la vista de la sociedad, generalmente seguida al comienzo de la vida del Consejo por organizaciones y personas especialistas en el tema que le daban aún mayor alcance a lo que allí sucedía y a las posturas de cada integrante y cada estamento.

Con esta composición y modo de integración, el Consejo de la Magistratura se mantuvo hasta la modificación de la Ley 24.939, por medio del dictado de la 26.080, a través de la cual pasa a estar compuesto por trece miembros en vez de veinte, subiendo drásticamente la influencia proporcional de los representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular en desmedro de las representaciones técnicas, jueces, abogados y académicos.

El artículo 2 de la Ley 24.937 y sus modificaciones quedó, en consecuencia, redactado del siguiente modo:

Composición. El Consejo estará integrado por trece miembros de acuerdo a la siguiente composición: Tres jueces del Poder Judicial elegidos por sistema D'Hont debiéndose garantizar la representación igualitaria de los jueces de cámara y de primera instancia y la presencia de magistrados con competencia federal del interior de la República.

Este primer inciso elimina lo que era el inicial de la primera redacción de la ley, que disponía que debía integrar el Consejo el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Y a la vez disminuye de cuatro jueces a tres, con lo cual, la representación estamentaria de los jueces de todas las instancias que requiere la Constitución se deja en tres en vez de cinco contando al presidente de la Corte Suprema. Completa la composición con seis legisladores, restando solo uno por Cámara en la integración, y elimina la integración de la voz de la tercera fuerza legislativa, reservando dos sillones para el bloque mayoritario y uno para el que le sigue en número.

Determina que serán dos los representantes de los abogados de la matrícula federal, de los cuales uno debía pertenecer al interior del país. El representante del Poder Ejecutivo no presenta cambios en este ítem y el representante del ámbito académico debe ser elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional. Se quita de tal modo el representante de docentes de facultades de Derecho elegido por sus pares.

Este cambio en la composición generó que el estamento de representantes de los órganos políticos emergente de la voluntad popular tuviese el control de la mayoría del cuerpo, el control de agenda y el control del voto de la mayoría de las decisiones que involucran al Consejo, salvo la aprobación del concurso de selección de magistrados y la elevación de un expediente a jurado de enjuiciamiento, es decir, la promoción de la remoción. Y para las votaciones que requieren los dos tercios de los presentes, con solo sumar las voluntades de cinco miembros, que en muchas circunstancias se lograba con los cuatro legisladores

de la representación mayoritaria y el representante del Ejecutivo, o la sumatoria de un solo consejero de la restante integración, las decisiones y la acción del Consejo quedaban virtualmente detenidas.

Otra modificación fundamental que la Ley 26.080 introdujo al texto original fue la unificación de la Comisión de Disciplina y Acusación y la alteración de la mayoría requerida para la aplicación de sanciones disciplinarias. Con el texto original y el Consejo compuesto por veinte miembros, se requería el aporte de los dos tercios de los presentes, tanto para sancionar como para aprobar el inicio del proceso de remoción, mientras que, con la nueva configuración de tres miembros y las características ya descriptas, con ambas comisiones unificadas, se requería del plenario una mayoría absoluta de los presentes. El plenario, con la modificación analizada, requería la presencia de siete miembros para lograr el *quorum*, en tal caso, la mayoría lo era con cuatro votos coincidentes.

En relación con la composición y el modo de integrar el Consejo resulta importante mencionar la reforma sufrida por la ley a partir de la sanción de la Ley 26.855. Esta norma llevó el número de consejeros a diecinueve, mantuvo la ausencia del representante de la Corte, los tres jueces, los tres abogados, los seis legisladores, el representante del Ejecutivo y sumaba cinco representantes del ámbito académico y científico llevando a seis a dicho estamento. Pero el cambio más radical se centró en el modo de su elección: sería por voluntad popular, no ya por parte de los representados jueces, abogados y académicos, sino que debían ir adosados a una boleta o propuesta partidaria cada vez que se elegía presidente de la República.

El distingo que la Constitución hacía en su redacción de 1994 entre representantes del estamento técnico con los derivados de órganos políticos de representación popular dejó de existir. Ya había dejado de existir la presencia de todas las instancias del Poder Judicial en la representación a partir de la Ley 26.080, y claramente el equilibrio, que ya estaba perdido entre el estamento político partidario y los técnicos derivados de la elección del estamento de jueces, abogados y académicos, con la modificación analizada quedó conceptualmente eliminado, ya que todas serían personas representantes del voto popular. Todos abogados, tal la interpretación de la Constitución realizada por la Corte Suprema; algunos ejercerían de abogados en la profesión liberal, otros trabajarían de jueces, otros podrían ser ambas cosas, pero además se caracterizaban por ser académicos, y otros legisladores, pero todos emergentes de la misma boleta partidaria.

La propuesta legislativa la hizo la entonces presidenta de la Nación, Cristina Fernández, en la inauguración del período ordinario de sesiones en el Congreso Nacional número 131 en marzo de 2013, y fue denominada, con otras dos iniciativas legislativas, como “leyes de democratización de la justicia”. Los proyectos legislativos, acompañados de una amplia mayoría de legisladores, fueron parte

de un posicionamiento ideológico basado, según esa mirada, en la necesaria intervención del poder político para quebrar lo que consideraban la resistencia a cambios por parte del sistema judicial y sus actores.

Un antecedente inmediato acaecido en el Consejo de la Magistratura durante el año anterior debe ser tomado en cuenta para realizar el contexto completo, sumado al debate público de la llamada ley de medios audiovisuales y el enfrentamiento con el grupo Clarín. El concurso de selección de magistrados para ocupar las vacantes en los juzgados civiles y comerciales federales no logró durante varias convocatorias a reuniones plenarias el necesario número de dos tercios de los que eventualmente estuvieran presentes. Se sabía del voto en contra para la aprobación del concurso de cinco consejeros, por lo cual, para no generar, tras el fracaso de la votación positiva, el retorno del concurso a la comisión de selección, el Consejo quedó virtualmente paralizado por falta de *quorum* en sus sucesivas sesiones.

El 18 de junio de 2013, en los autos “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho), s/ Acción de Amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar, (Exte 3034/13)”, se declaró la inconstitucionalidad de algunos de sus artículos y la inaplicabilidad de otros del articulado. Concretamente, se declararon inconstitucionales los artículos 2, 4, 18 y 30, y la inaplicabilidad de las disposiciones introducidas en su artículo 7 con respecto al *quorum* y el régimen de mayorías.

Quedan vigentes a la fecha varias modificaciones a las que me referiré más adelante sobre el modo de integrarse las ternas en concursos múltiples, entre otras. Pero en lo atinente a la composición e integración y modo de realizarla, tras el fallo de la Corte, continuaron vigentes las normas de la Ley 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080 vigentes previo a la Ley 26.855 cuestionada, y a la realización de las elecciones que ya estaban convocadas para ese mismo año en el mes de agosto.

Con fecha 16 de diciembre de 2021, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco de la causa “Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN –ley 26.080– dto. 816/99 y otros s/ proceso de conocimiento” (*Fallos*: 344:3636), resolvió declarar también la inconstitucionalidad del sistema de integración, *quorum* y mayorías previsto en los artículos 1 y 5 de la Ley 26.080 y la inaplicabilidad del artículo 7 inciso 3 de la Ley 24.937 (texto según Ley 26.855); de los artículos 6 y 8 de la Ley 26.080, así como de todas las modificaciones efectuadas al sistema de mayorías previsto en la Ley 24.937 (texto según Ley 24.939). Dispuso como regla que hasta tanto el Congreso dictara una ley que respetara la noción de equilibrio allí establecida, el Consejo de la Magistratura debía integrarse conforme con el régimen legal anterior de la Ley 24.937. En consecuencia, a la fecha del presente, el Consejo de la Magistratura funciona con el

diseño de la Ley 24.937/24.939 en lo que importa a la composición, integración y modo de resolverla, con normas de funcionamiento que en ciertos supuestos responden a las modificaciones introducidas por las leyes 26.080 y 26.855.

## **II. FUNCIÓN DE ADMINISTRAR EL PODER JUDICIAL**

Tanto la atribución que la Constitución ha depositado en el Consejo de la Magistratura de administrar los recursos del Poder Judicial como de dictar los reglamentos relacionados con la organización del Poder Judicial y todos aquellos necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia han impactado de modo determinante en las facultades que hasta la reforma constitucional eran funciones exclusivas de la Corte Suprema de Justicia. La experiencia ha mostrado que se generó en ambas funciones una zona gris de competencias y acciones compartidas que no siempre giraron sobre caminos pacíficos y de entendimiento, tal vez todo lo contrario. Estos procesos y situaciones de relaciones cordiales y tirantes, fluctuantes muchas veces, y dependientes de la integración del Consejo o de quién ejerciera la presidencia circunstancialmente no siempre redundaron en una eficiente ni mucho menos eficaz gestión institucional. Lo dicho ocurrió fundamentalmente durante la vigencia de la modificación a la ley en el 2006.

Al disponerse por Ley 26.080 que la Corte perdería su representación en el órgano, en materia de conducción de la administración, la disposición de pautas de ejecución del presupuesto en cada ejercicio, el diseño de políticas atinentes al plan de gestión, la elaboración de estadísticas que generasen las bases para evaluar la propuesta de presupuesto para el siguiente ejercicio, la política de adquisición de bienes inmuebles, la de alquiler de inmuebles en los que los servicios de justicia se brindan, la adquisición y administración de recursos materiales, la planificación de las necesidades de recursos humanos para todo el sistema, entre otras tantas acciones que requieren de decisión, conducción y actos coordinados y sistematizados entre administración y reglamentación, se han convertido en prendas de disputas y en varios casos lentes y trabajosas negociaciones que lejos estuvieron de llevar eficacia a un área que por definición la requiere para garantizar el mejor servicio de justicia.

Sin efectuar aquí un juicio de valor definitivo, la unificación del titular de la Corte y del Consejo de la Magistratura lleva consigo la necesaria unificación de los criterios que guían ambas funciones depositadas, como ha quedado dicho, en el nuevo órgano constitucional. Será en todo caso en el ámbito de la Comisión de Administración y Financiera, y en el plenario del cuerpo donde se discutan las estrategias que surjan del mejor aporte de los representantes de todos los estamentos, pero con la trascendente presencia del presidente de la Corte y el representante del Poder Ejecutivo.

No son pocos los años en los que la República transita sin presupuesto aprobado, tampoco los que las cuentas públicas permitan ejecuciones con previsión, y en esas circunstancias la readecuación de partidas para hacer frente a las obligaciones primarias es más habitual de lo deseado. Allí, la confluencia en una misma mesa de decisión genera salud al trato de la administración del Poder Judicial.

Excede el presente trabajo el análisis de las políticas concretas, de los diseños reglamentarios o administrativos y la mirada sobre el futuro del poder Judicial, a la luz de las competencias y jurisdicciones diseñadas, la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, la Ley 24.588, el Estatuto Organizativo de la Ciudad de Buenos Aires, el modo de evaluarse y conformarse el presupuesto anual como también el modo de la ejecución del ejercicio. Sin embargo, puede mencionarse que se encuentran a disposición de la ciudadanía los elementos objetivos que surgen de los diferentes procesos de conformación del presupuesto para el Poder Judicial y las sucesivas memorias del Consejo de la Magistratura aprobadas y disponibles en la página oficial.

A partir de los datos duros, y en línea con lo mencionado sobre la inconveniencia de bicefalía en materia de administración de los fondos asignados al Poder Judicial, se advierte que en la gran mayoría de los procesos de formulación presupuestaria, salvo pocas excepciones en alguno de sus rubros, fundamentalmente se ha aplicado el índice inflacionario a los valores del período anterior para conformar el plan de gastos del año siguiente.

Los nuevos desafíos generados por la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires y las nuevas tecnologías al servicio de la función judicial obligan a considerar el diseño de políticas, el plan de gestión global, el plan de gestión para las diferentes unidades jurisdiccionales, la incorporación de avances tecnológicos, la exigencia de presencialidad reducida, la necesidad de incorporar bienes al patrimonio del Estado o, por el contrario, avanzar en la locación de los asientos de los tribunales, entre otras muchas otras variables que impactarán en los recursos humanos con que cuenta el Poder Judicial.

### **III. PROCESO DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS**

El mismo párrafo del artículo 114 que dispone la administración del Poder Judicial a cargo del Consejo de la Magistratura establece que tendrá a su cargo también la selección de los magistrados. Precisa en el inciso primero y segundo de la misma disposición que el Consejo seleccionará mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores y emitirá las propuestas vinculantes para su nombramiento.

A su vez, la Ley 24.937 dispuso dentro de las atribuciones del plenario en su artículo 7 las de reglamentar el procedimiento de los concursos públicos de antecedentes y oposición en los términos de la ley, aprobar los concursos y remitir al

Ejecutivo ternas vinculantes de candidatos a magistrados. La Ley 26.080 modificó, entre otros, el artículo 13 de la Ley 24.937 y dispuso la obligación de poner en conocimiento de los postulantes que el concurso estará destinado a cubrir todas las vacantes que se produzcan durante la sustanciación del concurso y hasta la decisión del plenario mientras sea de la misma competencia territorial, materia y grado.

Y en su oportunidad, la Ley 26.855 en mayo de 2013, introdujo, entre otras, dos modificaciones que resultan fundamentales y de suma trascendencia en el proceso de selección de postulantes a magistrados. Por artículo 6 modifica la redacción del 7 inciso 6 e incorpora la posibilidad de convocar a concursos previo a la producción de la vacante. Como resultante, el plenario deberá confeccionar una lista cuya vigencia será de cinco años y, una vez cumplidos, la nómina caducará. Establece, además, que mientras dure dicho plazo, el plenario deberá integrar ternas a medida que las vacantes se produzcan, respetando rigurosamente el orden de mérito.

La segunda modificación fundamental es la incorporación al artículo 13 de la posibilidad de tramitar concursos múltiples, en cuyo caso las ternas a elevarse al Ejecutivo deberán estar integradas en cada caso por tres postulantes cada una. Esta circunstancia modificó la práctica seguida hasta ese momento por mandato reglamentario. Se confeccionaba una terna con los tres primeros calificados en el orden de mérito y se integraba el cuarto postulante calificado a la lista complementaria, un postulante por vacante que fuera agregada al concurso en etapa de aprobación.

Vale decir que con el sistema anterior a la modificación por medio de la Ley 26.855, en caso de agregarse nuevas vacantes al concurso, tal lo normado por el artículo 13, apartado A, inciso 1 ya mencionado, al Ejecutivo se elevaba una terna vinculante de tres postulantes según el orden de mérito consignado en la resolución del plenario, de los cuales debía elegir uno y remitir al Senado para su acuerdo, y el postulante cuarto en lista complementaria para integrar en el orden remitido y conformar la segunda terna con los dos postulantes no elegidos en la primera oportunidad por la presidencia de la Nación. De tal modo se continuaría hasta cubrir las vacantes que se hubiesen agregado al concurso de darse ese supuesto.

Luego de la modificación mencionada en última instancia por la ley de democratización de la justicia, las ternas son de tres postulantes cada una, con lo cual, lo elevado a consideración del Ejecutivo ya no es de los tres mejores calificados en la primera y, para la segunda, los restantes mejores tres calificados y así sucesivamente, sino que será, y solo como ejemplo en caso de ser cinco las vacantes, el primer postulante, el sexto postulante y el número once en el orden de calificación. En la segunda terna, el segundo mejor calificado, el séptimo y el número doce, y así sucesivamente.

El sistema se conforma entre la disposición de la ley y el reglamento aprobado por Resolución 7/14 y modificaciones parciales recibidas con posterioridad. Así, el artículo 47 del Reglamento para Selección de Magistrados que se cita a continuación sostiene lo siguiente:

### *Concursos múltiples*

Artículo 47.— La Comisión tramitará un concurso múltiple cuando exista una y hasta cuatro vacantes para la misma función, sede y especialidad.

Una vez producidas nuevas vacantes, con posterioridad al llamado a concurso, la Comisión resolverá la acumulación a un concurso en trámite con el límite previsto en el párrafo anterior.

En el caso de concursos destinados a cubrir más de un cargo, el número de postulantes que participarán en la entrevista personal con la Comisión, según lo establecido en el artículo 40, se ampliará en, al menos, tres (3) candidatos por cada vacante adicional a cubrir. Para el supuesto que entre los tres (3) candidatos referidos no hubiera una postulante mujer, se convocará además a la entrevista a las dos (2) postulantes mujeres que sigan en orden de mérito, siempre que hayan obtenido los puntajes reglamentarios mínimos. La Comisión deberá elaborar una propuesta para la conformación de las ternas vinculantes, sobre la base del orden de mérito definitivo aprobado por la Comisión. A tal fin, se ubicarán en el primer lugar de cada terna a aquellos que hayan resultado mejor posicionados dentro de dicho orden; el segundo lugar estará conformado por quienes continúen en el mismo; y finalmente se integrarán con los que siguen, siempre respetando dicho orden. La conformación de las ternas deberá respetar la representación femenina conforme el artículo 44 de este Reglamento. Se hará saber al Poder Ejecutivo el modo en que han sido conformadas, y que podrá apartarse de ellas únicamente en razón de optar por designar a los candidatos que se encuentren ubicados en primer y segundo lugar de cualquiera de las ternas ya resueltas, que no hubiesen sido elegidos previamente.

El concurso múltiple podrá ser declarado parcialmente desierto en el supuesto de no contarse con tres (3) postulantes por cada cargo a cubrir, que cumplan con los requisitos establecidos en el segundo párrafo del artículo 44.

Evidente resulta que la plataforma pretendida por el constituyente en la incorporación de la instancia de selección dentro un ámbito menos discrecional que la exclusiva del poder político, estaba motivada en que las valoraciones técnicas sean prioritarias al momento de conformar la terna.

A su vez, al ser vinculante para el Poder Ejecutivo la terna elevada por el Consejo de la Magistratura, resulta trascendente la importancia de la escala de calificación que tras el concurso valoró tanto la Comisión de Selección como el Plenario del Consejo al aprobarlo con el voto afirmativo de los dos tercios de los

consejeros presentes, luego del largo y complejo proceso de evaluación de los antecedentes de los postulantes, el puntaje obtenido en la prueba de oposición anónima, las consideraciones tras la entrevista personal en la Comisión y la exposición en la audiencia pública con el Plenario.

No es necesario volver sobre las diferencias entre el sistema anterior a la reforma constitucional absolutamente discrecional de los órganos de representación partidaria surgidos del voto popular y el pretendido por la nueva Constitución de fuerte contenido técnico acreditado tras el concurso de oposición y antecedentes. Es menester remarcar que también el proceso ante el Consejo cuenta con pasos de contenido o reserva discrecional.

Tras evaluarse los antecedentes de los postulantes, acreditados según una tabla objetiva que para cada rubro determina la reglamentación y tras develarse las claves reservadas para la prueba de oposición, y añadido el resultado del examen, se lleva adelante una entrevista personal con contenido amplio y abierto a cuestiones académicas como personales. Es aquí, recién superada la instancia de la entrevista, que se determina el puntaje definitivo a cada postulante, considerando especialmente su desempeño en las tres etapas de evaluación.

El espacio de contenido discrecional debiera ser ejercido dentro de un margen razonable reglamentado. Hoy no es de ese modo. Han sido innumerables los casos en los que el orden de mérito previo a la entrevista personal es superado en más del diez por ciento del puntaje total acumulado luego de la entrevista, y el postulante queda en lugares de expectativa, muy lejos del puntaje objetivo anterior.

Si el uso de esta herramienta fuera de lo razonable y esperable, y hasta hoy sin sustento reglamentario en cuanto al puntaje que puede brindar la entrevista, se suma a la posibilidad de elevar al Poder Ejecutivo al calificado en decimoquinto lugar, no debiera extrañar si algún contemporáneo constituyente sostiene que el actual ejercicio de la función se encuentra un tanto alejado del propósito inicial tenido en cuenta para la creación del sistema mixto de selección de postulantes a jueces.

#### **IV. DISCIPLINA Y ACUSACIÓN**

Las otras dos funciones determinantes del Consejo de la Magistratura son las referidas al análisis de la conducta de los magistrados realizado el distingo por el constituyente entre la orientada a ejercer las facultades disciplinarias sobre los magistrados y la de decidir la apertura del procedimiento de remoción y en tal caso, y solo en esta instancia, ordenar la suspensión del juez y formular la acusación correspondiente.

La Ley 24.937 dispuso la creación de dos comisiones para cumplir el cometido constitucional, la de disciplina y la de acusación, y determinó las causales que activan uno u otro procedimiento y la competencia de cada una de las

comisiones en sus artículos 14 y 25. Con la reforma introducida por medio de la Ley 26080, ambas comisiones fueron unificadas y modificada la mayoría requerida para imponer una sanción disciplinaria, y luego del fallo ya referenciado en la llamada “Causa Colegio”, el funcionamiento por separado de ambas comisiones, su composición y las mayorías requeridas para aprobar sus dictámenes volvieron al diseño original.

La ley en este caso dispone el modo de conformación de la comisión de acusación y determina que deberá estar integrada por mayoría de legisladores de la Cámara de Diputados mientras con respecto a la comisión de disciplina establece que no la integrará el representante del Poder Ejecutivo. Ambas disposiciones tienen correlato con el diseño anterior a la reforma cuando los diputados estaban encargados por la Constitución de indagar sobre la conducta de los magistrados que deriven en un proceso político por causales de remoción y formular la acusación frente al Senado de la Nación, mientras que las sanciones disciplinarias eran de resorte del mismo sistema judicial.

Como se mencionó anteriormente, las competencias de ambas salas, tal la denominación legal, las brindan sus artículos 14 para el caso de la de disciplina, y el 25 para la de acusación. A su vez, la modificación introducida por la Ley 26080 agregó el apartado D al artículo 14, que por juego armónico con el inciso 5 del artículo 114 de la Constitución nacional deriva obligadamente a la Comisión de acusación los expedientes iniciados por remisiones de los tribunales superiores del magistrado sobre el cual se advierta la presunta comisión de ilícito o la existencia manifiesta de desconocimiento del derecho aplicable por jueces inferiores.

Las faltas disciplinarias fundamentalmente están referidas a la eficaz prestación del servicio de justicia. La ley brinda una lista de conductas que deben entenderse como constitutivas de faltas, la infracción a normas legales y reglamentarias referidas a incompatibilidades y prohibiciones establecidas por la magistratura judicial, la falta de consideración y respeto debidos a otros magistrados, el trato incorrecto a abogados, peritos, auxiliares de la justicia o litigantes, los actos que ofendan al decoro de la función judicial o comprometan la dignidad del cargo, el incumplimiento reiterado de las normas procesales o reglamentarias, la inasistencia reiterada a la sede del tribunal o el incumplimiento de su juzgado del horario de atención al público, la falta o negligencia en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones establecidas en el reglamento para la justicia nacional.

El artículo 25, por su parte, establece luego de la reforma introducida por la Ley 26080 que se considerarán causales de remoción de los jueces el mal desempeño, la comisión de delito en el ejercicio de sus funciones y los crímenes comunes. Y dispone:

Entre otras, se considerarán causales de mal desempeño, el desconocimiento inexcusable del derecho, el incumplimiento reiterado de la Constitución

Nacional, normas legales o reglamentarias, la negligencia grave en el ejercicio del cargo, la realización de actos de manifiesta arbitrariedad en el ejercicio de sus funciones, los graves desórdenes de conducta personales, el abandono de sus funciones, la aplicación reiterada de sanciones disciplinarias, la incapacidad física o psíquica sobreviniente para ejercer el cargo.

En este único caso no se perderán los beneficios previsionales de la Ley 24018. La casuística completó con el tiempo el plafón teórico de las conductas que generan reproche disciplinario y las que deben entenderse como causal de remoción o constitutivas del concepto de mal desempeño.

Excede los alcances del presente trabajo profundizar sobre el concepto de mal desempeño mencionado en la ley, como también sobre cada una de las conductas que fueron tipificadas como constitutivas de faltas disciplinarias, pero es menester señalar que de la lectura de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento se colige que la buena conducta esperada de los magistrados para mantener su función y cargo no es solo la mencionada en la ley, sino la integrada por el Reglamento para la justicia nacional, acordada del 17 de diciembre de 1952, el Código Iberoamericano de Etica Judicial, los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura aprobados por las Naciones Unidas fundamentalmente incorporados y sintetizados en los principios de Bangalore y la jurisprudencia del Jurado de Enjuiciamiento.

El proceso de remoción tiene como única finalidad remover el mal funcionario de su cargo. En ese sentido, no se evalúa otra cosa que su buena o mala conducta, y si la sociedad puede mantener en el magistrado la confianza necesaria para permanecer en la función. No se evalúa la comisión de hechos determinados, que a su vez encuentren descripción típica, como sucede en el código penal en todo Estado democrático. Es la conducta integral del juez comprobada a partir de actos y analizada bajo los preceptos y estándares mencionados la que debe ser considerada al momento de resolver.

El presidente del Consejo de la Magistratura, por mandato legal también presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es quien por disposición reglamentaria asigna a la comisión que entiende corresponde cada asunto ingresado. Con respecto a las denuncias ingresadas contra magistrados, esta función se encuentra delegada en el Comité de asignación, integrado por los presidentes de las comisiones de Disciplina y Acusación y en caso de no existir acuerdo, por el vicepresidente de cada una de ellas que actuarán alternativamente según sea par o impar el número del expediente formado.

A cada comisión, más allá de las consideraciones que puedan realizarse tras la lectura de la denuncia, deben remitirse los expedientes formados según se trate la denuncia de hechos que pudieran entenderse de los descriptos por el artículo

14 o por el artículo 25 de la ley, salvo el supuesto objetivo del apartado D del artículo 14 ya mencionado.

Será en la comisión respectiva, tras la designación de consejero informante, la notificación al magistrado de la denuncia ingresada, la producción de la prueba dispuesta en comisión en su caso, que se adoptará la determinación de citar al magistrado a que brinde explicaciones bajo cargos específicamente determinados. Tras ello, aprobará el dictamen por mayoría simple que proponga al plenario del cuerpo desestimar o rechazar la denuncia, o en su defecto sancionar al juez en caso de disciplina, y rechazar o desestimar la denuncia o en su defecto abrir el procedimiento de remoción ante el jurado de enjuiciamiento y, en su caso, ordenar la suspensión del magistrado.

Las estadísticas públicas, y publicadas periódicamente por el Consejo, permiten extraer conclusiones interesantes y nutritivas. La primera de ellas probablemente sea la de evaluar la importancia del aporte de la Constitución de 1994. Hacer una evaluación comparativa en el área disciplinaria y de procesos de remoción nos lleva a concluir la salud de su incorporación, al menos desde lo cuantitativo. En la historia constitucional, previa a la puesta en funcionamiento del Consejo de la Magistratura y el Jurado de Enjuiciamiento, se promovieron 29 procesos de remoción. Desde el 1999 al presente, se han aprobado por la comisión 71 propuestas de promoción de proceso de remoción.

La evaluación, desde un aspecto cualitativo, brinda también un balance positivo considerando la cantidad de ciudadanos que han sumado su seguimiento y mirada sobre el Poder Judicial y sus funcionarios. Este elemento se traduce en un novedoso aporte en todas las áreas del sistema por parte de organizaciones especializadas en el Poder Judicial y también en acciones de ciudadanos que individualmente y en forma autónoma realizan sus aportes. Tal vez el más visible lo sea en el área de las denuncias a magistrados por conductas que pueden dar a lugar a reproche disciplinario o proceso de remoción.

Es importante señalar que las denuncias manifiestamente improcedentes o que conllevan un claro y mero descontento con el modo de conclusión de un proceso determinado, son rechazadas y cerradas velozmente sin que siquiera el magistrado llegue a ser notificado de su ingreso. También es relevante consignar que la gran mayoría de los expedientes iniciados son desestimados por decisión plenaria.

Resulta significativo, a fin de la evaluación efectuada, que en el período transcurrido desde el año 2022 a septiembre 2025 ingresaron para su análisis y tratamiento a la comisión de acusación 47 expedientes formados tras denuncia contra magistrados de los cuales tres contaron con dictamen acusatorio y cinco pasaron a tramitar en la comisión de disciplina. En la misma línea se señala que

solo en el año 2025 hasta el mes de septiembre ingresaron a la comisión de disciplina 145 expedientes por denuncias a magistrados.

Otra buena señal a partir de la existencia del novedoso sistema de selección de postulantes es la incorporación de un número muy alto, en términos comparativos a la instancia de inscripción y pruebas, de letrados con experiencia en la profesión liberal, asesoramiento empresarial, gremial o de otra índole, lo que en mucho enriquece el sistema. Y tal vez la conclusión más importante para un ejercicio periódico de evaluación y mejora del sistema sea permitir detectar la necesidad o no de reformas legislativas que ordenen la conformación del Consejo de la Magistratura, el modo de integración y las reglas de funcionamiento.

A fin de responder un interrogante del comienzo de este trabajo, puede decirse que cerca de su creación, con la matriz original de la ley fundacional, el funcionamiento fue absolutamente satisfactorio a la luz de los propósitos constitucionales. Se justificó en su grandilocuente magnitud y poca velocidad para llegar a sus resoluciones plenarias la reforma de 2006, aquí las estadísticas sobre cantidad de reuniones de cada una de las comisiones como asimismo del plenario ayudan a arribar a la conclusión si se logró el fin propuesto. Debe señalarse que, con la composición de trece miembros, el Consejo tuvo algunos años de gestión por de más productiva, por lo que pueden mezclarse allí las razones para obtener uno u otro producto.

Luego del fallo de la Corte en la llamada “Causa Colegio”, y con la vuelta a la conformación de origen, las estadísticas alertan sobre otro tipo de resultados; la coexistencia de pautas normativas o reglamentarias pueden llevar a concluir sobre la necesidad de una readecuación en algún área.

Adquiere nueva relevancia el interrogante del comienzo sobre si el sistema diseñado que regula la composición, el modo de integración y las reglas de funcionamiento brinda las garantías del producto imaginado por el constituyente al incorporar el Consejo de la Magistratura, o si por el contrario es la integración circunstancial o las normas que la regulan lo que garantiza o aleja el propósito constitucional.

En todo caso, es deseable que toda reforma legal o reglamentaria encuentre su motivación en disfuncionalidades detectadas a la luz de la pauta rectora del artículo 114 o en mejoras imaginadas para lograr que la manda constitucional en acción plena nos lleve a los niveles más elevados de salud y excelencia institucional que los economistas galardonados encuentran como base para la felicidad y prosperidad de los pueblos.



## LAS DEUDAS PENDIENTES EN MATERIA DE GÉNERO. PROMESAS DE PAPEL

CAMILA GASCUE\* Y DELFINA CHACÓN\*\*

### I. INTRODUCCIÓN

A treinta años de la última reforma constitucional en nuestro país, es crucial reflexionar sobre los avances logrados en materia de género y el camino que aún queda por recorrer para alcanzar una igualdad real y efectiva. Al respecto, el feminismo constitucional promueve la discusión para buscar soluciones que den resultados concretos y efectivos a esta problemática.

El presente trabajo se adentra en el análisis del derecho a la igualdad de género y a la no discriminación en Argentina en torno a un colectivo en particular. Se examinan las medidas legislativas adoptadas y los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino, con un enfoque particular en la búsqueda de resultados reales. Resulta fundamental fomentar esta búsqueda, dado que supone una serie de beneficios tangibles para toda la sociedad, como la construcción de una realidad más justa y equitativa, y un mayor acceso de las mujeres a todos los aspectos de la vida cotidiana, tanto pública como privada.

### II. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN

La última reforma constitucional de 1994 significó grandes avances en materia de igualdad, y complementó la concepción de igualdad formal consagrada en el artículo 16 de la Constitución histórica<sup>1</sup>. Esta reforma introdujo nuevas disposiciones que buscan garantizar una igualdad más real y efectiva, reconociendo las desigualdades históricas que afectan a diversos grupos de la sociedad.

Del mismo modo, la Corte Suprema de la Justicia de la Nación ha interpretado en numerosas oportunidades desde 1875 que la igualdad de trato ante la

\*Abogada (Universidad de Buenos Aires), estudiante de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA), ayudante de segunda en la cátedra Ferreyra-Martínez en Elementos de Derecho Constitucional (Res. N°1873/24). Contacto: gascue783@est.derecho.uba.ar.

\*\*Abogada (Universidad de Buenos Aires), estudiante de posgrado en la Carrera de Especialización en Derecho Penal (UBA), ayudante en el Práctico Penal de Violencia de Género (UBA). Contacto: chacon042@est.derecho.uba.ar

1 Constitución Nacional Argentina. Artículo 16.

ley conlleva la obligación del Estado de tratar igual a aquellas personas que se encuentren en circunstancias equivalentes<sup>2</sup>.

En este sentido, en 1994 se incorpora a nuestro texto constitucional el artículo 75 inciso 23 que establece la obligación del Estado de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato. En otras palabras, esto implica «autorizar al órgano legislativo a inclinar la balanza en favor de ciertos colectivos que históricamente fueron marginados, justamente para ponerlos en un pie de igualdad con otros sectores»<sup>3</sup>.

El mismo artículo enumera los grupos para los cuales deben implementarse estas acciones positivas, entre los que se encuentran las mujeres, cuestión en la que aquí nos centraremos. Estas medidas «implican adoptar y ejecutar políticas activas que den impulso al acceso a esa igualdad real y efectiva admitiendo la llamada discriminación inversa»<sup>4</sup>. La discriminación positiva dirigida a las mujeres es esencial para asegurar una igualdad de género que corrija las desigualdades históricas y estructurales que han limitado sus oportunidades en distintos ámbitos. En palabras de la Dra. Marcela Basterra:

Cuando existen patrones o constantes históricas de trato diferente, se intenta corregirlos mediante una distinción jurídica, adoptando medidas tendientes a favorecer y en consecuencia equiparar las oportunidades de quienes, en este caso por su sexo, se encuentran en una condición de inferioridad<sup>5</sup>.

Con la última reforma no solo se incorpora el inciso 23 del artículo 75, sino que también a lo largo de su articulado se incluyen varias referencias a las acciones positivas en pos de alcanzar la igualdad real<sup>6</sup>. Asimismo, se incluye el inciso 22 del artículo 75 que enumera una serie de instrumentos de derechos humanos

2 Fallo “Criminal c/ Olivar, Guillermo” (Fallos, 16:118). También se ha sostenido en el fallo “Caille” (T. 153, p. 67) que el artículo 16 CN es el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros.

3 Martínez, Leandro, “Comentarios a la ley de actos discriminatorios. Una mirada desde el Derecho Constitucional”, p. 4. Disponible en <https://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/2020/seminario-de-investigacion-debates-fundamentales-en-el-derecho-publico-contemporaneo/tema-04-martinez.pdf>.

4 Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 1<sup>a</sup> edición, 2006, T. I, p. 530.

5 Basterra, Marcela, “Las acciones positivas aplicadas a la cuestión de género. Veinticinco años después de la reforma constitucional”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, p. 9. Disponible en <https://marcelabasterra.com.ar/wp-content/uploads/2019/09/Acciones-Positivas-a-25-a%C3%B1os-de-la-reforma-constitucional.pdf>.

6 Constitución Nacional. Artículo 75 inciso 23: Corresponde al Congreso: “(...) 23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

con igual jerarquía que la Constitución. Estos instrumentos comprenden numerosas disposiciones sobre la igualdad y la no discriminación de las personas.

### **III. FEMINISMO CONSTITUCIONAL**

Isabel Jaramillo, figura clave en la consolidación del pensamiento legal feminista en América Latina, expone: «Se ha mostrado que incluso cuando el derecho protege los intereses y necesidades de las mujeres e introduce su punto de vista, en su aplicación por instituciones e individuos moldeados por la ideología patriarcal, ha desfavorecido a las mujeres»<sup>7</sup>. En este sentido, partiendo desde la noción de que la Constitución fue históricamente redactada y aplicada principalmente por hombres, es posible concluir que las realidades y necesidades de las mujeres han sido ignoradas y minimizadas.

Estas circunstancias, que involucran los derechos de grupos en situación de desventaja, han demandado una participación activa por parte del Estado, con el fin de lograr una equidad social mediante la implementación de mecanismos especiales de protección dirigidos a quienes sufren discriminación. Desde la última reforma en nuestro país, no podemos negar que se han realizado avances en cuanto a materia de género. Por lo tanto, se vuelve una obligación analizar los resultados de manera crítica. El constitucionalismo feminista implica una revisión crítica de estas normas y estructuras para identificar y corregir sesgos de género. Este tipo de constitucionalismo no solo se centra en la eliminación de las normas jurídicas discriminatorias, sino también en la creación de un marco normativo que favorezca la igualdad sustantiva, es decir, la promoción de medidas afirmativas y la representación equitativa del colectivo femenino en todos los ámbitos de la vida pública y privada.

### **IV. MARCO INTERNACIONAL**

Argentina cuenta con una variedad de instrumentos jurídicos internacionales con perspectiva de género que buscan promover la igualdad, la discriminación positiva y los derechos de las mujeres. Por un lado, con la reforma constitucional de 1994, varios de ellos obtuvieron jerarquía constitucional, a partir de lo cual

Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

Artículo 37, segundo párrafo: “La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral”.

7 Jaramillo Sierra, Isabel, “La crítica feminista al derecho”, en Robin West, *Género y Teoría del Derecho*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000, 1<sup>a</sup> edición, pp. 27-66.

deben entenderse complementarios de los derechos y las garantías constitucionales<sup>8</sup>. Algunos de estos instrumentos son los siguientes:

- 1) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre que establece el derecho a la igualdad ante la ley, la protección de ataques abusivos hacia su persona, la disposición de un procedimiento judicial sencillo y breve contra actos de la autoridad y el derecho a la mujer en estado de gravedad o en época de lactancia de ser protegida con cuidados y ayuda especiales<sup>9</sup>.
- 2) La Declaración Universal de Derechos Humanos dentro de su cuerpo legal dispone la igualdad ante la ley y protección ante cualquier discriminación, y derecho a igual salario por igual prestación<sup>10</sup>.
- 3) La Convención Americana sobre Derechos Humanos obliga a los Estados Parte a respetar los derechos en ella redactados sin discriminación de sexo, asimismo, se comprometen a garantizar el cumplimiento de toda decisión judicial al respecto<sup>11</sup>.
- 4) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales compromete a los Estados Partes a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título para gozar de todos los derechos enunciados, entre ellos, condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, una mejora continua de las condiciones de existencia, y a asegurar la efectividad de estos derechos<sup>12</sup>.
- 5) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo se suma a reforzar el compromiso internacional del Estado argentino con la protección en la igualdad y el trato no discriminatorio<sup>13</sup>.
- 6) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) adquirió una relevancia fundamental, y obligó al Estado a adoptar medidas para garantizar la igualdad real de las mujeres en todos los ámbitos<sup>14</sup>.

Por otro lado, la ratificación en 1996 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará) además de introducir conceptos claves sobre la violencia contra las mujeres, obliga al Estado Argentino a tomar medidas para prevenirla, sancionarla y

8 Constitución Nacional. Artículo 75 inciso 22: “(...) no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos (...).”

9 Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, Colombia, 1948.

10 Aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

11 Aprobada por Ley 23.054. Publicación en BO 27/03/1984.

12 Aprobado por Ley 23.313. Publicación en BO 13/05/1986.

13 Aprobado por Ley 23.313. Publicación en BO 13/05/1986.

14 Aprobada por Ley 23.179. Publicación en BO 03/06/1985.

erradicarla<sup>15</sup>. Es importante resaltar que esta Convención no cuenta con jerarquía constitucional, pero su adopción implica un compromiso político y legal hacia la protección de los derechos de las mujeres y la eliminación de la violencia en todas sus formas.

Siguiendo en el plano internacional, es relevante mencionar lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo en el caso González y otras c. México (Campo Algodonero)<sup>16</sup>. Allí, la CIDH estableció precedentes y directrices para proteger a las mujeres aplicando la perspectiva de género en la administración de la justicia. En este sentido, se desprende que los Estados deben *adoptar medidas integrales* para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva de este, y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Asimismo, el Estado debe fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer.

Por todo lo mencionado, es evidente que Argentina mantiene grandes obligaciones y compromisos para la protección de la igualdad y la no discriminación a la mujer, y hasta que esto no se cumpla seguirá teniendo una deuda nacional e internacional con este colectivo.

## V. MARCO NACIONAL

El innegable esfuerzo del Estado argentino en establecer un marco teórico para encaminarse a un constitucionalismo feminista, sumado a los movimientos feministas que históricamente desempeñan un papel crucial en la visibilización de las desigualdades, ha dado lugar a avances concretos, entre los cuales se destacan los siguientes:

- La promulgación de la Ley 26.510 de Educación sexual integral en 2006, que obliga a brindar educación sexual integral en todos los establecimientos educativos del país, con una perspectiva de género que promueve la igualdad y el respeto.
- La Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres de 2009, que identifica tipos de violencia y establece mecanismos específicos para la protección y asistencia, crea el Consejo Nacional de las Mujeres, encargado de coordinar,

<sup>15</sup> Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará). Artículo 7 inciso e: “tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer”.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de fondo, reparaciones y costas, “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, Serie C No. 205, 16 de noviembre de 2009.

implementar y monitorear las políticas públicas de prevención y erradicación de la violencia de género, y dispone la creación de un registro único para documentar y dar seguimiento a los casos de violencia que sufren.

- La incorporación de la figura del femicidio al Código Penal en 2012 visibiliza, sanciona y ayuda a abordar de manera específica la violencia extrema que sufren las mujeres por razones de género.
- La Ley 27.412 de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política en 2017, que garantiza una mayor participación de este colectivo en los espacios de toma de decisiones políticas, asegurando su presencia equitativa y proporcional en los cargos electivos.
- La ley 27.499, “Ley Micaela”, en 2018, para prevenir la violencia de género a través de la sensibilización y formación de las personas que ocupan cargos públicos.
- El Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad, creado en 2019, fue el organismo gubernamental encargado de promover y garantizar la igualdad de género y el respeto de los derechos de las mujeres y personas de la comunidad LGBTQ+<sup>17</sup>.
- El Plan Nacional de Acción contra la Violencia por Motivos de Género (2022-2024) estrategia integral de dos años diseñada para abordar de manera efectiva y coordinada la violencia de género en Argentina.

Constatamos que en Argentina contamos con un marco normativo protectorio en favor de los derechos de la mujer, sin embargo, persiste la continua manifestación de violencia contra ellas. Esta realidad suscita interrogantes sobre las causas subyacentes que perpetúan la discriminación y desigualdad, así como sobre las medidas que pueden adoptarse para su efectiva erradicación. En este marco de incertidumbre, existe una brecha relevante entre la normativa y su efectiva implementación, razón por la cual la violencia de género y la discriminación sistemática continúan siendo problemas graves en nuestra sociedad.

## VI. NORMATIVA VERSUS REALIDAD

Si bien contamos con disposiciones legales que promueven la igualdad de género y buscan proteger los derechos de las mujeres, resulta oportuno evaluar nuestra realidad social y el impacto de estas leyes. Lamentable pero no sorprendente, las estadísticas siguen mostrando números alarmantes y persistentes en desigualdad y discriminación por razones de género, por lo que tanta normativa para las mujeres en verdad solo representa unas palabras en papel.

17 Decreto 86/2023, Decretos 450/2024 y 451/2024: Transferencia de la Subsecretaría a Justicia. Comunicado 6/6/2024.

Esto se materializa en su cotidianeidad con la brecha salarial de género<sup>18</sup>, en la violencia física hacia su persona<sup>19</sup>, en los límites al acceso a la educación<sup>20</sup>, la subrepresentación en la actividad política y la toma de decisiones<sup>21</sup>, las dificultades del acceso a la salud y sus derechos reproductivos<sup>22</sup>, la carga de trabajo no remunerado<sup>23</sup> y en los estereotipos de género<sup>24</sup> que abundan en la sociedad. Pareciera que no nos queda más que declarar que las políticas públicas no están funcionando; aparentemente, tenemos herramientas, pero no sabemos usarlas. En este contexto, identificamos diferentes problemáticas:

Ausencia de compromiso por parte de las autoridades públicas, quienes deben velar para que esas políticas sean implementadas y logren sus resultados:

En palabras del Dr. Raúl Gustavo Ferreyra:

Todas las constituciones vigentes poseen un determinado plan en materia de derechos fundamentales. No se conoce ningún texto que declare que sus autoridades se encargarán de no respetarlos o violar las formulaciones iusfundamentales.

18 En Argentina, las mujeres ganan en promedio 25 % menos que los varones por la misma tarea, según datos de la Encuesta Permanente de Hogares realizada por el Indec (Instituto Nacional de Estadística y Censos) en el primer trimestre de 2023.

19 Para el 2024, se analizaron 233 causas judiciales donde se investigaban los femicidios de 228 víctimas directas y 19 víctimas de femicidio vinculado (16 varones cis y 3 mujeres cis), lo que implica 247 víctimas letales de violencia de género en Argentina durante 2024. En promedio, en el país en el año 2024 hubo una víctima directa de femicidio cada 39 horas y una víctima de la violencia letal de género cada 36 horas (incluyendo también a las víctimas de femicidio vinculado). Resumen ejecutivo, Registro Nacional de Femicidios de la Justicia Argentina. Edición 2024. Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Disponible en <https://om.csjn.gob.ar/consultaTalleresWeb/public/documentoConsulta/verDocumentoById?idDocumento=363>.

20 Las mujeres suelen percibir límites al acceso a su educación por dificultades económicas, responsabilidades de cuidado que les son asignadas, violencia y acoso en establecimientos educativos, estereotipos de género, ausencia de recursos para asistir a clases durante el período de la menstruación, etc.

21 ONU Mujeres, “Datos y cifras: Liderazgo y participación política de las mujeres”. Disponible en [https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures#\\_edn5](https://www.unwomen.org/es/what-we-do/leadership-and-political-participation/facts-and-figures#_edn5)

22 Faur, Eleonor, Correa, Cecilia, Re, María Inés y Pagani, Laura. *Manual de capacitación en salud y sexualidad para adolescentes*. Fundación para el Estudio e Investigación de la Mujer (FEIM), 2003.

23 Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), *Encuesta sobre trabajo no remunerado y uso del tiempo*, Buenos Aires, 2014. Disponible en: [https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/tnr\\_07\\_14.pdf](https://www.indec.gob.ar/uploads/informesdeprensa/tnr_07_14.pdf)

24 Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres (UFEM), *Dossier N.º 9: Estereotipos de Género en los Procesos Judiciales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio Público Fiscal, s/f.

Tampoco existen autoridades que postulen que su tarea consiste en demoler derechos fundamentales, aunque en verdad acontece<sup>25</sup>.

Esto nos lleva a reflexionar que aun cuando no hay una intención explícita de vulnerar los derechos de las mujeres, ello de todas formas ocurre si las autoridades responsables en tutelarlos no asumen un rol activo, perpetuando los sistemas y estructuras patriarcales que afectan la realidad.

### *I) Falta de participación de las mujeres en el diseño y la supervisión de las políticas públicas:*

Aunque ha habido avances, como la Ley de Cupo Femenino y la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política, las mujeres siguen estando subrepresentadas en posiciones de poder y toma de decisiones. En el mismo sentido, es un hecho la menor representación de las mujeres en el mercado laboral formal y su predominio en las labores de cuidado, hoy un poco más conocidas como «trabajo no remunerado».

Si bien las mujeres fueron ganando terreno en el ámbito laboral, nadie ocupa los lugares que necesitan dejar para crecer en este ambiente. Mientras que el 90 % de las mujeres realiza trabajo doméstico no remunerado y le dedica un promedio de 6 horas por día, solo el 67 % de los hombres lo hace y dedica solo 2,37 horas. Mientras que el 77 % de las mujeres se encarga diariamente de la higiene de la vivienda, solo el 45 % de los hombres destina tiempo a esta labor. A su vez, mientras que el 64 % de las mujeres se ocupa de las tareas de alimentación, la proporción de varones que realiza esta actividad desciende al 25 %<sup>26</sup>.

En Argentina, el trabajo doméstico y de cuidados no remunerado representa un 15,9 % del PBI y es el sector de mayor aporte en toda la economía, seguido por la industria, con un 13,2 %<sup>27</sup>. La ausencia de participación activa de la mujer en el diseño y la supervisión de las políticas públicas está también relacionada con el hecho de que la participación en el mercado de trabajo de las mujeres disminuye conforme aumenta la cantidad de menores a su cargo, mientras que la participación de los varones se mantiene igual<sup>28</sup>.

25 Ferreyra, Raúl, *Fundamentos Constitucionales*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 1<sup>a</sup> edición, 2015, p. 502.

26 Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), *Encuesta Nacional sobre el Uso del Tiempo 2021. Resultados definitivos*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, INDEC, 2021. Disponible en [https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut\\_2021\\_resultados\\_definitivos.pdf](https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/sociedad/enut_2021_resultados_definitivos.pdf).

27 Dirección Nacional de Economía, Igualdad y Género del Ministerio de Economía de la Nación, Los cuidados, un sector económico estratégico. Medición del aporte del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado al Producto Bruto Interno, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ministerio de Economía, 2020. Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los\\_cuidados\\_-\\_un\\_sector\\_economico\\_estrategico\\_0.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/los_cuidados_-_un_sector_economico_estrategico_0.pdf).

28 Ministerio de las Mujeres, Géneros y Diversidad y Ministerio de Economía de la Nación, *Informe Desigualdad en el trabajo. IGUALAR – Segundo trimestre 2022*, Ciudad Autónoma de

*I) Falta de presupuesto, control y seguimiento a las políticas promulgadas:*

Las políticas públicas dirigidas a la igualdad de género y protección de los derechos de las mujeres a menudo no cuentan con un financiamiento adecuado y recursos suficientes para su implementación efectiva. Las tan anunciadas iniciativas estatales carecen de un seguimiento y evaluación rigurosos para asegurar que se cumplan los objetivos planteados.

La precarización de estas políticas públicas desarticuladas, con presupuestos, recursos y personal insuficientes, no puede sino conducir al fracaso y a un desgaste de energía. Ya en 2016 la CEDAW expresó su preocupación por los recursos limitados del Consejo Nacional de las Mujeres para promover estrategias de igualdad de género, así como para apoyar su función como órgano de coordinación del Plan Nacional de Acción para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres (2017-2019). Años más tarde, la misma distribución de recursos limitados provoca que las palabras se disipen mientras que los hechos permanecen.

*I) Notoria resistencia por parte de la sociedad:*

La idea de que los «problemas» de las mujeres les competen solo a ellas, desafortunadamente, es un concepto demasiado arraigado en nuestro inconsciente colectivo, y ello le deja vía libre al patriarcado. Ejemplo claro de esto son los numerosos casos que se acumulan en los tribunales, o las consideraciones de estas injusticias hacia las mujeres como fenómenos excepcionales, producto de algunos «locos» o algunos ambientes lejanos a los propios. Debemos desprendernos de estas etiquetas, admitir que configuramos estructuras patriarcales y que la ley camina varios pasos detrás de la sociedad: no tenemos otra alternativa que concentrarnos en el cambio social acelerando el paso.

Para el camino que nos queda por recorrer, recomendamos atender a los aportes de Katharine Bartlett. En relación con las medidas estatales, presentes y futuras, proponemos implementar un cuestionamiento en «clave feminista». Es decir, frente a cada directriz gubernamental, debemos aprender a preguntarnos sobre las consecuencias que esta supondría en concreto en las mujeres y, además, trabajar en la creación de conciencia social, mediante la visibilización de sus experiencias de vida<sup>29</sup>.

## VII. CONCLUSIÓN

La reforma constitucional de 1994 produjo avances en igualdad de género en Argentina, pero aún queda mucho por hacer para lograr una igualdad real y

---

Buenos Aires, 2022. Disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/08/informe\\_desigualdad\\_en\\_el\\_trabajo-igualar-segundo\\_trimestre\\_2022.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/08/informe_desigualdad_en_el_trabajo-igualar-segundo_trimestre_2022.pdf).

<sup>29</sup> Bartlett, Katharine, *Feminist Legal Methods*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law Review, 1<sup>a</sup> edición, 1990, T. 103, pp. 829-888.

efectiva. Si bien aspiramos a un mundo donde los esfuerzos para promover la igualdad ya no sean necesarios, es evidente que el feminismo constitucional en Argentina todavía enfrenta desafíos significativos.

Para acortar el abismo que existe entre la teoría y la práctica, es esencial financiar adecuadamente las políticas y garantizar su seguimiento riguroso, además de adoptar una perspectiva feminista en la elaboración y evaluación de estas políticas. Entendemos entonces, que un avance en nuestro país no significaría nunca «menos Estado» sino, «mejor Estado» para que las promesas políticas dejen de ser promesas de papel.

# LA CONVENIENCIA DE UN TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA HACER MÁS EFICAZ EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ARGENTINA. A MODO DE HOMENAJE AL PROFESOR GERMÁN J. BIDART CAMPOS\*

MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN\*\*

## **I. EL PORQUÉ DE UNA NUEVA ELECCIÓN DEL TEMA EN ESTE HOMENAJE**

En ocasión de la publicación de la obra *Defensa de la Constitución: garantismo y controles* (2003), en homenaje al maestro Germán Bidart Campos coordinada por Víctor Bazán<sup>1</sup>, escribimos junto a Pablo Manili un artículo que llevaba como título: «¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en Argentina?», que nos pareció imprescindible abordar frente a los duros cuestionamientos que se formulaban en ese entonces a la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y al descrédito público más grande en la historia de ese tribunal. En un contexto muy diferente, a diez años de la partida del maestro, en un artículo que integró un *Liber Amicorum* publicado por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional<sup>2</sup> abordé la pregunta acerca de

\* Este trabajo está elaborado sobre otra publicación del autor: “La conveniencia de un tribunal constitucional para hacer más eficaz el control de constitucionalidad en Argentina”, *El Derecho*, edición especial. Suplemento de Derecho Constitucional en Homenaje a Germán J. Bidart Campos, a 20 años de su fallecimiento, Buenos Aires, 30 de setiembre de 2024.

\*\* Doctor en Derecho por la UBA, magíster en ambiente humano, profesor regular de grado, posgrado y doctorado en la UBA, juez de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso, Administrativo, Tributario y de Relaciones de Consumo de la CABA. Contacto: mlopezalfonsin@yahoo.com.ar.

1 López Alfonsín, Marcelo y Manili, Pablo, “¿Quién debe ejercer el control de constitucionalidad en la Argentina?”, Bazán, Víctor, *Defensa de la Constitución: garantismo y controles*, obra colectiva en homenaje a Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires, Ediar, agosto de 2003, pp. 529-542.

2 López Alfonsín, Marcelo, “¿Es conveniente un tribunal constitucional para hacer más eficaz el control de constitucionalidad en Argentina?”, en AADC, *Liber Amicorum. Germán J. Bidart Campos*, Debates de actualidad, Año XXVIII, nº 208/209, Santa Fe, junio de 2014, pp. 329-348.

si el control de constitucionalidad de los actos de los demás poderes debe seguir estando en cabeza del Poder Judicial y, por lo tanto, tener como última instancia a la Corte o si debe cambiar de manos, en favor de un órgano especializado.

Por ello, decidí revisar entonces los aspectos centrales de lo escrito por el autor homenajeado en relación con la supremacía constitucional, el bloque de constitucionalidad, los contenidos pétreos y otros aspectos relacionados con estos ejes. Lo hice desde una mirada que podía parecer desafiante, pero respondía esencialmente a seguir pensando –con la honestidad intelectual que Germán nos enseñó a nuestra generación– estos grandes temas, que implican siempre una toma de posición frente a la teoría constitucional. Hoy retomo ese desafío con una opinión más formada, con la afirmación del título del presente trabajo, a algo más de veinte años de su desaparición física y a manera de homenaje a su magisterio.

## II. SOBRE QUIÉN DEBE DEFENDER LA CONSTITUCIÓN

La discusión acerca de quién debe ser el defensor de la Constitución no es nueva ni mucho menos, y ha contado con exponentes de primera línea en todo el mundo: basta con exemplificarlo con el célebre debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt en las primeras décadas del siglo xx. Al mismo tiempo, el problema de cómo debe desarrollarse ese control tuvo, en nuestro país, exponentes de la talla de Alberdi y Sarmiento.

La disyuntiva se plantea entre colocar el control de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial en su conjunto (modelo difuso) o en cabeza de un órgano ajeno a este y separado de su estructura, con una integración predominantemente política –como en el caso de un Consejo Constitucional–, o predominantemente jurídica –como en el caso de un Tribunal Constitucional– (modelo concentrado).

El profesor Sagüés –recientemente fallecido– sostiene que «aparte de las razones académicas que impulsan la erección de un Tribunal Constitucional, de vez en cuando emergen motivos políticos coyunturales, propios de cada Estado»<sup>3</sup>, y aporta los ejemplos de España y Colombia. En España, con la sanción de la Constitución de 1978, comenzó una nueva era institucional, posfranquismo, en la que se decidió confiar la defensa de la Constitución a un órgano nacido con esa era (el tribunal constitucional); y en Colombia, con la nueva Constitución de 1991, se propuso quitarle esa función a la Corte Suprema en virtud de lo polémico que había sido su ejercicio en los tiempos anteriores y confiársela a la Corte Constitucional. Desde esa óptica, es preciso aclarar que el objeto de este pequeño ensayo es el de analizar las razones jurídicas, pero principalmente las

3 Sagüés, Néstor, “Tribunal Constitucional e Interpretación Constitucional”, *El Derecho*, Buenos Aires, 1995, pp. 163-1014.

políticas, que justifican y aconsejan, en la actualidad, la creación de un tribunal constitucional en Argentina.

Desde la óptica estrictamente jurídica, Hans Kelsen ha sido el principal defensor de la creación de un Tribunal Constitucional por fuera de la estructura del Poder Judicial, para encomendarle la tarea de ser el defensor de la Constitución. Así lo plasmó, como se sabe, en la Constitución austriaca de 1920 y lo expuso en varias de sus obras<sup>4</sup>. Los argumentos principales a favor de este sistema son los siguientes:

- a) Es necesario conferir el poder de anular actos irregulares a un órgano distinto del que los dictó. Ese acto irregular debe quedar anulado y no simplemente inaplicado, es decir, debe salir del sistema jurídico<sup>5</sup>.
- b) No se puede plantear una solución uniforme para todas las constituciones en cuanto a la conformación del órgano, no obstante, Kelsen propone, en general:
  - 1) Que el número de sus integrantes no sea muy elevado<sup>6</sup>;
  - 2) que en su designación intervengan el parlamento y el jefe de Estado combinadamente<sup>7</sup> (es decir uno a propuesta del otro o viceversa);
  - 3) que los juristas de profesión ocupen un lugar adecuado, interviniendo en su designación las facultades de derecho o el propio tribunal por cooptación<sup>8</sup>;
  - 4) que se excluya de su conformación a los miembros del parlamento y que, al mismo tiempo, se «blanquee» de alguna manera la influencia política que puedan tener sus miembros, proveyendo una parte de los cargos teniendo en cuenta la fuerza de cada partido político.
- c) El control de constitucionalidad debe recaer sobre leyes del Congreso federal o de las legislaturas locales, reglamentos de las cámaras, decretos con fuerza

<sup>4</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, trad. de Legaz Lacamra, México, Fondo de Cultura Económica, 1948; *La Garantía jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2001, *passim*; “El Control de Constitucionalidad de las Leyes”, trad. de Domingo García Belaúnde, en *El Derecho*, pp. 156-793.

<sup>5</sup> Sobre este punto, Carlos Nino, citando a Eugenio Bulygin, sostiene que Kelsen confunde dos significados distintos de “validez”, uno que apunta a que la norma pertenece a un sistema jurídico y otro referido a su obligatoriedad. Y con esa observación soluciona uno de los problemas fundamentales en lo que él llama “la lógica de Marshall” (pero que podemos identificar como un problema común a todos los sistemas de control difuso de la constitucionalidad de las normas), y es que una ley inconstitucional puede tener fuerza obligatoria mientras no sea anulada por ningún juez, pero es una norma que no pertenece al sistema (Nino, Carlos, *La Constitución de la Democracia Deliberativa*, trad. de Roberto Saba, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 265).

<sup>6</sup> Kelsen, Hans, “La Garantía...”, p. 57.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 58.

de ley, decretos reglamentarios y tratados internacionales<sup>9</sup>. No son objeto de control los actos de los tribunales (pues, para Kelsen, la sola intervención de estos es garantía de su regularidad), y los actos administrativos directamente subordinados a la Constitución.

- d) En cuanto al resultado del control, Kelsen propugna la anulación del acto irregular a través de la sentencia. En caso de vicios formales, sugiere que la anulación solo opere cuando esos vicios sean graves. Respecto de las normas generales, propone que no puedan ser anuladas, sino dentro de un plazo a partir de su vigencia, fijado por la Constitución (por ejemplo, de tres a cinco años), dado que sería grave anular una norma que ha estado en vigor muchos años<sup>10</sup>. También sostiene que la anulación de una ley no acarrea el restablecimiento del estado de derecho anterior a la sanción de esta, en el sentido de que no hace revivir el régimen que surge de la antigua ley que había sido derogada por la que hoy se anula, salvo el caso de anulación de una ley que consistiera solamente en la derogación de otra.
- e) En cuanto al procedimiento, el maestro austriaco propone una legitimación amplia para solicitar la anulación. Al respecto, sugiere lo siguiente:
  - 1) Todas las autoridades públicas que al aplicar una norma tengan dudas de su constitucionalidad deberían interrumpir el procedimiento e interponer una demanda ante el tribunal constitucional.
  - 2) Se debería instaurar una acción popular para que todos los justiciables y administrados puedan solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una norma.
  - 3) Los estados federados podrían demandar la inconstitucionalidad de los actos del estado federal y viceversa<sup>11</sup>.

9 Es interesante la fundamentación que Kelsen brinda a la posibilidad de control de constitucionalidad de los tratados: “No podría invocarse la regla según la cual los tratados no pueden ser abrogados unilateralmente por uno de los estados contratantes, pues esa regla supone... que el tratado haya sido celebrado válidamente. Un Estado que quiere celebrar un tratado con otro Estado debe informarse de su constitución” (Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, cit.). Ese aserto es una verdadera predicción de lo que cuarenta años más tarde sería el contenido del art. 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

10 Discrepamos con esta postura del maestro austriaco, por cuanto puede ocurrir que una ley se tome inconstitucional muchas décadas después de sancionada, por obra del simple paso del tiempo y del cambio de la moral pública media de una sociedad. Avala nuestra postura el fallo “Sejean” de la CSJN, que declaró inconstitucional la ley de matrimonio civil que llevaba un siglo de vigencia, por entender que la no recuperación de la aptitud nupcial de los cónyuges divorciados por aplicación de esa ley era contraria al principio de dignidad de la persona humana. En este caso fue justamente el paso del tiempo el que tomó inconstitucional a la norma, contraponiéndola con las ideas y creencias de la sociedad. Es decir, devino inconstitucional.

11 En nuestro país, ello está contemplado como competencia originaria de la Corte Suprema (art. 117 CN).

- 4) Debería existir un defensor de la Constitución ante el tribunal, a semejanza del ministerio público que actúa en materia penal<sup>12</sup>.
  - 5) Una minoría del parlamento debería estar legitimada para interponer demanda de inconstitucionalidad de una ley sancionada por la mayoría<sup>13</sup>.
  - 6) El tribunal constitucional podría actuar de oficio. En cuanto al resto del procedimiento, Kelsen sugiere que asuma el carácter de oral y público, y que la sentencia anulatoria sea publicada en el mismo órgano donde se publicó la norma, aunque no descarta que el tribunal constitucional tenga su propio órgano de difusión.
- f) El efecto de la anulación de normas generales no puede ser retroactivo según Kelsen, sino que deben mantener su valor todos los actos cumplidos durante su vigencia.

Contra este intento kelseniano de racionalización del Estado Constitucional de Derecho, Carl Schmitt<sup>14</sup> intenta plantear las contradicciones que podría encerrar como sistema protector de la constitucionalidad de las normas. Conforme al principio orgánico de distribución del poder, la nota definitoria de la función judicial, según Schmitt, no es otra que la decisión de casos en virtud de leyes, y no la discusión sobre el contenido de las normas. La cuestión presenta singular relieve cuando se trata de la justicia constitucional, tal como fuera configurada por Kelsen, y se establece un modelo diferente de control de constitucionalidad al consagrado en la tradición norteamericana a partir del fallo «Marbury vs. Madison».

Para Schmitt, este problema se agudiza cuando la confrontación que se da entre la ley ordinaria y la Constitución dista de ser evidente. En su opinión, el hecho que, en este supuesto, un tribunal constitucional pueda expedirse libremente sobre la validez o invalidez de las leyes constituye una invasión en la función legislativa que atenta contra el principio orgánico de distribución del poder aun cuando «su decisión se adopte conforme a un procedimiento judicial»<sup>15</sup>. Luego de un breve repaso de las distintas especies y posibilidades de defensa de la Constitución a partir de la visión crítica de la justicia constitucional –aun con las atribuciones conferidas en el texto constitucional austriaco de 1920–, y con un

12 En la Argentina esa es la función del Procurador General ante la Corte Suprema.

13 Así ocurre en España, donde la acción ejercida es un mecanismo especial, regulado por los artículos 81 de la Constitución y 28.2 y 79.3.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por el cual una cierta cantidad de diputados puede impugnar de inconstitucional un proyecto de ley antes que sea sancionado en forma definitiva.

14 Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, segunda edición, 1998, p. 27.

15 Este análisis es volcado desde una postura revisionista de la tesis schmittiana por el catedrático Pedro de Vega García en el prólogo de la edición citada *ut supra*, p. 19.

fuerte compromiso de su parte con su circunstancia histórica concreta<sup>16</sup>, el autor alemán encuentra la solución en la figura del Jefe de Estado como «protector de la Constitución»<sup>17</sup>, tesis con la que discrepamos *in totum*.

### **III. LA DISCUSIÓN SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL**

En nuestro país, como dijimos, el debate sobre la justicia constitucional tuvo matices distintos. No se dirigió tanto a quién debe ser el defensor de la Constitución, sino a cómo se la debe interpretar, aplicar y defender, es decir, a cómo se debe ejercer el control de constitucionalidad.

En sus célebres *Comentarios 18*, Sarmiento se pronuncia en el sentido que la independencia del Poder Judicial es la mejor garantía para la defensa de la supremacía constitucional, poniendo como ejemplo de ello la tradición norteamericana. Señala:

*... el poder judicial es independiente de los otros poderes, y coexistente con ellos. Su oficio es aplicar las leyes, en todos los casos contenidos: la Constitución es la ley suprema, luego la aplicación práctica que de sus disposiciones hagan los otros poderes recae bajo la jurisdicción y el fallo del Supremo poder judicial, en los casos que se reputen agredidos derechos que motiven acción, y pidan amparo.*

*Esta convicción lo lleva a proponer abiertamente la adopción del modelo americano y entablar su célebre polémica con Alberdi, pues, en la óptica sarmientina:*

*... los términos de la Constitución Americana y los de la nuestra coinciden tan perfectamente en establecer la jurisdicción de los tribunales supremos de justicia para la interpretación de la constitución, que podemos sin restricción reproducir las doctrinas recibidas para la una como perfectamente emanadas de la otra.*

*Las citas profusas que Sarmiento hace de los padres del constitucionalismo norteamericano se completan con este auténtico decálogo*

16 Las críticas a la utilización por parte del Tercer Reich de buena parte de las posturas de Schmitt para justificar el régimen nazi son plenamente compartidas, pero no invalidan la solidez de los argumentos volcados en este enriquecedor debate, por cierto, muy actual en estos días en la Argentina, a partir de diferentes conceptos de democracia en puja en el debate político.

17 Reiteramos que esta propuesta final, que no compartimos, no devalúa la tesis central, enmarcada en un sistema pluralista que le atribuye especial importancia al papel “neutral” y presumiblemente democrático de la figura del presidente del Reich. Conf. *ibidem*, p. 245.

18 Sarmiento, Domingo, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina, con numerosos documentos ilustrativos del texto*, Buenos Aires, 1929. Cabe destacar que la primera edición de esta obra fue editada apenas tres meses después de la sanción del texto constitucional por la Convención de Santa Fe en 1853.

*del recurso extraordinario, tomado del Justice Mayor, John Jay, que reproducimos a continuación por su claridad conceptual y extraordinario ejemplo pedagógico:*

¿Puede preguntarse cuál es el preciso sentido y latitud en que las palabras establecer la justicia (o afianzar como quiere nuestra constitución) es aquí usada o entendida? La respuesta a esta pregunta resultará de las provisiones hechas en la constitución con respecto a este párrafo. Ellas están especificadas en la segunda sección del tercer artículo, donde se ordena que el poder judicial de los Estados Unidos se extenderá a diez descripciones de casos, a saber:

1. A todos los casos que ocurran bajo esta constitución.
2. A todos los casos que emanen de las leyes de los Estados Unidos.
3. A todos los casos que nazcan de tratados celebrados bajo su autoridad.
4. A todos los casos que afecten a embajadores o a ministros públicos y cónsules.
5. A todos los casos de almirantazgo y de jurisdicción marítima.
6. A controversias en que los Estados Unidos sean parte.
7. A controversias entre uno o más estados (provincias).
8. A controversias entre estado y ciudadanos de otro estado (provincia).
9. Entre ciudadanos de un mismo estado (provincia) reclamando tierras por concesiones de diferentes estados.
10. A controversias entre un estado (provincia) y los ciudadanos del mismo, y estados extranjeros, ciudadanos o súbditos.

La fortaleza argumental de estas palabras debe haber influido fuertemente en el espíritu del sanjuanino al momento de definir de manera tan tajante el carácter prácticamente vinculante que le atribuye a los pronunciamientos de la Corte Suprema norteamericana<sup>19</sup>. Veamos como ejemplo esta nota al pie de página en los *Comentarios*<sup>20</sup>.

La Suprema Corte instituida por la Constitución Argentina, y nuestros juriconsultos, deben tener siempre por delante la serie de decisiones que durante sesenta años ha ido pronunciando aquel tribunal supremo, sobre los diez puntos contenciosos que constituyen su jurisdicción, que son los mismos, en los mismos términos, con las mismas palabras que señala nuestra Constitución.

Avanza más Sarmiento, y llega a recomendar:

El Congreso, las Legislaturas de Provincia, los ministerios públicos, como es práctica en los Estados Unidos, debieran tener bibliotecas, conteniendo estos

19 Lamentablemente no influyeron del mismo modo en los redactores de la Ley 48 que, en 1863, reglamentó el recurso extraordinario en nuestro país, de un modo mucho más vago y ambiguo que el modelo norteamericano.

20 Sarmiento, Domingo, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, con numerosos documentos ilustrativos del texto, Buenos Aires, 1929, p. 97.

depósitos de ciencia y experiencia, excusándose con la simple consulta de los casos, reclamos y cuestiones impertinentes los unos, dictámenes errados o injustos los otros.

Esta posición marca definitivamente el perfil que se propone para el control de constitucionalidad, como mecanismo de afirmación del principio de supremacía, con la nota singular que este documento adquiere en los albores de nuestra nacionalidad<sup>21</sup>.

Juan Bautista Alberdi<sup>22</sup>, autor tan citado en estos días y tan poco leído por quienes lo citan, por su parte, sostenía que no se podía trasladar automáticamente la experiencia norteamericana a una nación recién constituida, como la nuestra. En su ácida crítica a Sarmiento, lo acusa de mezclar «comentarios» con «ataques»<sup>23</sup> a la aún inmadura Constitución de 1853 en estos términos:

... el señor Sarmiento pone a un lado la vida anterior de la República Argentina; se apodera del texto desnudo y seco de su Constitución reciente; lo sacude, digámoslo así, de sus antecedentes argentinos y emprende su comentario sin más auxilio que el comentario de la Constitución de los Estados Unidos, pudiendo definirse su obra: *La Constitución Argentina comentada por el señor Sarmiento con los comentarios de la Constitución de Norteamérica por José Story*<sup>24</sup>.

*Con este y otros razonamientos, el maestro tucumano resta fuerza vinculante a la jurisprudencia de la corte norteamericana, y propone al intérprete constitucional una ampliación de las fuentes de nuestra constitución material, a fin de asegurar los mandatos de la ley suprema, entre los cuales está el de afianzar la justicia*<sup>25</sup>.

#### IV. LA OPINIÓN DE BIDART CAMPOS Y NUESTROS COMENTARIOS

Con esta muy breve síntesis del debate, creemos estar en condiciones de pasar a analizar los ejes planteados por Bidart Campos en su *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*<sup>26</sup> para volver sobre el final a la actualidad

21 El compromiso de Sarmiento con el proceso constitucional no le impide pararse desde una perspectiva coyuntural, en especial, a partir del posicionamiento de Urquiza posterior a Caseros.

22 Alberdi, Juan Bautista, *Estudio sobre la Constitución Argentina de 1853*, Buenos Aires, 1945. Es imposible la consideración aislada de estas páginas, con fuerte anclaje en las bases y en una parte profética de la República Argentina consolidada en 1880, fragmentos todos de un compromiso patriótico que aun emociona.

23 *Ibidem*, p. 3.

24 *Ibidem*, p.11.

25 La virulencia de la crítica alberdiana debe aceptarse en el marco histórico en que se da el debate, con la pasión desbordante de estos dos ejemplos de nuestra nacionalidad, que debieran resultar paradigmáticos en estos tiempos críticos que vive hoy la República.

26 Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000. Estas ideas ya estaban esbozadas en su *Manual de la*

*en materia de control de constitucionalidad y del papel que le cabe a nuestro máximo tribunal, como cabeza del Poder Judicial, en el ejercicio de aquel.*

#### IV.I. Sobre la supremacía constitucional

Dice el autor:

La doctrina clásica de la supremacía de la Constitución necesita traducirse a un concepto que sea compatible con el derecho internacional. La supremacía significa –ante todo– que la Constitución es la fuente primaria y fundante del orden jurídico estatal. Es la propia Constitución la que desde el vértice del sistema jurídico dispone cuál es la gradación jerárquica del mismo, porque como fuente primaria y fundante bien puede ocurrir que la Constitución reasigne el primer plano para reconocer en dicho nivel al derecho internacional –sea en general, sea el de los derechos humanos– y/o al derecho de la integración supraestatal y su derivado, el derecho comunitario<sup>27</sup>.

Continúa:

La doctrina de la supremacía exige, para su eficacia, la existencia de un sistema garantista que apunte a la defensa de la Constitución y al control amplio de constitucionalidad. De lo contrario, es decir si no pudieramos restaurar la supremacía constitucional violada, el principio sería teórico y carecería de eficacia para hacerse valer<sup>28</sup>.

Completa Bidart Campos:

La teoría de la supremacía fue elaborada y estructurada en un contexto universal en el que los Estados eran concebidos como unidades políticas cerradas y replegadas sobre sí mismas. El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comunitario ha ido induciendo a repensar la teoría de la supremacía constitucional. En virtud de principios generales del derecho internacional, de tratados internacionales sobre derechos humanos, y de la integración estatal en comunidades supraestatales que engendran su propio derecho comunitario, los Estados incorporan a su derecho interno contenidos que derivan de aquellas fuentes heterónomas o externas. Diríamos que esas fuentes no están por encima del Estado, sino en sus costados, en su periferia; afuera del orden jurídico interno; por eso las denominamos fuentes heterónomas o externas. Pero que condicionan y limitan al derecho interno. Lo que se produce es un reacomodamiento de la teoría de la supremacía.

Ahora bien, los modos de adecuar la supremacía constitucional a esta nueva realidad son variables y propios de cada Estado, es decir, tales adecuaciones

*Constitución Reformada de 1996.*

27 Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 399.

28 *Ibidem*, p. 401.

proviene de una decisión interna del Estado, siempre hay una previa prestación de consentimiento estatal expresado mediante procedimientos que, de alguna manera, también dependen de su derecho interno. Lo que no puede omitirse es el siguiente punto de vista personal: teniendo presente que en el derecho internacional hay un principio básico que es el de su prelación sobre el derecho interno, juzgamos incoherente que el Estado que da recepción al derecho internacional en su ordenamiento interno lo coloque por debajo de la Constitución y no por encima –o al menos a su mismo nivel–. Argentina ratificó la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, por ende, se ha obligado a acatar su artículo 27. No es coherente, por eso, que la reforma constitucional de 1994 solo haya reconocido a los tratados un rango supralegal, manteniendo como principio general (con la excepción de los tratados de derechos humanos) el criterio de que los tratados son infraconstitucionales<sup>29</sup>.

El subrayado del párrafo anterior implica una revisión de la teoría clásica de la supremacía constitucional. Esta solamente puede ser entendida, a nuestro modo de ver, por la adopción del monismo de manera contundente que hizo el constituyente en el primer párrafo del inciso 22 del artículo 75. Creemos que existe una gran confusión por parte de los operadores jurídicos en cuanto al alcance dado a la jerarquía constitucional a diversos instrumentos de derechos humanos en el segundo párrafo de la norma citada. Para nuestra perspectiva, el enriquecimiento de fuentes señalado ha ampliado el garantismo y ha permitido consolidar principios propios del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, pero no ha quebrado la noción clásica de la famosa pirámide kelseniana, en especial, el carácter de norma de habilitación que le atribuimos al concepto de Constitución.

#### IV.II. *Sobre el denominado «bloque de constitucionalidad»*

El autor homenajeado introduce en la doctrina nacional un concepto novedoso que fortalece la reformulación ya analizada.

Por bloque de constitucionalidad (BCF) puede entenderse, según cada sistema en cada caso, un conjunto normativo que parte de la constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución escrita. Suele situarse en ese bloque a los tratados internacionales, al derecho consuetudinario, a la jurisprudencia, etc. El bloque de constitucionalidad así integrado sirve para acoplar elementos útiles en la interpretación de la constitución, y en la integración en los vacíos normativos de la misma. Hemos adoptado la terminología emergente de la doctrina y del derecho comparado para abarcar la cúspide de doble fuente (interno o internacional)

29 Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 405-408.

con el nombre de BCF. La reforma ha investido a esa cúspide suprema con una misma común jerarquía o, en otros términos, que la cúspide integrada por normas de fuente interna y de fuente internacional se unifica en una convergencia, que es la jerarquía compartida en un mismo nivel. Lo traduciríamos así: texto documental y codificado de la constitución formal más los instrumentos internacionales consignados en el artículo 75, inciso 22, es igual a cúspide que se identifica con el BCF. En este bloque no hay planos jerárquicos porque, precisamente, compartir un mismo nivel equivale a admitir que la constitución y dichos instrumentos internacionales revisten idéntica jerarquía<sup>30</sup>.

Sigue señalando:

En relación a la parte del inciso 22 que prescribe: “Los tratados de derechos humanos con 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”, sostiene que los artículos de la primera parte de la Constitución y los instrumentos internacionales a los que el inciso 22 adjudica jerarquía constitucional componen un plexo indissociable de derechos y garantías, en el que ninguna norma del primer sector hace inaplicable a una o más del otro sector, y viceversa; la complementariedad del segundo respecto del primero significa que le proporciona completitud y que nunca puede resultar inocuo. En síntesis, ni los artículos de la primera parte de la Constitución derogan o dejan sin efecto a normas internacionales de su mismo rango, ni éstas perturban a aquéllos, porque unos y otras, dentro del sistema de derechos al que como fuente alimentan con igual jerarquía, forman un conjunto coherente, insusceptible de desgajar, o desarticular o dividir con supuestas incompatibilidades, oposiciones o contradicciones<sup>31</sup>.

Traemos en carácter de homenaje esta visión integradora del autor, que subraya el aspecto de las fuentes normativas, pero mantenemos la discrepancia ya señalada en cuanto a la vigencia plena del principio de supremacía.

#### *IV.III. Sobre la relación entre supremacía y control de constitucionalidad*

Otra vuelta de tuerca del autor:

Las fuentes externas al estado como son, en cuanto fuentes internacionales, los tratados, introducen su contenido en el derecho interno, y aun cuando dentro de éste tal contenido se sitúe en un nivel inferior al de la constitución, funciona como un límite heterónomo que es capaz de invalidar por inconstitucionalidad a normas superiores que sean violatorias del tratado. La innovación que esta tesis produce en la teoría de la supremacía de la constitución y en el concepto del poder constituyente es trascendental; la supremacía constitucional ya no da pie

30 Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 412-413.

31 *Ibidem*, p. 417.

para negar inconstitucionalidades que puedan provenir de violación a un tratado internacional por parte de enmiendas que el poder constituyente incorpore a un posterior texto constitucional<sup>32</sup>.

Esto exige también una reformulación del concepto de poder constituyente que excede el marco del presente trabajo, pero que sostiene desde nuestro punto de vista una rémora de una concepción dualista que fue abandonada de forma clara por el constituyente de 1994. Para ello, entendemos que es oportuno un nuevo proceso constituyente reformador.

#### *IV.IV. Sobre los «contenidos pétreos»*

Bidart Campos insiste en su versión final con uno de sus más originales aportes doctrinarios:

La constitución argentina amalgama algunos caracteres del tipo tradicional-historicista, porque plasmó contenidos que ya estaban afincados en la comunidad social que la preexistía, y los legitimó a título de la continuidad y permanencia que acusaban en la estructura social. De todo un repertorio de ideas, principios y realidades que la tradición histórica prolongaba –por lo menos de 1810–, nuestra constitución consolidó implícitamente determinados contenidos a los que atribuimos carácter pétreo. Decir que hay contenidos pétreos significa afirmar que mientras se mantenga la fisonomía de nuestra comunidad y mientras la estructura social subyacente siga siendo fundamentalmente la misma, dichos contenidos no podrán ser válidamente alterados o abolidos por ninguna reforma constitucional. Podrán acaso ser objeto de modificación y reforma, pero no de destrucción o supresión. Entre los contenidos pétreos citamos: *a*) la democracia como forma de estado, basada en el respeto y reconocimiento de la dignidad del hombre, de su libertad y de sus derechos; *b*) el federalismo como forma de estado; *c*) la forma republicana de gobierno; *d*) la confesionalidad del estado<sup>33</sup>.

Y subraya:

El artículo 30 dice que la Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. Una mera interpretación gramatical nos llevaría a decir que toda la Constitución y todas sus normas son susceptibles de reforma. Pero no es así. Que la Constitución se puede reformar en el todo o en cualquiera de sus partes significa que cuantitativamente se la puede revisar en forma integral y total. Pero cualitativamente no, porque hay algunos contenidos o partes que, si bien pueden reformarse, no pueden alterarse, suprimirse o destruirse. Precisamente son los contenidos pétreos. Los contenidos pétreos no impiden su reforma, sino

32 Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 420-421.

33 Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 322-323.

su abolición. Este endurecimiento que petrifica a los mencionados contenidos subsistirá mientras la estructura social de la cual derivan conserve su misma fisonomía; en cuanto la estructura social donde se soporta un contenido pétreo cambie fundamentalmente, el respectivo contenido pétreo dejara de serlo. Por supuesto que nuestra interpretación reconoce que los contenidos pétreos no están explícita ni expresamente definidos como tales en la Constitución. Los valoramos como tales y los descubrimos implícitos, en cuanto admitimos parcialmente una tipología tradicional-historicista de la Constitución argentina. Al recoger del medio geográfico, cultural, religioso, etc., ciertas pautas históricamente legitimadas durante el proceso genético de nuestra organización, el constituyente petrificó en la constitución formal los contenidos ex-puestos, tal como la estructura social subyacente les daba cabida<sup>34</sup>.

He aquí nuestra mayor discrepancia con el maestro. Con respetuosa sinceridad, no compartimos el concepto de «contenidos pétreos» en sí mismos, y menos aún el intento de incluir en ese catálogo la confesionalidad del Estado. Entendemos que en este punto hay algo de un acervo ideológico con el que discrepamos. Seguramente parte esta diferencia de una postura distinta en relación con el ejercicio del poder constituyente. Adherimos sí a la noción procedural del ejercicio del poder constituyente derivado o reformador como regla procesal incluida en el artículo 30 de la Constitución nacional, pero no con el contenido formal que se pretende atribuirle. Es oportuno recordar el balance que hace Jorge Vanossi en su *Teoría Constitucional*<sup>35</sup>.

*La existencia en las constituciones de cláusulas pétreas o irreformables es –con el tiempo– una invitación y una incitación a practicar la gimnasia de la revolución, para poder obtener así la modificación ansiada de los contenidos prohibidos. De donde resulta que en el plano de la dinámica constitucional, tanto la excesiva rigidez (cuando los mecanismos de reforma son excesivamente complicados) como la pretendida eternidad de ciertas cláusulas, vienen a servir el extremo opuesto de su original finalidad: no evitan los cambios, sino que favorecen la consumación de esos cambios por vías revolucionarias, es decir, al margen o en oposición al estilo evolucionista que caracteriza al pensamiento del constitucionalismo.*

## V. UN INTENTO DE RESPUESTA ACTUAL A UNA VIEJA CUESTIÓN

Con estos planteos del último Bidart Campos, reflejados en la edición revisada de su obra, volvemos a proponer, ahora con más convicción que antes, la conveniencia de un Tribunal Constitucional en nuestro país, reforma constitucional mediante. Es de destacar que, de todos los países latinoamericanos, solamente

34 *Ibidem*, pp. 485-486.

35 Vanossi, Jorge, *Teoría Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975/76- 2 tomos.

Argentina mantiene el control difuso de constitucionalidad, siguiendo el modelo norteamericano, mientras que el resto lo ha combinado con el concentrado y en muchos casos lo han colocado en cabeza de un órgano situado fuera de la estructura del Poder Judicial. En algunos casos, lo colocan en cabeza de una Corte Suprema de Justicia (Brasil, México y Venezuela); en otros, en manos de un Tribunal Constitucional que integra el Poder Judicial (como en Bolivia, Ecuador, Colombia, Guatemala) o que se halla fuera de él (como en Perú y Chile). Solo algunos países adoptaron el control concentrado en manos de un solo órgano: Uruguay, Paraguay, Panamá, Costa Rica y Honduras.

Frente a ese panorama, no es casual que sea en Argentina donde el Poder Judicial y la integración de su máximo órgano, la Corte Suprema, esté en estos días en el centro del debate político. ¿No será que ese enorme poder de inaplicar las leyes (el «legislador negativo» –aunque sea para el caso concreto– de Kelsen) es el que genera dudas sobre su legitimidad? No olvidemos la vieja máxima según la cual «el poder corrompe, y el poder absoluto corrompe absolutamente». Entonces, nos preguntamos: ¿no sería una buena solución mitigar esa facultad del Poder Judicial eliminando de su competencia las cuestiones que rozan lo político? ¿No sería mejor entregárselo a otro órgano del cual la ciudadanía esperase solamente decisiones políticas? ¿No sería mejor que el Poder Judicial fallara en asuntos pura y exclusivamente jurídicos? Para su institucionalización, mantene- mos la propuesta formulada hace más de veinte años:

a) Como ya se anticipó, reconocemos que el límite entre lo político y lo jurídico, en cualquier caso o controversia que se presente ante los tribunales, es casi imposible de definir. Por ello creemos que el criterio a seguir es dividir las aguas del siguiente modo: la aplicación de las leyes debe estar en cabeza del Poder Judicial, pero la aplicación de la Constitución debe estar en manos del órgano que ejerce el control de constitucionalidad. En otras palabras: mientras no exista cuestión constitucional, las causas deben tramitar ante el Poder Judicial, pero en cuanto se suscite un planteo de inconstitucionalidad de una norma inferior, la causa debe pasar a manos del órgano constitucional, que debe ser el único competente para resolver las cuestiones de constitucionalidad. En los casos en que la decisión sobre la constitucionalidad de la norma es la sustancia de la cuestión planteada, el órgano constitucional va a dictar la sentencia definitiva (como ocurre generalmente en los amparos y en las acciones declarativas de certeza), pero en los casos en que la decisión sobre la constitucionalidad de la norma es incidental dentro del proceso, el órgano constitucional debe resolverla y luego devolver la causa al Poder Judicial para que continúe con su trámite.

b) De lo que llevamos dicho se deduce claramente que ese órgano constitucional debe estar por fuera de la estructura del Poder Judicial. Ello por cuanto la idea fuerza de lo que proponemos es dividir lo político de lo jurídico, no en

sustancia (porque ello sería, por definición, imposible), sino en cuanto al órgano competente. Esta idea se apoya, también, en nuestra postura a favor de una profundización del parlamentarismo como sistema de gobierno<sup>36</sup>, planteo también pendiente de otra reforma constitucional.

c) En cuanto a la integración de ese órgano constitucional, creemos que debe combinar juristas y hombres de Estado<sup>37</sup>, para que –aplicando la teoría trilista del maestro Goldschmidt que tan bien interpretó Bidart Campos en clave constitucional– sus miembros sepan interpretar la dimensión normológica del derecho, pero también la sociológica y la dikelógica. Es decir, nuestra propuesta de Tribunal Constitucional se conformaría de este modo: los expresidentes de la Nación, tres miembros elegidos por la Cámara de Senadores (por lo menos uno electo por la minoría), tres miembros elegidos por la Cámara de Diputados (con la misma previsión que en el caso del Senado) y tres elegidos por el Poder Judicial. La eliminación, con respecto al modelo francés, de los tres miembros designados por el presidente responde a que ello es propio de un sistema semi-presidencialista como el francés; pero, extrapolado a uno presidencialista como el nuestro, acentuaría los vicios que tratamos de eliminar con esta propuesta, es decir, la excesiva permeabilidad de nuestra Corte a las políticas del gobierno.

Creemos que el camino planteado puede ser transitado por una eventual reforma constitucional. Conviene revisar los puntos enumerados por Sarmiento como objeto de recurso extraordinario y en ese marco creemos que en el nuevo escenario, los tres últimos supuestos (controversia entre las provincias y ciudadanos de otra, entre ciudadanos de la misma provincia y entre una provincia y ciudadanos de la misma) pueden seguir en la órbita de competencias de la actual Corte Suprema de la Nación, no así los primeros siete casos, que serían recurribles por ante el nuevo órgano a crearse, en atención al marcado carácter político que ostentan.

Con la solución que proponemos, de separar la justicia constitucional de la ordinaria, al existir un órgano consagrado *in totum* a la solución de cuestiones

36 Para ampliar, ver nuestras ponencias en coautoría con Ariela Schnitmann: “La contrarreforma constitucional”, X Congreso Nacional de Ciencia Política organizado por la Sociedad Argentina de Análisis Político (SAAP) y la Universidad Católica de Córdoba, 27 al 30 de julio de 2011, y “Salvataje a la reforma de 1994”, X Congreso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, Universidad Nacional de Rosario, 3 al 6 de setiembre de 2012.

37 El profesor Ricardo Haro sostiene que en toda corte o tribunal constitucional debe haber juristas que además tengan visión de estadistas. Con más razón debe cumplirse ese postulado en un órgano que está – como proponemos– fuera de la estructura del Poder Judicial (conf. Haro, Ricardo, “El Control de Constitucionalidad y el Rol Paradigmático de las Cortes y Tribunales Constitucionales”, en Derecho Constitucional y Administrativo II, dirigido por Carello, Luis, Córdoba, Juris, 2000, p. 17).

constitucionales, desaparece el riesgo de la politización de la justicia, que es el que siempre motivó las decisiones que jalonaron la teoría de las cuestiones políticas y la doctrina de la emergencia, para tomar solo dos ejemplos. Mientras los temas constitucionales deban ser resueltos por el Poder Judicial ordinario, las cuestiones no justiciables van a seguir existiendo. Por ello consideramos que nuestra propuesta eliminaría uno de los bloqueos que el maestro Bidart Campos detectó en la vigencia plena de la Constitución. Pretendemos así, una vez más, racionalizar la siempre difícil relación entre lo político y lo jurídico<sup>38</sup>, cumplido ya el término de la validez sociológica de una reforma constitucional: que sea cumplida y respetada por –al menos– una generación.

Han pasado ya treinta años: es conveniente repensar algunos temas para una nueva reforma<sup>39</sup>. Celebro muy especialmente que la Asociación de Docentes de nuestra querida facultad tome como eje de esta edición una mirada colectiva del último ejercicio del poder constituyente reformador. Creo que vale la pena plantear temas nuevos al debate. Es nuestro mejor homenaje al pensamiento innovador de nuestro querido y respetado profesor.

38 La obra de Alberto Antonio Spota: “Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente” (Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, *passim*) es quizás el mejor esbozo teórico para delimitar estos campos, y es otro de los paradigmas que hemos seguido en el presente trabajo.

39 Spota se refiere a la necesidad de cumplimiento por parte de al menos una generación, es decir, treinta años aproximadamente, para que un proceso constituyente reformador sea considerado válido. Cfr. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972.

## DERECHO CONSTITUCIONAL DEL ENEMIGO

LEANDRO ABEL MARTÍNEZ\*

*Tomalo con calma, esto es dialéctica pura.  
¡Te volverá a pasar tantas veces en la vida!*

Del tango Chau, no va más.

Música: Virgilio Expósito-Letra: Homero Expósito

Intérprete: Roberto Goyeneche

Sócrates, Jesús de Nazaret, Jacques de Molay, Juana de Arco y Galileo Galilei, entre otras tantas figuras históricas, fueron sometidas a procesos y castigadas por expresar o representar ideas disruptivas e incómodas para la época. En algunos casos, la pena fue la muerte y, en otros, la pérdida de la libertad. Los medios para la imposición de la condena eran diversos: el envenenamiento, la crucifixión, la hoguera y la prisión perpetua. En cualquier tiempo y lugar, nadar contra la corriente supuso asumir riesgos. Aún lo sigue siendo. Tomemos uno de los personajes para graficar las vicisitudes de los procesos de enjuiciamiento y de castigo anticipado.

En la Edad Media, el venerable gran maestre de la Orden del Temple, Jacques de Molay, fue acusado del cargo de herejía, por lo que se ordenó su arresto y encarcelamiento en una mazmorra. El juicio y la averiguación de la verdad estaban a cargo del Santo Oficio de la Inquisición. Mediante la utilización de la tortura, se obtenía la confesión de los herejes. El historiador John J. Robinson cuenta que la persecución era promovida por el soberano de Francia, Felipe el Hermoso, bajo los auspicios del papa Clemente V, para apropiarse de las riquezas de los caballeros templarios<sup>1</sup>.

El cruzado, de avanzada edad, no quiso ser torturado y confesó. Luego, los victimarios orquestaron una confesión pública. El 14 de marzo de 1314, en una tribuna frente a la catedral de Notre-Dame, Jacques de Molay hizo uso de la

\* Abogado (UBA), especialista en Derecho Constitucional (UBA), magíster en Derechos Fundamentales (Universidad de Granada), profesor adjunto de Derecho Constitucional, subdirector de la Escuela de Posgrado Facultad de Derecho (UBA). Contacto: lamartinez@derecho.uba.ar. Las ideas que se exponen fueron materializadas bajo el amparo y la compañía incondicional de Benito, mi perro salchicha (Dachshund) y mejor amigo.

1 Robinson, John, *Nacidos en la sangre. Los secretos perdidos de la francmasonería*, Barcelona, Ediciones Obelisco, 2012, pp. 164-182.

palabra y, para sorpresa de sus captores, negó las infamias. La retractación de la confesión era castigada con la hoguera.

En la novela *El nombre de la rosa* (Umberto Eco, 1980) ocurren una serie de muertes misteriosas en una abadía benedictina en Italia. La investigación es encomendada a la Inquisición. Durante el proceso, el fray franciscano Guillermo de Baskerville (interpretado por Sean Connery en la adaptación cinematográfica), ante la presencia del inquisidor Bernardo Guy (encarnado por F. Murray Abraham) y del acusado de los delitos, explica: «El inquisidor no está sometido a la jurisdicción regular (...), y no está obligado a respetar las normas del derecho común. Goza de un privilegio especial, y ni siquiera debe escuchar a los abogados»<sup>2</sup>. La escena da cuenta de la ausencia de garantías en el proceso de juzgamiento de supuestos crímenes. Todavía no habían nacido el derecho constitucional y el derecho penal liberal.

De la mano del Estado constitucional, rigen un catálogo de garantías que reglan y, entonces, limitan el poder persecutorio de las autoridades estatales en pos de tutelar la libertad individual. Sin embargo, en la Edad Contemporánea las herejías, la caza de brujas y los inquisidores adquirieron nuevas y sofisticadas formas. En la actualidad, la intolerancia subsiste y se verifica en temas de alta sensibilidad moral. Colectivos de personas y organizaciones de la sociedad civil reclaman la corrección y el disciplinamiento de los inmorales. En ese contexto y, repito, en cuestiones que movilizan las emociones e indignan, el afán de hacer justicia prevalece y flexibiliza las reglas del Derecho.

Los villanos del momento son considerados amenazas para la vida comunitaria. Probablemente resulten ser pecadores imperdonables, pero merecedores de las garantías del debido proceso. Ello, en tanto y en cuanto, prediquemos el imperio y la autoridad del Estado constitucional, sin excepciones, pues justamente se trata de eso.

Naturalmente, el poderío punitivo también se manifiesta a través del poder judicial. El profesor Daniel Pastor enseña que el derecho penal del enemigo: «... es una fórmula que sintetiza el sometimiento de ciertas personas al poder de castigar del estado sin respeto de sus derechos fundamentales y sus garantías constitucionales. Es una historia muy antigua. Las lecciones del pasado enseñan el permanente recurso de utilizar el sistema punitivo como un arma poderosa para destruir a los rivales políticos»<sup>3</sup>. Afirma que cuando cambian los gobiernos y en el tratamiento de algunos delitos como, por ejemplo, los denominados de corrupción, el poder judicial: «... actúa al margen de la constitución y de la ley

2 Eco, Umberto, *El nombre de la rosa*, Buenos Aires, círculo de Lectores, 1987, p. 380. La película homónima fue dirigida por Jean-Jaques Annaud (1986).

3 Pastor, Daniel, *Mudar de enemigo en enemigo sin destruir el derecho penal del enemigo*, Miami, Interamerican Institute of Democracy, 2019, p.43.

aplicando ese régimen penal excepcional amparado en la gravedad de los hechos enjuiciados y en la impopularidad de sus autores, verdaderos o supuestos»<sup>4</sup>. Concluye: «Cambió el enemigo, pero no cambió el derecho penal del enemigo»<sup>5</sup>.

En la misma línea, los profesores Antonio Eduardo Ramírez Santoro y Natalia Lucero Frías Tavares, en una obra que analiza la Operación Lava Jato, sostienen: «Esta personalización de la justicia penal, que cambia el paradigma del delito como centro del sistema para el criminal, antagonizando con el juez, crea el ambiente para la selectividad política o ideológica del imputado, ya que en el subsistema penal excepcional la intervención punitiva es legítima para lograr los objetivos políticos»<sup>6</sup>. Los problemas transnacionales americanos son comunes.

Ahora bien, los enemigos no son patrimonio y monopolio del derecho penal. En ocasiones, el derecho constitucional se transforma en un instrumento para lidiar con conductas tipificadas en el *malleus maleficarum*. Las mayorías expresadas en el Congreso de la Nación han hecho uso o abuso de las atribuciones que les confiere la Constitución nacional. En Latinoamérica el instituto del «juicio político» suministra suficiente material para estudiar el derecho constitucional del enemigo. A continuación, relato algunas historias institucionales en donde se ven involucradas personas a las que no ofrecería mi amistad.

Resultan paradigmáticos los casos de Antonio Domingo Bussi y Luis Abelardo Patti. En el punto que expondré, sus historias están emparentadas. Emulando a Plutarco: *Vidas paralelas* de los malvados. Ambos desempeñaron funciones en la dictadura militar que gobernó la Argentina entre 1976 y 1983. Durante ese período, Bussi sirvió al ejército y Patti, a la policía.

Con la recuperación de la democracia, fueron elegidos para ocupar diversos cargos locales y nacionales. Bussi y Patti resultaron electos diputados nacionales por las provincias de Tucumán (1999) y de Buenos Aires (2005), respectivamente. Ninguno pudo prestar juramento y acceder a su banca.

La Cámara de Diputados de la Nación rechazó sus incorporaciones acusándolos de «inhabilidad moral». La razón: la participación reconocida y probada en el terrorismo de Estado. El fundamento constitucional: los artículos 64 y 66 de la Constitución nacional. El artículo 64 establece: «Cada Cámara es juez de las elecciones, derechos y títulos de sus miembros en cuanto a su validez». El artículo 66 dispone: «Cada Cámara (...) podrá con dos tercios de votos, corregir a cualquiera de sus miembros por desorden de conducta en el ejercicio de sus

4 Pastor, Daniel, *ob. cit.*, p. 48.

5 Pastor, Daniel, *ob. cit.*, p. 48.

6 Ramires Santoro, Antonio Eduardo et al., *Maxiprocessos como instrumentos de lawfare político: estudos sobre a instigação e a colaboração premiada na Operação Lava Jato*, Rio de Janeiro, Pembroke Collins, 2021, p. 21. También puede verse: Ramires Santoro, Antonio Eduardo y Frias Tavares, Natalia Lucero, *Lawfare Brasileiro*, Belo Horizonte, Editora D'Placido, 2019.

funciones, o removerlo por inhabilidad física o moral sobreviniente a su incorporación ...». La transcripción de las normas me ahorra cualquier explicación.

Aquí, es necesario aclarar que Bussi y Patti terminaron siendo condenados por crímenes de lesa humanidad, pero al momento de los comicios y de la toma del juramento no pesaba sobre ellos ninguna condena penal. También cabe decir que el régimen electoral prevé mecanismos de impugnación previos a la celebración de los comicios, pero las candidaturas fueron debidamente oficializadas. Así las cosas, los requisitos exigidos por la Constitución nacional se encontraban satisfechos.

A raíz de las presentaciones judiciales de Bussi y de Patti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de analizar el alcance de las atribuciones del Congreso de la Nación para impedir que un diputado electo acceda al cargo. En los precedentes «Bussi»<sup>7</sup> y «Patti»<sup>8</sup>, el tribunal afirmó que se trataba de una cuestión judicial y que la Cámara de Diputados la Nación no posee la facultad de valorar la idoneidad de los diputados electos, dado que es el pueblo el que lo hace al elegir a sus representantes. En suma, en la visión del tribunal, la democracia no admite guardianes correctores de la voluntad popular.

En el considerando décimo de la sentencia recaída en «Bussi», la mayoría reflexionó acerca de los peligros que entrañan ciertas decisiones mayoritarias:

Que no aplicar estas garantías y sostener que existe un poder para rechazar el título de toda persona que viola la ética republicana puede tener consecuencias gravísimas para el mismo sistema que se dice proteger. Los que hoy se consideran satisfechos porque comparten el criterio de la mayoría, pueden ser afectados por esas decisiones cuando cambien las proporciones. La historia enseña que las mayorías pueden tener momentos en que se aparten del buen juicio y del equilibrio, y en tales casos una persona puede ser excluida porque su comportamiento es contrario a la ética republicana. Una idea confusa en manos de una mayoría podría dar lugar a que una persona sea rechazada porque es anarquista, otra porque es socialista, otra porque se opone a un gobierno dictatorial, otra por motivos religiosos o de género. Los riesgos futuros son demasiados y la sabiduría aconseja la abstención.

Algo de razón tenía el tribunal. La historia se repite. En 2017, durante la presidencia de Mauricio Macri (2015-2019), la nueva mayoría oficialista de la Cámara de Diputados de la Nación intentó expulsar al diputado opositor Julio

7 *Fallos*: 330:3160, sentencia del 13 de julio de 2007. Mayoría conformada por el voto de los jueces Lorenzetti, Fayt, Argibay y Zaffaroni (voto concurrente). En disidencia votaron Highton de Nolasco, Petracchi y Maqueda.

8 *Fallos*: 331:549, sentencia del 8 de abril de 2008. Los jueces votaron igual que en «Bussi» y remitieron a sus fundamentos debido a la analogía.

de Vido por «indignidad moral», debido a numerosas denuncias por hechos de corrupción. Los votos no fueron suficientes para removerlo.

El diputado había sido ministro de los gobiernos de Néstor Kirchner (2003-2007) y Cristina Fernández (2007-2015). En 2015, de Vido fue electo diputado y asumió su banca. Luego de tres períodos presidenciales, el poder había cambiado de manos. Finalmente, en virtud de un requerimiento judicial, de Vido perdió su banca por el procedimiento de desafuero.

Entre el cielo y el infierno. En la novela *El club Dumas* (Arturo Pérez-Reverte, 1993), el investigador de libros extraños Corso (interpretado por Johnny Deep en la adaptación cinematográfica) se topa con las actas del proceso y muerte de Aristide Torchia, impresor del libro *Las nueve puertas del reino de las sombras* (Venecia 1666) que ocasionó su condena. Un testigo cuenta el episodio: «Subió al cadalso sin aceptar reconciliarse con Dios y guardaba silencio obstinado. Cuando prendieron fuego el humo empezó a sofocarlo. Desorbitó los ojos con grito terrible, encomendándose al Padre. Muchos presentes santiguábanse porque pedía clemencia a Dios en la muerte. Otros dicen que gritó al suelo, o sea a las entrañas de la tierra»<sup>9</sup>. Para algunos, encomendarse a Dios o a Lucifer puede que sea la única opción.

En fin, la exposición intenta poner en evidencia cómo una mayoría coyuntural puede utilizar y manipular el derecho constitucional para imponer un juicio moral respecto de personajes presuntamente inmorales. No se encuentra en juego la simpatía o el rechazo hacia nadie. Simplemente, se trata de la aplicación sin distinciones de reglas sustantivas que hacen a la esencia de la democracia y del Estado constitucional.

9 Pérez-Reverte, Arturo, *El club Dumas*, Suma de letras, 2000, p. 102. La película se tituló *La novena puerta* y fue dirigida por Roman Polanski (1999).



**A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA  
CONSTITUCIONAL DE 1994: EL EXCESO  
EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD  
REGLAMENTARIA DEL ÓRGANO  
EJECUTIVO NACIONAL Y SU INJERENCIA  
EN EL SISTEMA DE CONTROL INTERNO  
DE LAS UNIVERSIDADES NACIONALES**

MARÍA LAURA PENNELL<sup>\*</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN**

Este ensayo se propone analizar el contenido del Decreto 72/2018 y su impacto en el sistema de control interno de las universidades nacionales con la finalidad de identificar el posible exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo y la consecuente violación al principio de autonomía universitaria reconocido en el artículo 75 inciso 19 de nuestra Constitución nacional (CN), a partir de su reforma en 1994.

La cuestión reviste importancia debido a las tensiones existentes entre el órgano ejecutivo y las universidades nacionales, lo que vislumbra los intereses de diferentes sectores sociales sobre estas instituciones y las configura como terrenos en constante disputa. Asimismo, si bien se anticipa que la norma careció de observancia y reconocimiento por parte de estas instituciones, y fue manifestado mediante las declaraciones del Consejo Interuniversitario Nacional y las normas internas de diferentes universidades, esta se encuentra vigente e integra el ordenamiento jurídico de nuestro país, lo que genera la posibilidad de su eventual aplicación.

En cuanto a la metodología empleada, en primer lugar, se delimitó el marco teórico y normativo aplicable a la *potestad reglamentaria del órgano ejecutivo*

\* Abogada recibida en la Universidad Nacional de La Matanza, docente en la materia Derecho Público y Legislación Aduanera del Departamento de Ciencias Económicas de la UNLaM, investigadora en Formación Inicial UNLaM, alumna de la Especialización en Derecho Administrativo de la UNLaM. Contacto: mlpennella@unlam.edu.ar.

*nacional*; en segundo lugar, se identificó y definió el concepto de *autonomía universitaria* en el ordenamiento jurídico argentino; en tercer lugar, se analizó el contenido del Decreto 72/2018 y su impacto en el sistema de control interno de las universidades nacionales; en cuarto lugar, se analizaron los resultados y, finalmente, se expusieron las conclusiones.

En ese sentido, se concluyó que la modificación introducida por el Decreto 72/2018 al Decreto 1344/2007 reglamentario de la Ley 24156 que dispone como atribución del Síndico General de la Nación la designación de los auditores internos de las universidades nacionales implicó un ejercicio excesivo por parte del órgano ejecutivo de su potestad reglamentaria contemplada en el artículo 99 inciso 2 de la Constitución nacional y una violación al principio de autonomía universitaria incorporado al artículo 75 inciso 19 de la misma norma en la reforma constitucional de 1994.

## **II. LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL ÓRGANO EJECUTIVO**

En nuestro sistema constitucional se efectúa, en palabras de Balbín, un «deslinde de las competencias regulatorias entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo»<sup>1</sup>, que surge de la interpretación conjunta de los artículos 14, 26 y 99 inciso 2 de nuestra Constitución nacional. Esto se debe a que, según se dispone en el artículo 14 de la CN, las cuestiones sustanciales que implican la reglamentación de los derechos y garantías reconocidos por nuestra Constitución únicamente pueden ser reguladas a través de una ley. Esta circunstancia, denominada *principio de legalidad*, se condice con lo dispuesto por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que desde la reforma constitucional de 1994 posee jerarquía constitucional en los términos establecidos por el artículo 75, inciso 22, párrafo 2, CN. Ambos textos, el artículo 14 (CN) y el artículo 30 (CADH) emplean el término *ley*, que habrá de entenderse como ley en sentido material y formal, es decir, en los términos de la Opinión Consultiva 6/86 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>2</sup>.

El principio de legalidad en la mayoría de los sistemas constitucionales se complementa con el *principio de reserva de ley*. Según este principio, los derechos fundamentales solo pueden restringirse por medio de una ley, ya que es

1 Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 5<sup>a</sup> edición, 2021, p. 99.

2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos definió la ley como aquella “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” en la opinión consultiva del 9 de mayo de 1986, N° OC-6/86, párr. 38, “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

la expresión legítima de la voluntad del pueblo en una democracia indirecta, en concordancia con lo dispuesto por los artículos 1 y 22 (CN).

Sin embargo, de la lectura del inciso 2 del artículo 99 (CN), surge que es facultad del presidente expedir los reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes sin alterar su espíritu. De esta manera, se observa que el texto constitucional prevé una segunda fuente de reglamentación que se coloca en cabeza del Poder Ejecutivo y ha sido denominada como *poder regulatorio reglamentario*<sup>3</sup> o reglamentación de segundo grado<sup>4</sup>. Esta reglamentación abarca únicamente los detalles o pormenores de la materia regulada por el Congreso, es decir, un ámbito secundario o periférico vinculado a la aplicación de la ley.

En consecuencia, se identifican dos poderes regulatorios, uno central, a cargo del órgano legislativo, y otro reglamentario o periférico a cargo, en principio, del órgano ejecutivo<sup>5</sup>. La intervención del Poder Ejecutivo en el último tipo de reglamentación es eventual, ya que el legislador puede, en virtud de la preferencia a la ley, agotar tanto el núcleo como la periferia<sup>6</sup>.

De esta manera, puede definirse la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo como la facultad del presidente de disponer los pormenores o detalles indispensables a fin de aplicar las leyes con sujeción a lo dispuesto por estas<sup>7</sup>. Esta potestad la ejerce por medio del dictado de *reglamentos de ejecución* o *decretos reglamentarios* y se encuentra limitada por el propio texto constitucional, ya que se indica que no debe alterar el espíritu de la ley que se reglamenta con «excepciones reglamentarias».

## II.I. Límites a la potestad reglamentaria

Como se indicó en el apartado anterior, el propio artículo 99 inciso 2 (CN) indica los límites a la potestad reglamentaria del presidente, al establecer que su ejercicio no podrá desvirtuar el principio de la ley con excepciones reglamentarias.

3 Balbín, Carlos, *Manual de Derecho Administrativo*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 5.<sup>a</sup> edición, 2021, p. 91.

4 Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 5.<sup>a</sup> edición, 2018, Tomo I, p. 120.

5 Balbín, Carlos, *ob. cit.*, p. 93.

6 En tal sentido, se ha indicado: “Corresponde distinguir la reserva de ley de la preferencia de ley, dado que mientras en el primer caso la determinación la efectúa la propia Constitución, en el segundo es la propia ley del Congreso la que determina que ciertas regulaciones deben ser efectuadas por ley formal-material y no por reglamento”. Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, BdeF, 2.<sup>a</sup> edición, 2016, p. 155.

7 En concordancia, se ha señalado: “El poder reglamentario se refiere a la facultad, en cabeza del Presidente, de dictar normas para la mejor ejecución de las leyes”. Alonso Regueira, Enrique Manuel, *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 1.<sup>a</sup> edición, 2013, p. 544.

Esta disposición se emparenta con el límite establecido al legislador en el artículo 28 (CN), cuando dispone que el Congreso no debe alterar los derechos al reglamentarlos. Así como el Poder Legislativo no debe alterar el derecho que reglamenta por medio de una ley, el Poder Ejecutivo no debe desvirtuar la finalidad de tal norma por medio de supresiones o agregados<sup>8</sup>.

En concordancia, se la ha definido como una «actividad secundaria respecto de la actividad primaria que es la ley, preexistente», ya que el objetivo del Ejecutivo a través del dictado de estos reglamentos es «asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador»<sup>9</sup>. En ese sentido, las normas emanadas del órgano ejecutivo deben respetar la norma atributiva de competencia, sea esta una ley o la Constitución nacional, así como todo el ordenamiento jurídico, a fin de adecuarse al principio de legalidad o juridicidad<sup>10</sup>.

Para concluir, cabe precisar que la facultad reglamentaria del Poder Legislativo y del Poder Ejecutivo no es ilimitada, sino que la reglamentación de los derechos que realicen ambos órganos del poder estatal, como afirma Gelli<sup>11</sup>, se encuentra sujeta a un doble control de constitucionalidad: debe cumplir el debido proceso adjetivo y el debido proceso sustantivo. El primer control se refiere a la reglamentación por medio del órgano y a través del procedimiento previsto por la Constitución nacional, mientras que el segundo se refiere a la razonabilidad del contenido material de la reglamentación.

## II.II. *Control de razonabilidad*

Sobre el producto del ejercicio de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo, los reglamentos de ejecución, es posible que se efectúe un *control de razonabilidad*, cuyo fundamento normativo se encuentra en el artículo 28 de la CN.

En nuestro sistema, es el Poder Judicial el que, en ejercicio de la facultad establecida por el artículo 116 (CN), realiza el *control de razonabilidad* sobre los casos que se someten a su consideración. Esto se deriva del principio de división de poderes que apareja la existencia de controles entre todos los órganos de

8 Bajo dicha premisa, se ha indicado: “En definitiva, el decreto reglamentario será válido, en tanto reglamente los derechos y garantías regulados por la ley formal en términos del art. 30 CADH, ya que en la medida que excede o contradiga su texto, sentido, fundamento o espíritu será reputado inconstitucional”. Alonso Regueira, Enrique Manuel, *ob. cit.*, p. 546.

9 Cassagne, Juan Carlos, *ob. cit.* p. 202.

10 Alonso Regueira, Enrique Manuel, *El control de convencionalidad de la actividad administrativa*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Lajouane, 1<sup>a</sup> edición, 2017, p. 24.

11 Gelli, María Angélica, *ob. cit.*, p. 126.

poder, en el marco de los límites para el ejercicio de las atribuciones que le fueron conferidas a cada uno por la Constitución nacional<sup>12</sup>.

En particular, en lo que refiere a la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo, este debe emitir los reglamentos en el marco de las facultades que la Constitución nacional le confiere, ya que en caso de existir una extralimitación «el Poder Judicial tiene el deber, impuesto por el artículo 116 de la Constitución Nacional de restablecer dicha juridicidad mediante el control del actuar administrativo, a fin de garantizar los derechos de las personas que hayan acudido a él mediante el ejercicio de su derecho de acción»<sup>13</sup>.

### **III. EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA**

La autonomía de las universidades es un concepto dinámico que fue objeto de sucesivas interpretaciones. Estas instituciones no resultan ajenas a las modificaciones experimentadas por el contexto en el que se desenvuelven, sino que mutan a fin de dar respuesta a las sucesivas y diversas demandas originadas tanto en su comunidad académica, como en la sociedad de la que son parte<sup>14</sup>.

Debido a ello, la *autonomía universitaria* fue definida desde diferentes aristas con el propósito de delimitar sus características centrales y, a partir de estas, construir un concepto que la distinga<sup>15</sup>. Sin embargo, existe consenso en definirla como un producto de Latinoamérica, resultado de procesos económicos, históricos y culturales que atravesaron la dinámica de estos países<sup>16</sup>.

12 En ese sentido, Gelli señala: “Si lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario, es decir contrario a lo carente de sustento -o que deriva solo de la voluntad de quien produce el acto, aunque esa voluntad sea colectiva-, una ley, reglamento o sentencia son razonables cuando están motivados en los hechos y circunstancias que los impulsaron y fundados en el derecho vigente”. Gelli, María Angélica, *ob. cit.*, p. 555.

13 Alonso Regueira, Enrique Manuel, *El control de convencionalidad...*, p. 15.

14 Marsiske Schulte, Renate: “Historia de la autonomía universitaria en América Latina”, *Perfiles educativos*, 2004, XXVI, 106, Distrito Federal, Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación, pp. 160-167.

15 Clérigo, Laura, Scioscioli, Sebastián, Cardinaux, Nancy: “Alcance de la autonomía universitaria: entre la moderación y la intervención judicial. Hacia una periodización de la jurisprudencia de la Corte”, *Jurisprudencia argentina*, 2009, I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25/3/2009, pp. 1146-1175.

16 Por tal motivo, se la concibe como un proceso o fenómeno cultural en el que “El modelo originario con proyecciones mundiales se incorpora sufriendo adaptaciones, ajustes y movimientos propios en nuestro continente, forma parte de la sociedad y cultura, desarrollando una historia propia con modalidades y capacidades particulares (...) unifica al Estado y a la universidad, compartiendo un fin superior: la educación de la sociedad”. Olivera García, Jorge; Piña Libien, Hiram Raúl; Mercado Maldonado, Asael: “La universidad pública: autonomía y democracia”, *Convergencia*, 2009, 16, N° 51, Toluca, Universidad Autónoma del Estado de México, septiembre-diciembre 2009, pp. 301-321.

Este trabajo parte de entender la autonomía universitaria como cualidad y garantía constitucional de las universidades nacionales que comprende cinco libertades: la libertad normativa, de gobierno, académica, económica, de investigación y ejecución de las actividades de extensión universitaria, con independencia del Poder Ejecutivo, pero no del Legislativo y Judicial<sup>17</sup>.

En el sistema jurídico argentino, la autonomía universitaria adquirió rai-gambre constitucional mediante su incorporación expresa en el artículo 75 inciso 19 (CN) al momento de efectuarse la reforma constitucional de 1994. En ese sentido, cabe mencionar que previo a tal reforma se debatía en la doctrina el carácter autónomo o autárquico de estas instituciones, lo que dio origen a diversas posturas sobre la cuestión<sup>18</sup>. Asimismo, la caracterización jurisprudencial de la naturaleza jurídica de las universidades nacionales osciló en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

Esta circunstancia se reflejó en la técnica de redacción empleada por el constituyente en 1994, ya que en simultaneidad introdujo los términos *autonomía* y *autarquía*. El primer término comprende al segundo, pues la diferencia es de grado<sup>19</sup>. A partir de entonces, tanto la doctrina como la jurisprudencia intentaron definir el alcance del principio de autonomía y autarquía universitaria.

Al respecto, se comparten las palabras de Gelli, quien afirma que la autonomía y autarquía universitaria tienen jerarquía constitucional y, en consecuencia, los órganos del Estado deben respetarlas y garantizarlas. Asimismo, la competencia de las universidades nacionales de dictar sus propios estatutos y determinar su estructura, organización, funcionamiento, así como su potestad para autogobernarse mediante la elección de sus autoridades, si bien se encuentran exentas de la injerencia del órgano ejecutivo, no quedan excluidas de la potestad reglamentaria del Congreso y del eventual control judicial<sup>20</sup>.

#### IV. DICTADO DEL DECRETO 72/2018

El Decreto 72/2018 (B.O. 24-01-18) dictado por el Poder Ejecutivo nacional introduce una serie de modificaciones al Decreto 1344/2007 (B.O. 5-10-07), reglamentario de la Ley 24.156, Ley Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (B.O. 29-10-92). En particular, el análisis propuesto se enfoca en su artículo 2, que sustituye al artículo 102 del Decreto 1344/2007 y reglamenta el mecanismo de designación de los auditores internos

17 Gil Dominguez, Andrés: “Autonomía universitaria: la evanescencia consumada”, *La Ley*, 1997, C, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, pp. 143-149.

18 Campolieti, Federico: “Las oscilaciones de la autonomía universitaria”, *Centro de información jurídica*, Buenos Aires, CIJur, 2020, pp. 1-20.

19 *Ibidem*.

20 Gelli, María Angélica, *ob. cit.*, p. 247.

titulares a cargo de las unidades de auditoría interna que integran el sistema de control interno.

#### *IV.I. El sistema de control interno de las universidades nacionales*

De la lectura de la mencionada disposición constitucional, surge que las universidades nacionales ejercen dicha autonomía y autarquía en el marco de las «leyes de organización y de base de la educación que (...) garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales»<sup>21</sup>.

En ejercicio de dicha atribución otorgada por el constituyente, el Congreso dictó la Ley 24.521, Ley de Educación Superior (B.O. 10-8-95), que resulta de aplicación, según determina su artículo 1, a las universidades nacionales. Este artículo delimita los sujetos alcanzados por sus disposiciones y reconoce la obligación del Estado en sus diferentes niveles de garantizar la educación como derecho humano<sup>22</sup>.

En ese sentido, la autonomía y autarquía de las universidades nacionales se entiende sometida a las disposiciones de la ley citada, que el legislador sancionó en ejercicio de la competencia atribuida por la Constitución nacional en los artículos 14 y 75, inciso 19, con las limitaciones derivadas del *principio de razonabilidad* contenido en el artículo 26 (CN).

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en la causa «Monges, Analía M. c/ U.B.A. -resol. 2314/95-»<sup>23</sup>, dictada el 26 de noviembre de 1996, interpretó en el voto mayoritario que el alcance del principio de autonomía y autarquía universitaria debe armonizarse con los derechos y garantías reconocidos por los tratados internacionales de derechos que a partir de la reforma de 1994 fueron dotados de jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22, párrafo 2.

Por su parte, en la causa «Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Luján s/aplicación Ley 24.521»<sup>24</sup>, dictada el 27 de mayo de 1999, la

21 Art. 75, inc. 19, CN.

22 Ley 24521, Ley de Educación Superior, art. 1: “Están comprendidas dentro de la presente las universidades e institutos universitarios, estatales o privados autorizados y los institutos de educación superior de jurisdicción nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de gestión estatal o privada, todos los cuales forman parte del Sistema Educativo Nacional, regulado por la ley 26.206 –Ley de Educación Nacional–. El Estado nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tienen la responsabilidad principal e indelegable sobre la educación superior, en tanto la educación y el conocimiento son un bien público y un derecho humano personal y social en el marco de lo establecido por la ley 26.206”.

23 CSJN, “Monges, Analía M. c/ U.B.A.”, sentencia 26 de noviembre de 1996, *Fallos*: 319:3148.

24 CSJN, “Ministerio de Cultura y Educación c/ Universidad Nacional de Luján”, sentencia 27 de mayo de 1999, *Fallos*: 322:842. En dicho pronunciamiento sostuvo: “Que, en definitiva

CSJN sostuvo que la finalidad del constituyente fue garantizar la independencia de las universidades respecto del Poder Ejecutivo, pero sin desvincularlas de la potestad reglamentaria del órgano legislativo.

En tales términos, la Ley de Educación Superior contiene una disposición que reglamenta el sistema de control interno de las universidades nacionales. En ese sentido, su artículo 59 dispone: «Las instituciones universitarias nacionales tienen autarquía económico-financiera que ejercerán dentro del régimen de la ley 24.156, de administración financiera y sistemas de control del sector público nacional»<sup>25</sup>.

La CSJN en los autos «Franchini, Rafael Luis -hoy Jerosimich Margarita- s/ recurso de apelación art. 32 de la Ley 24.521 c/ Resolución 320/03 del Consejo Superior de la Universidad Nacional del Nordeste»<sup>26</sup>, de fecha 4 de septiembre de 2012, remitiéndose a lo dictaminado por la Procuradora General expresó que la autarquía financiera de las universidades se enmarca en las disposiciones de la Ley 24156 por la expresa mención que efectúa la Ley 24.521.

Asimismo, en el artículo 59 *bis* de la ley citada, se estructura con pautas generales el sistema de control de las instituciones universitarias, tanto en su ámbito interno como externo. En lo que refiere al control externo, se establece como órgano responsable de su ejecución a la Auditoría General de la Nación (AGN); mientras que, en cuanto al control interno de las universidades nacionales, les reconoce la facultad a estas instituciones de conformar su propio sistema

y según surge del propio debate de la constituyente, el objetivo de la autonomía fue desvincular a la universidad de su dependencia del Poder Ejecutivo, mas no de la potestad regulatoria del Legislativo. Al respecto, resultan elocuentes las palabras del convencional Quiroga Lavié, quien expresó: "... se puede hacer referencia a la autonomía institucional, a la económica y financiera, a la administrativa, a la académica... pero no le voy a negar al Congreso la posibilidad de que dicte una ley universitaria organizacional y de base. Eso sería como negar la historia de las atribuciones federativas de la república". En el mismo sentido, el convencional López de Zavalía afirmó: "... las universidades, con toda la independencia que les queramos conceder, siempre estarán sujetas a las leyes del Congreso" (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente, pp. 3263 y 3541, respectivamente). (Considerando 19).

25 Ley 24.521, Ley de Educación Superior, art. 59.

26 CSJN, "Franchini, Rafael Luis -hoy Jerosimich Margarita- s/ recurso de apelación art. 32 de la Ley 24.521 c/ Resolución 320/03 del Consejo Superior de la Universidad Nacional del Nordeste", sentencia 4 de septiembre de 2012, Fallos, 335:1655. En dicha oportunidad expresó: "Asimismo, cabe señalar que la Ley de Educación Superior 24.521 establece que las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones: dictar y reformar sus estatutos; administrar sus bienes y recursos, conforme a sus estatutos y las leyes que regulen la materia; establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente (art. 29, incs. a, b, y h, respectivamente). A su tumo, con respecto a la organización y el funcionamiento de las universidades nacionales, la ley dispone que tengan autarquía económico-financiera dentro del régimen de la ley 24.156...".

de auditoría, que debe garantizar la transparencia en el uso de los bienes y recursos<sup>27</sup>. Por su parte, el Poder Ejecutivo nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida por el artículo 99, inciso 2 (CN), reglamentó el contenido de la Ley 24156 por medio del Decreto 1344/2007.

En lo que respecta a la reglamentación del artículo 8 de la Ley 24.156, el Decreto 1344/2007 introduce una expresa mención de las universidades nacionales al indicar que para el funcionamiento de sus sistemas de administración financiera y de control «las Universidades Nacionales, en virtud de su carácter de Organismos Descentralizados, están encuadradas en las disposiciones de la ley y de este reglamento, independientemente del tratamiento presupuestario que reciban los aportes que les otorgue el Tesoro Nacional»<sup>28</sup>.

En consecuencia, el citado reglamento de ejecución amplía el ámbito subjetivo de aplicación de la norma, ya que la Ley 24.156 no menciona a las universidades nacionales dentro del conjunto de sujetos que integran el Sector Público Nacional. Asimismo, la caracterización que el decreto realiza de estas instituciones de educación superior como *organismos descentralizados* no se compadece con el principio de autonomía y autarquía universitaria reconocido expresamente en el texto constitucional a partir de la reforma de 1994 en su artículo 75, inciso 19. En ese sentido, se identifica un exceso en la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo al ampliar el ámbito de sujetos comprendidos por la ley que se reglamenta y efectuar una interpretación errónea de la naturaleza jurídica de las universidades nacionales contraria al principio de autonomía universitaria.

En síntesis, la aplicación de las pautas contenidas por la Ley de Administración Financiera y del Sector Público Nacional a las universidades nacionales es consecuencia de la remisión contenida en el artículo 59 de la Ley de Educación Superior, sancionada por el Poder Legislativo en cumplimiento del artículo 75, inciso 19 (CN), y no por la mención contenida en el Decreto 1344/2007 al reglamentar el artículo 8 de la Ley 24.156, que constituye un ejercicio excesivo de la potestad reglamentaria del órgano ejecutivo.

#### *IV.II. Las modificaciones introducidas por el Decreto 72/2018 en las designaciones de los auditores internos*

El Decreto 72/2018 en su artículo 2 modifica el texto original del Decreto 1344/2007 reglamentario de la Ley 24.156 y dispone que el funcionario a cargo

27 Ley 24521, Ley de Educación Superior, art. 59 bis: “El control administrativo externo de las instituciones de educación superior universitarias de gestión estatal es competencia directa e indelegable de la Auditoría General de la Nación que, a tales efectos, dispondrá de un área específica con los recursos humanos y materiales adecuados para llevar a cabo esta tarea. Todas las instituciones de educación superior universitarias de gestión estatal deben generar mecanismos de auditoría interna que garanticen transparencia en el uso de los bienes y recursos”.

28 Decreto 1344/2007, art. 8.

de las unidades de auditoría interna, es decir, el auditor interno titular, será designado por el Síndico General de la Nación y carecerá de estabilidad en el cargo<sup>29</sup>. Con anterioridad a dicha reforma, la reglamentación disponía que la designación de los auditores internos era competencia de la máxima autoridad de la jurisdicción u organismo<sup>30</sup>.

De esta manera, la designación de los auditores internos de las universidades nacionales por el Síndico General de la Nación constituye una injerencia por parte del órgano ejecutivo en la dinámica institucional de las universidades que desnaturaliza el control interno y lo torna externo. Esto se debe a que el Síndico General de la Nación depende del órgano ejecutivo y las universidades nacionales no son parte del sector público nacional definido por el artículo 8 de la Ley 24.156.

Desde otra arista, el legislador dispuso en la Ley de Educación Superior los lineamientos básicos que estructuran el sistema y la dinámica de control, tanto externo como interno, de las universidades nacionales, ya que el primero lo encomendó a la Auditoría General de la Nación, como organismo dependiente del Poder Legislativo, mientras que la conformación del segundo lo dejó librado al criterio de cada institución universitaria. En consecuencia, el Decreto 72/2018 se inmiscuye directamente en la facultad de las instituciones universitarias de estructurar sus propios sistemas de control interno, en concordancia con los criterios básicos dispuestos por la Ley de Educación Superior. Ello constituye un

29 Decreto 72/2018, art. 2: Sustitúyese el artículo 102 del Anexo al Decreto N° 1344/07 el que quedará redactado de la siguiente manera: “Las Unidades de Auditoría Interna realizarán todos los exámenes de las actividades, procesos y resultados de la jurisdicción o entidad a la cual pertenezcan. La autoridad superior de cada jurisdicción o entidad será responsable de que las Unidades de Auditoría Interna y sus integrantes se ajusten a sus actividades específicas en forma exclusiva. Cada Unidad de Auditoría Interna estará a cargo de un funcionario denominado Auditor Interno que será designado por Resolución del Síndico General de la Nación. El mismo deberá reunir el perfil técnico establecido por la Sindicatura General de la Nación, conforme los requisitos que surjan de la norma dictada al efecto, por dicho organismo. El Auditor Interno Titular no gozará de estabilidad en el cargo y podrá ser removido por Resolución del Síndico General de la Nación, independientemente de quien haya suscripto su designación. La permanencia en el cargo no podrá exceder el período máximo de cuatro (4) años ininterrumpidos. En cada caso y por expreso pedido de la máxima autoridad del organismo en cuestión, el Síndico General de la Nación podrá extender ese período a un máximo de ocho (8) años ininterrumpidos, si las exigencias de continuidad en el quehacer de la auditoría así lo ameritan. Pasados dos (2) años de dejado el cargo, el Auditor Interno Titular podrá ser designado nuevamente como titular de la Unidad de Auditoría Interna de que se trate”.

30 Decreto 1344/2007, art. 102: “Los Auditores Internos titulares serán nombrados, en el caso de las Jurisdicciones, por Resolución Ministerial, y en el caso de las entidades, por disposición de la máxima autoridad ejecutiva de las mismas previa opinión técnica de la Sindicatura General de la Nación, la que tendrá carácter no vinculante. En el supuesto que la autoridad competente designe al Auditor Interno apartándose de la opinión de la Sindicatura General de la Nación, se deberá expresar en el acto de designación los fundamentos que sustentan tal proceder”.

ejercicio abusivo de la potestad reglamentaria del Ejecutivo al desnaturalizar la finalidad de la ley que busca garantizar que cada universidad, en ejercicio de su autonomía, establezca aquel sistema de control que se adecue a su estructura orgánica-funcional y dinámica institucional.

#### *IV.III. Conformación de los sistemas de control interno de las universidades nacionales*

A partir del dictado del Decreto 72/2018, se identificaron diferentes situaciones experimentadas por las universidades nacionales en la designación de los auditores internos<sup>31</sup>. En primer lugar, se identificó el caso judicial «UNLaR c/SIGEN s/ amparo de ley 16.986» tramitado en el expediente nº 33593/2018 e iniciado en el Juzgado Federal de La Rioja<sup>32</sup>.

En tal oportunidad, se expresó que existía verosimilitud en el derecho, ya que las disposiciones del Decreto 72/2018 resultaban contrarias a normas de jerarquía superior, entre las que se encontraba el artículo 75, inciso 19 (CN), los artículos 29, 59, 59 bis y 132 a 134 de la Ley de Educación Superior y el estatuto de la propia universidad, al implicar «... una intromisión por parte de la SIGEN en la facultad propia de la UNLaR para designar a su auditor interno a través del rector». Asimismo, destaca la existencia de peligro en la demora debido a que «la situación actual, arribada mediante la resolución SIGEN cuestionada, que implicaría un desplazamiento en las facultades de control de la Alta Casa de Estudios peticionante, previstas en la normativa (...) comprometiéndose la autonomía y autarquía universitarias»<sup>33</sup>.

31 Los resultados de esas tareas de investigación se encuentran en el Proyecto de Investigación *Alcance y límites de la autonomía académica e institucional de las Universidades Nacionales*. Acreditación: PROINCE 80020190400011LM. Director Dr. Alejandro Mario Mancini DNI 8.273.231, perteneciente al Departamento de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de La Matanza. Fecha de inicio: 01/01/2020 - Fecha de finalización: 31/12/2021. Asimismo, fueron expuestos en la ponencia Pennella, M. L. y Primerano, F. *El paradigma de la Autonomía Universitaria en Latinoamérica: El caso de Argentina ¿Es posible concebir una autonomía universitaria en la cual el órgano ejecutivo designa a los auditores internos de las universidades?* [congreso]. Segundas Jornadas de Investigación Estudiantiles UFRO: Derecho y Actualidad. Universidad de La Frontera, Temuco, 17 de junio de 2022.

32 Juzgado Federal de La Rioja, “UNLaR c/SIGEN”, sentencia 26 de agosto de 2019. En este caso, si bien el juez resolvió declarar la improcedencia de la acción de amparo, en fecha 26 de agosto de 2019, por considerar que la ilegitimidad en el caso no era manifiesta al requerir la interpretación del decreto y mayor debate y prueba como consecuencia de la presunción de legitimidad de los actos administrativos reconocida por el artículo 12 de la Ley 19.549, Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, al momento de resolverse la medida cautelar, en fecha 18 de septiembre de 2018, se hizo lugar a la medida de no innovar.

33 Juzgado Federal de La Rioja, “UNLaR c/SIGEN”, resolución de la medida cautelar solicitada el 18 de septiembre de 2018, considerando 2, párr. 8. Esta sentencia fue apelada por la SIGEN y revocada por la Sala A de la Cámara Federal de Córdoba el 27 de diciembre de 2018.

Por otra parte, se identificó que las universidades nacionales incorporaron en sus estatutos apartados en los que se prevé como área que integra la estructura orgánico-funcional una unidad de auditoría interna, y contaron con el aval posterior del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación, quien verificó la adecuación de las disposiciones estatutarias a las pautas de la Ley de Educación Superior impuesta por el artículo 34 de la Ley 24.521<sup>34</sup>.

Por último, cabe precisar que a la fecha de este trabajo no existe un caso judicial referido a la materia en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya efectuado un control de constitucionalidad sobre el Decreto 72/2018 y pueda ser analizado a modo de precedente.

#### *IV.IV. Panorama posterior a la entrada en vigencia del Decreto 72/2018*

Con la entrada en vigencia del Decreto 72/2018, diferentes actores del sistema universitario y de la administración pública se pronunciaron sobre la constitucionalidad de sus disposiciones y su eventual aplicación. En tal contexto, se identificaron pronunciamientos emitidos por diferentes órganos del Consejo Interuniversitario Nacional, así como dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación que pretenden limitar el panorama de incertidumbre sobre el sistema de control interno de las universidades nacionales.

En cuanto al Consejo Interuniversitario Nacional (CIN), en su carácter de organismo público de coordinación, consulta y propuesta de políticas y estrategias de desarrollo universitario, que nuclea a las instituciones universitarias nacionales y a las provinciales reconocidas por la nación<sup>35</sup>, emitió la Resolución CE 1284/2018 (20/2/2018) mediante la que, remitiéndose a los fundamentos contenidos en el dictamen jurídico previo, resolvió que las instituciones universitarias nacionales no se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto 72/2018 y del régimen al que remite.

En ese sentido, el Comité Ejecutivo del CIN entendió que las universidades nacionales no integran el sector público nacional, ya que no son parte de la Administración Pública centralizada ni descentralizada. De esta manera, se

34 En tal situación se encuentra la Universidad Pedagógica Nacional (Unipe), que dictó su estatuto universitario mediante Resolución de la Asamblea Universitaria 1/2020 en la que se contempla la conformación de una Unidad de Auditoría Interna a cargo de un funcionario denominado Auditor Interno Titular, cuya designación depende del Rectorado. El estatuto indicado fue publicado en el Boletín Oficial con posterioridad a su verificación por parte del Ministerio de Educación, realizada por Resolución 624/2020 (B.O. 24-6-2020) en la que no se efectuó observación a sus disposiciones. De esta manera, la previsión estatutaria de la designación del auditor por la máxima autoridad ejecutiva de la universidad, el rectorado, no contó con cuestionamiento por parte del órgano ejecutivo nacional.

35 Estatuto del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN). Texto ordenado por Acuerdo Plenario 1055/18.

encuentran excluidas de la enumeración que con carácter taxativo realiza el artículo 8 de la Ley 24.156<sup>36</sup>.

Con posterioridad, el CIN dictó el Acuerdo Plenario 1154/2021 (14/12/2021) en el que se recomendó a las universidades nacionales conformar su propio sistema de control interno y se les recomendó su adhesión al organismo de control constituido en el artículo 3, denominado Órgano Coordinador de Control Interno de todas las Instituciones Universitarias Nacionales dependiente del Comité Ejecutivo del CIN<sup>37</sup>.

Desde otra arista, la Procuración del Tesoro de la Nación, el 28 de noviembre de 2022, emitió el Dictamen 323:407<sup>38</sup> en el que entendió que «no resultan aplicables a las universidades nacionales las previsiones que, en materia de control interno, contienen los artículos 100 y concordantes de la LAF», aunque indicó que ello no obstaba la posibilidad de que, en ejercicio de la autonomía y autarquía reconocida por la Constitución nacional, celebraran acuerdos con la Sindicatura General de la Nación a fin de promover el fortalecimiento y la mejora de los sistemas de control interno, ya que presupone la concurrencia de la voluntad de las autoridades universitarias<sup>39</sup>.

Como consecuencia, la Sindicatura General de la Nación, el 21 de julio de 2023 mediante la Resolución SIGEN 299/2023, consideró necesario adoptar las consideraciones de la Procuración del Tesoro de la Nación y disponer la modificación de la estructura de sus áreas competentes a fin de ajustar el ámbito de

36 Resolución CE-CIN 1284/2018. Asimismo, el dictamen jurídico que integra la citada resolución como su anexo, expresa que las facultades que le son atribuidas al Síndico General de la Nación mediante el decreto analizado “constituirían una forma de injerencia del Ejecutivo en los asuntos de las universidades nacionales que atenta directamente contra la doctrina del inciso 19 del artículo 75 de la Constitución Nacional, desnaturalizando el control interno tornándolo en uno de tipo externo”.

37 La función del órgano es sistematizar las normas, los criterios y las pautas de control interno aplicables, a fin de fomentar un único sistema integral e integrado.

El órgano de control mencionado fue conformado el 20 de junio de 2023 mediante el Acuerdo Plenario 1.192/2023 del CIN con la integración de dos (2) representantes de las autoridades superiores, dos (2) representantes de las auditorías internas y dos (2) profesionales del Derecho efectuándose en simultáneo la designación de tales miembros.

38 Dictamen 323:407.

39 Dicha interpretación se condice con lo manifestado por el CIN en el Acuerdo Plenario 533/2004 en el que expresó la conveniencia de celebrar convenios con la Sindicatura General de la Nación a fin de que “realice auditorías externas, con las modalidades que en cada caso estime pertinentes, y para diseñar sistemas de control para ser aplicados atendiendo a la naturaleza, funciones y organización de las Universidades Nacionales”. Asimismo, en tal acuerdo se encomendó al Comité Ejecutivo del CIN la suscripción de un convenio con la Sindicatura General de la Nación destinado a facilitar la cooperación entre los agentes involucrados en el ámbito de sus competencias con adecuación al ordenamiento jurídico vigente y con la finalidad de adoptar las medidas necesarias para “garantizar la mayor transparencia y legalidad de las instituciones públicas”.

su control al criterio del dictamen jurídico. Para ello, dispuso que la Sindicatura Jurisdiccional de Educación y Universidades Nacionales ubicada dentro de la Subgerencia de control de empresas, INSSJP, educación y universidades nacionales, sería la encargada de supervisar a aquellas universidades nacionales con convenio con la SIGEN.

En sintonía, el 4 de agosto de 2023, dicha sindicatura jurisdiccional emitió un comunicado a las unidades de auditoría interna mediante el que solicitaba que se abstuvieran de remitir sus informes, instructivos y tareas a la SIGEN, para evitar su intervención hasta que se suscribiera un convenio específico. Asimismo, se inhabilitó el sistema de Seguimiento de Acciones Correctivas (SISAC) aprobado por Resolución SIGEN 173/2018 para la carga de dichos documentos.

Estas medidas implicaron modificaciones en las pautas de trabajo de las diferentes unidades de auditoría interna de las universidades nacionales por la aparente desvinculación con la supervisión que hasta el momento efectuaba la SIGEN en la aprobación de los Planes Anuales de Trabajo, y en la supervisión del cumplimiento de los proyectos y actividades previstos en estos. A partir de tales medidas, el CIN celebró un acuerdo marco con el Ministerio de Educación de la Nación, la Secretaría de Políticas Universitarias (SPU) y la SIGEN el 1 de noviembre de 2023. En este se expresa que el CIN recomendó a las universidades nacionales su adhesión al Sistema de Control Interno integral e integrado de todo el sistema universitario nacional y que resultaría conveniente la celebración de convenios con la SIGEN debido a su experiencia y especialidad en la materia «con miras a garantizar el manejo transparente de los fondos que reciben las Universidades Nacionales por transferencia del Tesoro de la Nación, tanto para el control de la propia comunidad universitaria como de la sociedad en general». El convenio expresamente determina: «En todas las circunstancias o hechos que tengan lugar como consecuencia en la aplicación del presente Convenio Marco, las Partes mantendrán la autonomía de sus respectivas estructuras técnicas y administrativas» (cláusula undécima).

Como consecuencia, diferentes universidades nacionales suscribieron acuerdos específicos con la SIGEN, el Ministerio de Educación y la Secretaría de Políticas Universitarias.

## V. CONCLUSIÓN

En este trabajo se comprobó la hipótesis inicial: el dictado del Decreto 72/2018 implicó una injerencia por parte del Poder Ejecutivo nacional en la autonomía de las universidades nacionales, como consecuencia de un ejercicio excesivo de la potestad reglamentaria en los términos del artículo 99, inciso 2, de la CN.

Así, se identificó que el principio de autonomía y autarquía universitaria incorporado expresamente en el artículo 75, inciso 19, de nuestra Constitución nacional en 1994 generó una gran cantidad de producción normativa, doctrinaria y jurisprudencial tendiente a delimitar el alcance de su contenido. Entre aquellas se encuentran las normas emitidas por parte de los diferentes órganos de poder del Estado, así como de otros agentes involucrados, entre ellos el Consejo Interuniversitario Nacional.

Por otra parte, se identificó que el Congreso Nacional al sancionar la Ley 24521 dispuso que, en materia de control interno, serán las universidades nacionales las que arbitren y determinen los mecanismos necesarios para su implementación. Desde otra arista, se identificó que Decreto 72/2018 se encuentra vigente y, por lo tanto, es parte del ordenamiento jurídico aplicable, aunque en la práctica la mayoría de las universidades nacionales estructuraron sus propios sistemas de control interno y designaron a sus propios auditores sin intervención del órgano ejecutivo.

En ese sentido, en el marco del trigésimo aniversario de la reforma constitucional de 1994, es preciso señalar que esta situación de imprecisión normativa implica colocar a las universidades nacionales en una situación de vulnerabilidad ante los constantes vaivenes políticos que enfrenta nuestro sistema de gobierno. Tal situación, amedrenta la garantía contenida en el artículo 75, inciso 19, de la CN en perjuicio del sistema universitario nacional.

De esta manera, sostenemos que el vínculo entre las universidades nacionales y el Estado debe regularse bajo el principio de la autonomía universitaria. Solo en dicho marco será posible concebir a estas instituciones de educación superior como espacios de producción de conocimientos colectivos significativos en garantía de la educación superior como derecho humano y bien público, cuyo cumplimiento exige un compromiso por parte del Estado. Por ello, proponemos estudiar la autonomía universitaria a partir de una nueva perspectiva: el vínculo necesario que existe entre las universidades y el Estado, y la posibilidad de que ambos actores lleguen a puntos de encuentro a fin de dar respuesta a las nuevas demandas sociales.



# LA DOCTRINA MIRANDA Y SU INEXPLICABLE DESCONOCIMIENTO EN EL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO PENAL NACIONAL Y FEDERAL

GABRIEL GONZALO REY\*

## I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 1994 tuvo un impacto significativo en la concepción del proceso penal nacional, traducido en la interpretación y aplicación del contemporáneamente sancionado Código Procesal Penal, en adelante CPPN<sup>1</sup>, norma que introdujo novedosos institutos, como el juicio oral, público, contradictorio y continuo, abriendo así las puertas de la administración de justicia penal a la comunidad.

Su impronta sentó las bases del sistema acusatorio, ubicando la función de promoción de la acción penal en cabeza de un nuevo órgano denominado por la doctrina constitucional como «extra-poder»: el Ministerio Público –art. 120 de la CN–. Esta creación novedosa supuso la separación de la responsabilidad de acusar y juzgar, e inauguró una progresiva desconcentración de funciones al asignar en forma exclusiva la primera a la fiscalía y la segunda a la jurisdicción, que ya no podía intervenir, como lo hacía, sino a instancias de aquella –art. 116–.

Tal concentración, vigente hasta la sanción del nuevo Código y la nueva Constitución, aunque no fue del todo desterrada, ha sido considerada incompatible o, por lo menos, inconveniente para una gestión imparcial de los asuntos sometidos a la justicia penal, pues implicaba que un mismo órgano debía cargar con la responsabilidad y consecuente obligación de descubrir la verdad real de lo

\* Docente de Elementos de Derecho Penal (UBA), especialista en Derecho Penal y Criminología (UNLZ), posgraduado en Seguridad Pública (IUPFA), posgraduado en Derecho Penal Parte General (Universidad de Salamanca, Reino de España), especialista y máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia), defensor público coadyuvante ante los jueces y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital. Contacto: gonzalorei@hotmail.com.

1 Según Ley 23098 (B. O. 09/09/91), vigente desde septiembre de 1992, conforme Decreto de implementación N° 827/92 (B. O. 29/05/92), dos años antes de la reforma.

ocurrido, reconstrucción histórica mediante, juzgar acerca de la regularidad del proceso llevado a cabo al efecto y, al mismo tiempo, sobre el mérito del producto final, esto es, debía controlar su propio trabajo. A este sistema consagrado en el «Código Obarrio» de 1888, vigente hasta la sanción del nuevo Código Procesal Penal de la Nación (1992), se lo calificó de «inquisitivo», por oposición al «acusatorio» que inaugura esta última norma derogatoria de la anterior –en realidad «mixto» o atenuado, pues no eliminó la mentada concentración, sino que la limitó, al supeditar la intervención jurisdiccional a la previa acción requirente del Ministerio Público Fiscal y conservar la judicatura la facultad de tramitar por sí la instrucción o delegarla, a su arbitrio, en el fiscal, art. 196 del CPPN, entre otras cuestiones–.

Sin perjuicio de ello, la incorporación en una posición central del proceso a la figura del fiscal como responsable único de la delimitación fáctica del objeto procesal que provocará la puesta en marcha del sistema de investigación y enjuiciamiento penal y sobre cuyos límites discurrirá la actividad persecutoria, a la que se sumó la del Defensor General de la Nación como integrante de este Ministerio Público independiente, funcionalmente autónomo y financieramente autárquico, con la función de «promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República» –art. 120 citado– implicó una verdadera apertura oxigenante del proceso. Ello fue posible, entonces, de la mano de estos sujetos procesales que se convirtieron en órganos empoderados y de intervención dirimente, con mayor profundidad e incidencia que la que tenían antes de la reforma, para garantizar nada menos que un verdadero Estado constitucional de derecho, con un papel fundamental en su construcción a partir de esta impronta, caracterizada por la influencia de los tratados y convenciones de derechos humanos incorporados en el inciso 22 del artículo 75 de la nueva carta fundamental, normas directamente aplicables en la interpretación y dotación de sentido a la actividad de todos los operadores del sistema.

## II. PUNTO DE PARTIDA

En esa línea, la jurisprudencia que se fue elaborando estuvo imbuida de esta filosofía, afincada en la normativa suprema que presidió la aplicación de la ley procesal recientemente inaugurada por parte de los tribunales, que recogieron la impronta aperturista. Esto se tradujo en un mayor celo en el respeto de las garantías constitucionales desde el inicio de la investigación penal, orientando a los operadores del sistema en su tarea, que no estaba ciertamente impregnada de esta perspectiva en la práctica diaria, defecto atribuible a una tradición que no reconocía tal importancia, sino más bien todo lo contrario. Se trató de una lógica explicable en la débil institucionalidad de nuestro país signada por las continuas

interrupciones violentas de los regímenes democráticos-constitucionales; panorama sombrío que alcanzó su máxima gravedad durante la última usurpación militar del poder, en 1976, nefasto corolario de una dinámica histórica gobernada por un paradigma claramente opuesto al nuevo que venía a proponer e instaurar la reforma.

Pese a este empeño y cuidado en las formas y procedimientos, reflejados en las producciones de la doctrina y la jurisprudencia, como no se observaba en el pasado, sus mandatos no permearon con toda la fuerza esperable en la aludida práctica desplegada por las fuerzas de seguridad en la etapa inicial del procedimiento penal, por lo menos no en cuanto al tópico que se abordará en el presente. Por eso, estas líneas pretenden demostrar que en las investigaciones penales llevadas a cabo en nuestro sistema de enjuiciamiento penal nacional-federal desde la formación de nuestra organización nacional, pasando por la sanción del Código Obarrio de 1888 y hasta la actualidad, nunca se vislumbró la necesidad, conveniencia e importancia institucional de ejercitar una práctica elemental en todo procedimiento policial de características preventivas, investigativas y repressivas del delito cuando las fuerzas del orden toman contacto con la persona que, según las circunstancias del caso, resulta sospechosa de haber intervenido como autora o partícipe de una infracción jurídico-penal: la «advertencia Miranda». Omisión, desconocimiento o indiferencia que persisten en la actualidad.

Ello ocurrió así, pese a la recepción que ha hecho nuestro país, desde los albores de su organización jurídica y política, de la dogmática constitucional norteamericana, producto de las elaboraciones emergentes de los precedentes de su máximo tribunal, lo que se materializó a través de la asunción de aquellas construcciones teóricas como propias, que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha venido concretando desde su conformación, el 15 de enero de 1863, justamente, al otorgarle el carácter de fuente principal de interpretación de nuestra carta magna, entre otros temas, a todo lo relacionado con las garantías constitucionales del proceso penal –conforme doctrina plasmada entre otros, en Fallos 178:22 de 1937, «Bressani» que establece expresamente la calidad de fuente de derecho de tales precedentes, en reconocimiento de una praxis que se remonta al inicio del funcionamiento de la Corte, por lo menos. Es posible rastrear los primeros antecedentes al respecto en Fallos 1:340 (1864) «Ministerio Fiscal» y también en Fallos 1:148 (12/04/1864), CAUSA XXIII: «El Fiscal General de la Nación contra el Dr. D. Manuel G. Argerich, por publicaciones injuriosas contra el Gefe de Policía hechos por la prensa» (sic), y que se verifica además y precisamente en casi todos los fallos posteriores y seños en la materia, en los que la fuente americana resulta ineludible (Fallos 317:1985 «Daray, Carlos»; 321:2947 «Fernández Prieto»; 325:3322; «Monzón»; 326:41 «Szmilowsky»; 306:1752

«Fiorentino», 307:440 «Cichero»; 308:733 «Rayford»; 311:2507 «Ferrer», entre muchos otros).

Y, en lo que respecta al particular tema del presente trabajo, en el precedente «Mendoza», resuelto el 28 de octubre de 1864, expresamente decidió nuestra Corte Suprema que las posiciones diferidas al procesado en causa criminal son contrarias al artículo 18 de la Constitución nacional «que dice en una de sus cláusulas que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo» –Fallos 1:352–; proceso en el que el imputado había sido citado a «absolver posiciones» y que la Corte equiparó a ser convocado a «confesar» por tratarse el marco legal de un acto revestido «de una solemnidad que haría la respuesta obligatoria».

Pese a esto, los funcionarios encargados de la persecución y represión de los delitos no han tenido nunca incorporada –seguramente influidos por la tradición escasamente institucional antes advertida y sus efectos, por los excesos incurridos que derivaron en la prohibición absoluta de hablar con el detenido/sospechoso y, luego, por la «mala normativización» de alguna forma de comunicación–, y no tienen en la actualidad, la exigencia de la lectura de los derechos al sospechoso de la comisión flagrante de un delito o a la persona que se encuentra ante una invasión de su privacidad o de su círculo de organización personal –detenciones en la vía pública y/o «entrevistas informales» en cuyo marco les requieren el aporte de información, incluso les piden autorización para ingresar en ámbitos constitucionalmente protegidos y provocan también allí comunicaciones sin previa advertencia, ya sea que porten o no orden judicial–.

Y ello puede encontrar razón de ser, también, en la circunstancia de que los jueces de todas las instancias y la propia Corte Suprema tampoco incorporaron, ni incorporan en la actualidad, esa exigencia de lectura de derechos, pese a las elaboraciones antes mencionadas. Todo lo contrario, el derecho judicial ha elaborado una doctrina, prácticamente unánime, que valida la incorporación al proceso de todo lo que diga el detenido/sospechoso con independencia de las consecuencias legales derivadas; siempre y cuando lo haga en forma espontánea, esto es, libremente. Este estándar se alcanza, según la interpretación dominante, casi unánime, a partir de la comprobación de que tales dichos no fueron producto de engaño, violencia, coerción física o moral por parte de las autoridades. Así, se concentran en la verificación negativa y no en la determinación de qué se entiende por «espontaneidad» o «libertad».

### **III. FINALIDAD**

El objetivo es, entonces, en primer lugar, alertar acerca de esta situación pardojal que se sostiene en la declarada necesidad de evitar presiones indebidas de parte de los funcionarios policiales al ciudadano sospechoso de haber cometido un delito y que se traduce en la imposibilidad de dirigirle preguntas o entrevistarlo

sobre el hecho. Ello constituye un escenario absurdo por lo contraintuitivo que supone obligar a un investigador policial a cancelar toda comunicación con las personas encontradas en el escenario de los hechos. En esas particulares circunstancias, resulta del todo razonable, incluso funcionalmente obligatorio para el investigador policial, fomentar tal comunicación. De allí la innecesariedad de toda advertencia previa, precisamente, porque no resulta lógico, útil o esperable la obligación de comunicar derechos y consecuencias jurídicas derivadas de la emisión de un discurso que «no se puede escuchar».

Y como el orden natural de las cosas siempre se impone a los encorsetamientos artificiales que pretenden cancelarlo o limitarlo, desde que efectivamente las «declaraciones» de los sospechosos y las preguntas/entrevistas policiales se producen, el resultado es el estado actual, histórico, que motiva precisamente el título de este aporte. Las declaraciones, naturales y esperables, se terminan recogiendo al margen de lo constitucionalmente tolerable y, como veremos, se llegó al extremo de normativizar tal despropósito.

En segundo lugar, se pretende también formular un aporte para pensar en la modificación de esta praxis sin necesidad de hacerlo respecto de las normas sancionadas, aunque sería auspicioso, en el convencimiento de que ello contribuirá a un efectivo afianzamiento del estado constitucional de derecho que exige, entre otras cosas, garantizar espacios cada vez más amplios de libertad e institucionalidad. Esta faena ciertamente debe extremarse específicamente en aquellos supuestos en los que la restricción de la primera y el deterioro de la segunda resulta más evidente, esto es, a partir del instante mismo en el que cualquier ciudadano queda sujeto a la autoridad estatal<sup>2</sup>, tanto en su faz investigativa como represiva de delitos, circunstancia que se verifica con claridad desde el primer contacto con cualquiera de sus representantes en el marco de situaciones de flagrancia delictiva, en los términos normativamente caracterizados en el ordenamiento aplicable –art. 285 del CPPN<sup>3</sup>–. «Habrá flagrancia si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo, inmediatamente después, si fuera perseguido o tuviera objetos o presentase rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito»; o en los ya ejemplificados como investigaciones en curso, allanamientos, requisas, secuestros, etcétera.

2 Este hecho resulta fundamental para entender el problema planteado en el presente trabajo y las soluciones propuestas: siempre que un representante estatal –en su faz investigativa/represiva– toma contacto con un ciudadano, se constituye en garante de sus derechos constitucionales ante la evidente restricción de estos que plantea tal situación. En este contexto, no puede plantearse una equivalencia de posiciones en la comunicación ni siquiera inferir una parigual “libertad” de ambos, por lo menos no sin la previa advertencia “Miranda”.

3 El texto normativo de base con el que se trabajará es el vigente Código Procesal Penal de la Nación, según Ley 23.984.

Para ello, resulta fundamental problematizar el significado conceptual de las categorías «espontaneidad» y/o «libertad» en estos supuestos claramente restrictivos de derechos, tal y como han sido y son actualmente entendidas en forma prácticamente unánime en la doctrina jurisprudencial nacional y federal a cuyo estudio, de las más representativas, se circunscribirán estas líneas.

Teniendo en cuenta el estrecho marco del presente y la posibilidad de extensión limitada, necesariamente deberemos ceñirnos a citar los conceptos y las conclusiones fundamentales extraídos de distintos fallos y citas doctrinarias que consideramos más representativas de la posición criticada, sin pretensión de exhaustividad y al solo efecto demostrativo de la tendencia prácticamente unánime al respecto. En consecuencia, no ingresamos en una descripción pormenorizada de los hechos debatidos. A continuación, entonces, se presenta la tesis expuesta en el precedente americano que ocupa la atención de este trabajo y el comentario de contexto del Presidente N° 14 de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Earl Warren, traducidos del inglés.

#### **IV. EL CAMBIO DE PARADIGMA**

Miranda v. Arizona (1966) es una de las sentencias más famosas de la historia en Norteamérica, la industria cinematográfica nos ha ilustrado suficientemente de su contenido por lo que tenemos prácticamente incorporado, tengamos o no contacto con el sistema penal de cualquier manera, que la policía, cuando detiene a una persona, debe «leerle sus derechos»: a permanecer en silencio, a designar un abogado de su elección y, si no tiene tal posibilidad, a un abogado de oficio y a que este se encuentre presente en su interrogatorio, con la advertencia de que todo cuanto declare a partir de ese momento podrá y será utilizado en su contra en un tribunal de justicia.

Esta obligación policial arranca justamente a partir de aquella sentencia de la Suprema Corte de los EE. UU. que ciertamente provocó una enorme polémica en todo el país, y de hecho fue uno de los ejes de la campaña de Nixon en las elecciones presidenciales de 1964, en las que finalmente ganó en 1968. Se acusó al Tribunal Supremo de invertir los papeles, sospechando de la policía y protegiendo a los delincuentes. Los jueces, se decía, se decantan del lado de los asesinos, violadores, ladrones, etcétera, en lugar del lado de las personas honradas y de la policía. En sentido contrario, se alegaba que muchos Estados ya habían establecido pautas de comportamiento similares y que la limpieza de los interrogatorios era una garantía de buen éxito de juicio (pues evitaba que los tribunales anulasen las causas y absolviesen a los acusados). Baum<sup>4</sup> señala que estudios realizados en los años sesenta revelan que el cumplimiento de las reglas de Miranda era

4 Baum, Lawrence, *El tribunal supremo de los Estados Unidos de Norteamérica*, Buenos Aires, Librería Bosch, 1987, pp. 280-281.

relativamente escaso, y que la policía se las había ingeniado para sortearlas (por ejemplo, ofreciendo al detenido firmar un impreso en el que, a cambio de la renuncia a sus derechos, podría obtener algún tipo de eximente o atenuante).

#### *IV.I. Resumen de la sentencia dictada por la Suprema Corte en Miranda v. Arizona*

En 1964, Ernesto Miranda, vagabundo de origen hispano de veintitrés años y sin apenas estudios, fue detenido en su casa y conducido a la comisaría de policía. Fue identificado por la víctima como autor de un delito de violación, y posteriormente interrogado en una habitación cerrada. Comenzó manteniendo su inocencia, pero al cabo de dos horas firmó una confesión declarándose culpable. En esta «prueba de cargo» se basó su condena. Nunca se supo si la policía le informó de sus derechos, como el de no declararse culpable de la V Enmienda o si se le coaccionó de alguna manera para que firmase la declaración auto-ínculpándose. Lo que sí quedó claro es que no se le advirtió de su derecho de contar con la asistencia de un abogado.

Frente al interrogante acerca de si era válida una confesión en estas condiciones, la Corte en numerosos precedentes anteriores acudió a distintos criterios como el del «conjunto de las circunstancias» y el de «la voluntariedad», cuando de las circunstancias de un interrogatorio y de una declaración de un detenido se podía razonablemente afirmar que el tratamiento dado no era «demasiado malo», entonces automáticamente se presumía que la confesión era voluntaria y, por consiguiente, válida. Como solamente se concebía la posibilidad de negarse a declarar ante los estrados frente a obligaciones legales de testificar, acogiéndose el testigo –concepto que incluye al imputado– a la V Enmienda, era en ese marco que funcionaba la garantía que impedía forzar a la declaración, y no en etapas anteriores como en la investigación policial. En los interrogatorios policiales no regía este derecho.

Por otro lado, hasta 1964, con la sentencia «Malloy v. Hogan», el derecho a no declarar contra sí mismo de la V Enmienda no se aplicaba en los Estados, sino solo en el ámbito federal. De manera que durante mucho tiempo se trató de un derecho «arrinconado», pues no se podía ejercer en delitos estatales (que eran la inmensa mayoría) ni tampoco en los interrogatorios policiales.

Si bien podría pensarse que se trata de derechos obvios y que, en realidad, no había motivo para pensar que lo que se iba a decir en Miranda fuese tan revolucionario, no debe soslayarse que las garantías contenidas en las Enmiendas IV, V, y VI, estaban pensadas frente a la Federación y, de hecho, el Tribunal Supremo las aplicaba con cierto rigor. La Sentencia «Wecks, v. U.S.» de 1914 fue la primera que sentó la *exclusionary rule* o regla de exclusión, conforme a la cual una prueba ilegalmente obtenida –se trata de un registro policial sin autorización

judicial– no podía ser utilizada ni en sede policial ni por la acusación en juicio. Pero no era un principio trasladable a los Estados.

Por ejemplo, en «*Betts v. Brady*» (1942) el Tribunal Supremo había dicho que el derecho a la asistencia letrada de la VI Enmienda no era aplicable a los Estados. Todo esto empieza a cambiar con el Tribunal Warren, en la importantísima sentencia «*Mapp v. Ohio*» (1961) que anuló la doctrina de «*Wolf v. Colorado*» (1949) que establecía que la regla de exclusión no era aplicable a los Estados. En «*Gideon v. Wainwright*» (1963) el Tribunal Supremo por fin se apartó de «*Betts v. Brady*» (1942) y estableció la asistencia letrada y de justicia gratuita con carácter general en todos los Estados y además lo hizo de forma muy enérgica, dando a la sentencia carácter retroactivo, de forma que todo condenado que hubiese sido juzgado sin abogado tenía que ser juzgado nuevamente o puesto en libertad.

#### *IV.II. Comentario*

Téngase presente que en 1966 el activismo judicial del Tribunal Supremo está en pleno apogeo. El Chief Justice Warren considera que el Tribunal Supremo va ganando la batalla de la segregación racial, y el Presidente Johnson ha aprobado ya las leyes de derechos civiles. De manera que en 1964 todo está listo para dar los pasos definitivos. Continuando la tendencia liberal de «*Mapp v. Ohio*» (1961) y de «*Gideon v. Wainwright*» (1963), en «*Escobedo v. Illinois*» (1964) la Corte anuló una condena basada en una confesión policial realizada sin la presencia de abogado (pese a que el condenado lo reclamó insistentemente), y finalmente en «*Miranda v. Arizona*» (1966) el Tribunal Supremo hizo doctrina legislativa en el sentido de que estableció con suma precisión cómo tenían que comportarse la policía o el fiscal cuando interrogasen a un detenido: toda actuación llevada a cabo sin que el detenido fuese plena y absolutamente consciente de sus derechos a no declarar contra sí mismo (guardando silencio) y a la asistencia de un abogado sería inválida como prueba. También se debía informar a la persona detenida de que todo cuanto dijese podía ser utilizado como prueba en su contra<sup>5</sup>.

### **V. LA GARANTÍA CONTRA LA AUTOINCRIMINACIÓN—CONCEPTO—MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL—ALCANCES**

#### *V.I. Concepto*

Toda persona sospechada de la comisión de un delito tiene constitucionalmente garantizado el derecho de no inculparse de manera alguna. En su artículo

<sup>5</sup> Warren, Earl y Corte Suprema de Los Estados Unidos, *Informes: Miranda v. Arizona*, 384 EE. UU. 436, [Periodical], 1965. Recuperado de la Biblioteca del Congreso. Disponible en: <https://www.loc.gov/item/usrep384436/>. La traducción del inglés del fallo y del comentario es propia.

18 nuestra Constitución nacional específicamente lo establece al declarar que «nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo».

La fuente de esta norma es la enmienda quinta de la Constitución de los Estados Unidos de América<sup>6</sup> que establece, en lo pertinente, que a ninguna persona «se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal»; entendiéndose por esto que: «1) una persona puede prestar declaración voluntariamente y tendrá que atenerse a las consecuencias de sus manifestaciones o confesión; 2) ninguna persona puede ser obligada a prestar declaración en calidad de imputada o procesada cuando se le achaca la comisión de un hecho delictivo; 3) si una persona se allana a prestar declaración voluntariamente puede abstenerse de declarar respecto de aquellos hechos, datos o circunstancias que se traduzcan en una autoincriminación; 4) la negativa a declarar no puede generar una presunción en contra de sus derechos». Y la enmienda sexta garantiza la asistencia de un abogado defensor.

La correcta interpretación del sentido y alcance de la norma constitucional de ese país la ha fijado, entonces, su máximo tribunal de justicia en el mencionado precedente «Miranda v. Arizona» –384 U.S. 436, 444 (1966)–, cuando estableció con detenimiento y especificidad de qué manera debe la autoridad tratar las comunicaciones del y con el ciudadano bajo su custodia. «El interrogatorio bajo custodia» se refiere al interrogatorio iniciado por la policía luego de que la persona ha sido puesta bajo custodia o ha sido privada de su libertad de alguna manera importante:

La persona detenida debe ser informada claramente, antes del interrogatorio, de que tiene derecho a guardar silencio y de que cualquier cosa que diga será utilizada en su contra en los tribunales; se le debe informar claramente que tiene derecho a consultar con un abogado y a que éste le陪伴e durante el interrogatorio y que, si es indigente, se le nombrará un abogado para que lo represente. El imputado puede renunciar a su derecho a mantener el silencio y al derecho a tener un defensor presente, pero debe hacer tal renuncia voluntariamente, con conocimiento, e intelligentemente. Si la persona indica de cualquier manera y en cualquier etapa del proceso que le gustaría consultar con un defensor, no debe realizarse el interrogatorio. Aunque la persona hubiera ofrecido voluntariamente realizar algunas declaraciones eso no la priva del derecho a negarse a responder a más preguntas hasta que haya consultado con un defensor. Para proteger el privilegio de la quinta enmienda, la persona detenida para ser interrogada debe ser claramente informada de su derecho a consultar con un defensor y de su derecho de tener un defensor presente durante el interrogatorio. Si el interrogatorio continúa sin la presencia de un defensor y se obtiene una declaración, el estado

6 Disponible en: [https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution\\_Spanish.pdf](https://www.constitutionfacts.com/content/constitution/files/USConstitution_Spanish.pdf)

tiene una carga pesada de probar que el imputado renunció con conocimiento e inteligentemente a su privilegio contra la autoincriminación y su derecho a un defensor. Sin embargo, cualquier declaración ofrecida sin influencias compulsivas es admisible, ya que la quinta enmienda no prohíbe declaraciones voluntarias [la traducción y el subrayado son propios].

El derecho a no incurrir en autoincriminación es la potestad legítima que tiene toda persona para negarse a responder:

... cualquier pregunta cuya contestación pueda ser usada contra él en un proceso penal o que permita por ella descubrir una prueba contra él que dé lugar a un procesamiento, o bien a una confirmación de éste, o a una sentencia condenatoria<sup>7</sup>.

Se trata de una garantía que, como consecuencia de las interpretaciones jurisprudencial y doctrinarias imperantes, se aplica en materia penal con el fin de proteger al individuo frente a toda injerencia externa que interfiera con el más amplio ejercicio del derecho a la comunicación en el modo que entienda pertinente y adecuado a sus derechos. Su propósito radica en la necesidad de otorgarle la más amplia y eficaz protección posible para el ejercicio pleno de su libertad dentro de las restricciones obvias que implican toda persecución penal, lo que significa que una persona no puede ser compelida a declarar contra sí misma, cualquiera sea el medio utilizado a tal fin, y también que su negativa a prestar declaración no podrá ser considerada como una prueba o presunción en su contra<sup>8</sup>. [El subrayado se agrega].

Es claro que la garantía no prohíbe la autoincriminación, por lo que no opera sobre el contenido de la declaración o comunicación, sino sobre la libertad del sujeto a la hora de emitirlas, de manera tal que sea posible verificar que sean producto de su más plena autonomía debidamente informada.

## V.II. Marco constitucional y legal

Con fórmulas similares contemplan la misma garantía, además del ya citado artículo 18 constitucional, los instrumentos internacionales incorporados en el inciso 22 del artículo 75. Concretamente, la Convención Americana de Derechos Humanos, al determinar que «toda persona inculpada de delito tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a declararse culpable» –art. 8.2. g– y que la confesión del inculpado solamente es válida si es realizada sin coacción de ninguna naturaleza –art. 8.3–, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su artículo 14.3. g. describe en forma similar a la garantía: «toda

<sup>7</sup> Spolansky, Norberto, “Estafa por omisión y nadie está obligado a declarar contra sí mismo”, *Jurisprudencia Argentina*, 1980, Tomo III, p. 538.

<sup>8</sup> Badeni, Gregorio, *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: La Ley, 2<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada, 2006, Tomo II, Capítulo X, Las garantías constitucionales, Declaración contra sí mismo, p. 1151.

persona inculpada de delito tiene derecho a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a declararse culpable». Previamente, el instrumento garantiza la asistencia letrada en la misma norma:

c) Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

Por su parte, el canon octavo de las Reglas de Mallorca<sup>9</sup> –reuniones del 23, 24 y 25 de noviembre de 1990; 3, 4 y 5 de mayo de 1991; 5, 6, 7 y 8 de setiembre de 1991 y 14, 15 y 16 de febrero de 1992–, establece lo siguiente: «1) La persona sobre la que pesa sospecha de parte de los órganos de persecución, no podrá ser interrogada sin ser advertida, previamente, que tiene el derecho a contar con la asistencia de un abogado o a guardar silencio o abstenerse de declarar contra sí mismo». En el noveno, inciso 1) se determina que el imputado tiene el derecho irrenunciable a declarar libremente o a guardar silencio sobre los hechos que se le imputan. No podrá ser constreñido o inducido a confesar mediante violencia, amenaza, engaño, recompensa u otro medio de efecto semejante, e incluso contempla sanciones disciplinarias y penales contra los funcionarios que quebranten el principio, indicando que las legislaciones nacionales deberán preverlas (inciso 2.) La sanción procesal contra la obtención de pruebas en violación a dichas previsiones es su inutilización –canon décimo–.

La legislación procesal federal de nuestro país garantiza el derecho al silencio expresamente en los artículos 184 inciso 10, 197, 296, 298 y 299 del CPPN<sup>10</sup>.

9 Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la Justicia Penal. Disponible en <http://cidh.oas.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>.

10 Art. 184. - Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: (...)10. No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1 y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento –art. 104 derecho a designar abogado de confianza o a la asistencia del defensor oficial–.

Art. 197. En la primera oportunidad, inclusive durante la preventión policial pero, en todo caso, antes de la indagatoria, el juez invitará al imputado a elegir defensor; si no lo hiciere o el abogado no aceptare inmediatamente el cargo, procederá conforme al artículo 107. El defensor podrá entrevistarse con su asistido inmediatamente antes de practicarse los actos aludidos en los artículos 184, penúltimo párrafo, y 294 bajo pena de nulidad de los mismos.

### V.III. *Alcances*

En nuestro ámbito, esta garantía de raigambre constitucional ha estado vinculada tradicionalmente a una etapa particular del procedimiento penal, concretamente, a la judicial, es decir, cuando el sumario policial se ha judicializado, luego de la elevación correspondiente realizada por las fuerzas de seguridad preventivas en el hecho ilícito – art. 186 del CPPN<sup>11</sup>–, transformándose así en «causa» y, específicamente en el acto de imposición de la imputación en el marco de la legitimación pasiva –art. 294 íb.<sup>12</sup>–.

Efectivamente, a la clásica división del proceso en las dos etapas, de instrucción –etapa de cesura al finalizarla, algunos la consideran como una más– y de juicio, podemos identificar una previa, que es la cumplida por las fuerzas de seguridad, en función represiva e investigativa del hecho denunciado o cometido en flagrancia, y plasmada en las actuaciones que conforman el denominado «sumario de prevención». Esta actividad se encuentra regulada en el Libro I-Capítulo II-arts. 183 a 186 del Código Procesal Penal de la Nación, normas que las facultan

Art. 296. El imputado podrá abstenerse de declarar. En ningún caso se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerá contra él coacción o amenaza ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinarlo a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenencias tendientes a obtener su confesión. La inobservancia de este precepto hará nulo el acto, sin perjuicio de la responsabilidad penal o disciplinaria que corresponda

Art. 298. Terminado el interrogatorio de identificación, el juez informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas existentes en su contra y que puede abstenerse de declarar, sin que su silencio implique una presunción de culpabilidad. Si el imputado se negare a declarar, ello se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo.

Art. 299. Si el imputado no se opusiere a declarar, el juez lo invitará a manifestar cuanto tenga por conveniente en descargo o aclaración de los hechos y a indicar las pruebas que estime oportunas. Salvo que aquél prefiera dictar su declaración, se le hará constar fielmente; en lo posible, con sus mismas palabras.

Después de esto el juez podrá formular al indagado las preguntas que estime convenientes, en forma clara y precisa, nunca capciosa o sugestiva. El declarante podrá dictar las respuestas, que no serán instadas perentoriamente.

11 Art. 186. Los encargados de la prevención comunicarán inmediatamente al juez competente y al fiscal la iniciación de actuaciones de prevención. Bajo la dirección del juez o del fiscal, según corresponda, y en carácter de auxiliares judiciales, formarán las actuaciones de prevención (...). Las actuaciones de prevención deberán practicarse dentro del término de cinco días, prorrogables por otros cinco días previa autorización del juez o fiscal, según corresponda, sin perjuicio de que posteriormente se practiquen actuaciones complementarias con aquellas diligencias que quedaren pendientes.

12 Art. 294. Cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito, el juez procederá a interrogarla; si estuviere detenida, inmediatamente, o a más tardar en el término de veinticuatro (24) horas desde su detención. Este término podrá prorrogarse por otro tanto cuando el magistrado no hubiere podido recibir la declaración, o cuando lo pidiere el imputado para designar defensor.

a realizar la pesquisa preliminar de los hechos que llegan a su conocimiento, con inmediata intervención jurisdiccional – art. 186 CPPN–.

Con el transcurso de los años, este marco de intensa dependencia de las directivas de los jueces y fiscales en todo lo relativo a la función perquisitiva ha ido calando hondo en forma progresiva al interior de las fuerzas, y se cristalizó en la formación teórica y en la dinámica práctica, bajo este paradigma de funcionamiento, hasta incorporarse definitivamente en su conformación profesional, al punto de que sus integrantes conciben su función solo de esta manera.

La explicación viene de la mano de la detracción de la función investigativa autónoma, a partir del dictado del Código Levene –Ley 23984–, que ostentaba la instancia policial. Sin intenciones de ingresar aquí al estudio de las razones de esta situación –quizás las derivaciones indeseadas de su ejercicio en el pasado hayan contribuido o más bien determinado ello–, anotaremos solamente que se trata de una cuestión que bien vale una investigación específica, entre otros motivos, porque la función investigativa es esencialmente de naturaleza policial, y no suele entenderse de esta manera, ya que se cargan siempre sobre el juez las críticas relativas a los resultados de las investigaciones penales.

Lógicamente, este estado de cosas no ha evolucionado sin tensiones. Se ha modificado el artículo 184 del CPPN y ha sido sustituido por el artículo 1 de la Ley 25434 (B.O. 19/6/2001) que es el que exhibe actual redacción<sup>13</sup> y, en lo que nos interesa, incorpora dos nuevos incisos que ratifican (o «blanquean») la praxis aquí cuestionada, y la dotan de legalidad. En efecto, antes del ya citado inciso 10, la modificación legislativa incorpora otra facultad policial, bajo el 9, según la cual:

En los delitos de acción pública y únicamente en los supuestos del artículo 285, [las fuerzas del orden pueden] requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones. Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso.

En este supuesto, ni siquiera se regula la forma de esta «declaración», peor aún, como bien dice el Senador Yoma en la discusión de la ley, se permite

13 Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 13º Reunión de la 6º Sesión Ordinaria, Mayo 30 de 2011, Período 119º y Diario de Sesiones de la 38º Reunión, 10º Sesión Ordinaria del 13 de junio de 2001 de la Cámara de Senadores de la Nación, de la que surge el debate precisamente entre la posición mayoritaria que fundamenta la ampliación de facultades policiales en los efectos beneficiosos sobre el combate de la delincuencia y la minoritaria que lo refuta, aunque en forma general, sin detenerse demasiado en cada dispositivo, con excepción del Senador Yoma. Él realiza un repaso de cada norma y cuando llega a la del inciso 9º manifiesta su disconformidad a que no se documenten los dichos de los “testigos” entrevistados por el personal policial –luego precisa que el precepto efectivamente se refiere al “sospechoso”– aunque sin advertir el problema de la omisión de la previa lectura de derechos.

incorporar, por declaración testimonial, lo que alguien –en realidad no cualquiera, sino precisamente el representante de la agencia estatal represiva que se encuentra interesado específicamente en el resultado de la investigación: la policía– dice que el «sospechoso» dijo, con un agregado veladamente «culposo» e igualmente irreal: «Esta información no podrá ser documentada ni tendrá valor alguno en el proceso».

En primer lugar, porque aun cuando no pueda ser «documentada» ingresará a través de la declaración del personal policial, que no es otra cosa que una documentación de lo ocurrido en una declaración testimonial y, en segundo, porque su eventual valor probatorio no depende de la voluntad del legislador, sino del juez a quien incumbe realizarla y, en cualquier caso, ¿para qué otorgar una facultad que no puede documentarse y que tampoco tiene valor alguno en el proceso? La razón es, de nuevo, la que se persigue «realmente», aunque se pretenda enmascararla con circunloquios de contradictorios y absurdos postulados que terminan revelando tal «real» finalidad: sí se «documenta» en el modo antes indicado y sí tiene valor en el proceso. Justamente ese valor es el que proporciona la explicación de lo ocurrido y que le da razón de ser al interrogatorio: obtener «noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones».

He aquí una muestra acabada del vano intento de presentar como «herramientas para la investigación» lo que no es otra cosa que el resultado del voluntarismo elevado a categoría legislativa, pretensión que la realidad implacablemente castiga evidenciando la condición absurda de su formulación, puesto que en la misma sentencia se garantiza la *no* incorporación y el *nulo* valor probatorio de informaciones que, sin embargo, juzga *relevantes* para orientar la investigación.

Y el dislate no termina aquí, pues seguidamente se incorpora otro inciso en el que se prohíbe lo que se autorizó en el anterior:

10. No podrán recibir declaración al imputado. Sólo podrán dirigirle preguntas para constatar su identidad, previa lectura que en ese caso se le dará en alta voz de los derechos y garantías contenidos en los artículos 104, párrafo 1 y último, 197, 295, 296 y 298 de este Código, de aplicación analógica al caso, todo ello bajo pena de nulidad en caso de así no hacerse, sin perjuicio de la comunicación que hará el juez a la autoridad superior del funcionario a los efectos de la debida sanción administrativa por el incumplimiento.

En consecuencia, en una situación de flagrancia delictiva, a fin de requerir de quien se sospecha autor de un delito informaciones relevantes para continuar la investigación, en su contra, no se precisa ninguna formalidad. Sin embargo, para preguntarle su identidad deben leerse sus derechos de acuerdo a las mismas normas que regulan tal advertencia en forma previa a una declaración indagatoria que solo puede prestarse ante el juez.

Más allá de estas incongruencias, no corresponde aprovecharlas para realizar disquisiciones entre supuestos idénticos, como «formulación de preguntas», «entrevista informal» y/o «recepción de declaración», como pretende alguna jurisprudencia para fundar una suerte de reducción de importancia entre uno y otro acto que autorizaría a diferenciar el nivel de la tutela constitucional, puesto que bien puede concluirse que siempre que la autoridad policial se dirige a un ciudadano en el marco de una investigación penal le está recibiendo declaración (o entrevistándolo o formulándole preguntas, no hay diferencia cualitativa alguna) y siempre, por eso mismo, debe advertirle las consecuencias legales de ese acto<sup>14</sup>.

## **VI. LA DOCTRINA DE LA VALIDEZ DE LAS MANIFESTACIONES ESPONTÁNEAS O REQUERIDAS SIN CONSENTIMIENTO INFORMADO**

Como expusimos en el último párrafo del punto I del presente, los límites reglamentariamente impuestos para este trabajo obligan a citar los que consideramos principales o fundamentales argumentos que construyen y resumen la quasi unánime postura que valida toda información aportada al Estado por el sospechoso, imputado o sindicado de ser autor de un delito, aun sin la previa instrucción acerca de las consecuencias legales que le sobrevendrán en un proceso penal por los efectos de tal aporte.

En esta línea, para esta doctrina, siempre y cuando la persona detenida o demorada por la autoridad policial en la vía pública aporte información autoincriminatoria, ya sea en forma «espontánea» o contestando requerimientos expresos o tácitos (miradas inquisitivas, actitudes, etc.) en forma «libre», entendido este estado como opuesto a una situación de violencia física o moral –coacción o engaño–, no se verifica cuestionamiento constitucional alguno. Así se ha pronunciado el máximo tribunal del país y en forma concordante los inferiores.

En el precedente de Fallos 315:2505 «Cabral» la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció:

14 Como se esfuerza vanamente la jurisprudencia en validar, con infructuosos resultados evidenciados en esfuerzos argumentativos que se revelan ilógicos o directamente contrarios al propio texto de la ley, cuando afirma que el recordado inciso 9º refiere a “declaraciones espontáneas” del sospechoso: “lo que el art. 184 del C.P.P. pretende es evitar por parte de la prevención policial que ésta recepte una declaración indagatoria al detenido, pero no que ignore las manifestaciones que espontáneamente le acerque quienes se encuentren inmersos en un procedimiento ajustado a derecho...” (*causa N 19.577, “Van Schaik, Eduardo”, del 23/10/02. Sala II. de la Cámara Nacional de Casación Penal*); cuando en realidad el precepto autoriza a la policía a requerir del sospechoso noticias e indicaciones, lo que ciertamente implica algo más y muy distinto que reproducir una manifestación espontáneamente emitida y nada dice acerca de presuntas declaraciones indagatorias. Por lo demás, nadie pretende que el Estado ignore nada (crítica frecuente a la censura como la que aquí se formula), sino que la información obtenida de la comunicación de un sospechoso de haber cometido un delito no lo sea al margen de la Constitución nacional si se pretende luego hacerla valer en su contra en un proceso penal.

Si el procedimiento no se originó en una declaración alcanzada por el art. 316 CPMP -que establece la carencia de valor probatorio de las confesiones realizadas ante autoridad policial- sino en un dato aportado por el imputado al personal preventor que lo conducía hacia la comisaría, la mera comunicación de ese dato, en la medida que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación<sup>15</sup>.

Doctrina reiterada en «Schettini» (13/09/94) en el que la Corte determinó:

La mera comunicación de un dato, en la medida que no sea el producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a concluir en que la restricción procesal del art. 316 CPMP impide a los funcionarios investigar las pistas que pudiesen surgir de esa comunicación (considerando 4º de «Cabral», al que se remite la Corte).

Y fue aún más lejos, al establecer en el considerando 6º la validez de las pruebas obtenidas en virtud de manifestaciones efectuadas en sede policial, aunque luego desconocidas en sede judicial, siempre que fueran producto de «la libre voluntad del imputado»; y ello así, pese a que la ley entonces aplicable, artículo 316 inciso 1 del Código de Procedimientos en Materia Penal (Ley 2372) expresamente determinaba que solo se entiende por «confesión» a la exteriorizada ante el juez<sup>16</sup>.

En efecto, dice la Corte en el considerando 6 que de las circunstancias en que se recogieron las manifestaciones de Schettini en sede policial y que permitieron individualizar el domicilio del consorte, Jorge Llambay, se desprende que habían sido el producto de su libre voluntad, en cuanto se encontraba legalmente detenido ante la comprobación de un delito y el oficial de policía interviniente, al ser interrogado en sede judicial acerca del modo en que se había obtenido la información del domicilio del segundo, explicó que cuando detuvo a Schettini este refirió que habitualmente compraba cocaína a un tal Jorge, de quien suministró

15 Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Cabral, Agustín”, LL 1993-B-257, 14/10/92.

16 Las prácticas indeseadas desplegadas en la tarea de represión del delito han derivado en la curiosa convicción de que su erradicación se garantiza elevándolas a categoría legislativa. De esta manera, se legaliza lo que está mal con el pretexto de que así “se controla” (como también los ya aludidos incisos 9 y 10 del 184, CPPN). El efecto, claro, es todo lo contrario, en cuanto nunca lo que está mal puede transformarse en bueno a través de su normativización. Las sociedades sanas estigmatizan el mal, no lo legalizan. Parecería que esta lógica obedecería a una inconsciente aceptación de la propia inoperancia: como no se puede alcanzar la excelencia profesional de los operadores del sistema de prevención, represión y juzgamiento del delito, se legaliza su inoperancia/negligencia/corrupción, se naturalizan tales prácticas derivadas de alguna o todas estas características y luego se justifican judicialmente, en otras palabras, se normativiza (“normaliza”) el mal, se legaliza la infracción.

su dirección y si bien en sede judicial Schettini negó la pertenencia del envoltorio secuestrado y dijo no conocer a Llambay, no aportó elemento alguno que condujese a pensar en una comunicación formulada bajo coacción [el subrayado es propio]<sup>17</sup>.

También en la causa M.3710 XXXVIII «MINAGLIA, M.O.» Rta. 04/09/07, la Corte consideró admisible la incorporación al proceso de un «dato» obtenido «sin coacción» –y sin lectura de derechos–:

... la mera comunicación de un dato, en la medida en que no sea producto de coacción, no es un indicio que deba desecharse de la investigación criminal, pues lo contrario llevaría a sostener (...) que la restricción procesal antes mencionada impide a los funcionarios investigar las pistas que pudieran surgir de esa comunicación<sup>18</sup>...

En cuanto a los tribunales inferiores, son numerosos los fallos que se pronuncian en la misma línea. Citaremos a modo ejemplificativo el de la Sala VII de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal en autos «Brajín, Alejandro D.» Expte. N° 33.414 del 11 de marzo de 2008, por cuanto incluye citas de similares conceptualizaciones originadas en otros tantos tribunales, incluso superiores, como la Cámara Nacional de Casación Penal.

Allí los jueces se remiten a un precedente anterior de la misma Sala<sup>19</sup>, en el que se estableció que «el art. 184, inc. 9, del digesto adjetivo... autoriza al funcionario policial a ‘requerir del sospechoso y en el lugar del hecho noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones’» y validan el dispositivo:

... en la medida en que la actividad preventora autorizada por la ley en forma general en el art. 183 del ritual no puede desarrollarse ‘a ciegas o abstraída de la realidad’, lo que demuestra que la norma del art. 184, inc. 9, en todo caso autoriza una indagación simple, ‘lo necesario para determinar precariamente la imputación y la persona del supuesto responsable’, respecto de la cual ‘es difícil suponer que no será documentada, al menos bajo la forma del interrogatorio del preventor –que estará obligado a exponer lo que se le confió–, hasta porque su actividad ulterior, adversamente, quedaría de otro modo inexplicada’ (Navarro, Guillermo Rafael y Daray, Roberto Raúl, Código Procesal Penal de la Nación, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, tomo I, pág. 474).

Luego autoriza el proceder del personal policial, ya que:

<sup>17</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Schettini, Alfredo y Llambay, Jorge”, Fallos 317:956, 13/9/94.

<sup>18</sup> *Fallos*: 330:3801.

<sup>19</sup> Causa N° 29907, “Marín Chavarría, Rosaura”, 11/9/06.

... en modo alguno se ha obtenido una “declaración” en los términos que trae el art. 184, inciso 10, del ritual, dispositivo que sí prevé la sanción de nulidad para los casos de inobservancia. En esa dirección, y en la inteligencia que de la cuestión asumiera la defensa particular, nótese que la norma alude al “sospechoso” (inciso 9) y no al “imputado” (inciso 10), término este último utilizado en numerosas ocasiones en el articulado del procedimiento y excluido en el dispositivo del inciso 9 (de esta Sala, causa N° 27.802, «Barrientos, Walter», del 22/11/05).

Finaliza ratificando la validez de las comunicaciones entre sospechoso/imputado y personal policial:

Bajo tal perspectiva, se ha sostenido que “el simple diálogo del prevenido con el preventor no implica recibirle declaración [CNCP, Sala II, 15/3/95, causa 32/95, ‘Cardozo, L’]” (opus cit., tomo I, pág. 473). Sólo a mayor abundamiento ha sostenido esta Sala en su oportunidad, que “lo que el art. 184 del C.P.P. pretende es evitar por parte de la prevención policial que ésta recepcione una declaración indagatoria al detenido, pero no que ignore las manifestaciones que espontáneamente le acerque quienes se encuentren inmersos en un procedimiento ajustado a derecho... (causa N° 19.577, «Van Schaik, Eduardo», del 23/10/02).

Claramente, se restringen los alcances de la prohibición constitucional en la interpretación de la norma.

## **VII. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA REGLA NEGATIVA DE VERIFICACIÓN Y LA DOCTRINA MIRANDA DE NECESARIA APLICACIÓN EN EL SISTEMA PENAL NACIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA**

La reseña aquí efectuada exhibe en toda su significación los ingentes esfuerzos por justificar lo injustificable, desde recursos a supuestas diferencias entre roles que significan sustancialmente lo mismo, sospechoso/imputado, hasta el tipo y/o contexto en el que se produce la comunicación vedada –entrevisita/manifiestación “espontánea”/respuesta a pregunta, etc.–, claro que sin explicar solventemente en donde, en concreto, radicarían las diferencias conceptuales que se conjutan y, lo fundamental, su incidencia en la mayor o menor protección constitucional que merece cada una.

El denominador común de los precedentes citados y los que se han pronunciado en forma análoga (y que por razones de espacio no podemos incluir aquí) es que supeditan la validez jurídica del contenido de la declaración o manifestación a las cuestiones formales antes indicadas y fundamentalmente a la «libertad» en la emisión, entendida esta como ausencia de vis moral o absoluta ejecutada por un tercero con poder para hacerlo en forma vinculante (básicamente, las fuerzas de seguridad). Y, esto es central, en ningún caso establecen como carga estatal verificar *positivamente* la efectiva existencia en el caso de tal «libertad», sino que se contentan con inferirla negativamente, esto es, por un lado, por la interpretación

realizada de la secuencia del hecho y, por otro, ante la ausencia de reclamo o negativa posterior del imputado en sede judicial –incluso los criterios más extremos desechan esta última, como vimos en «Schettini»–, instaurando lo que podríamos categorizar, en consecuencia, como la «regla negativa» de verificación.

Recién en el precedente «Fiorentino, Diego E.» –Fallos 306:1752– del 27/11/1984 con mayor claridad la Corte introduce restricciones a esta verdadera «regla negativa de verificación», de la efectiva libertad de la persona al momento de resignar derechos constitucionales frente al Estado, transformándola en positiva, al poner en cabeza de este último la constatación de tal libertad y los requisitos que debe observar para verificarla.

En el caso citado, se produjo esta sana inversión del responsable requerido de probar su observancia de la Constitución –y consecuente fiel cumplimiento del sentido profundo del juramento prestado al asumir la función jurisdiccional de observar y hacer observar la Constitución nacional en cuanto de él/ella dependa, aunque la formula sea distinta–, en el momento de proceder con un allanamiento sin orden judicial:

Si el consentimiento puede admitirse como una causa de legitimación para invadir la intimidad de la morada, él ha de ser expreso y comprobadamente anterior a la entrada de los representantes de la autoridad pública a la vivienda, no debe mediar fuerza o intimidación, y a la persona que lo presta se le debe hacer saber que tiene derecho a negar la autorización para el allanamiento –considerando 8º del voto el juez Enrique S. Petracchi, la negrita es propia–.

Este consentimiento informado es trasladable a cualquier situación de interrelación ciudadano-Estado en función represivo-delictual. Y si bien podríamos discutir la procedencia de una «invasión de privacidad» fuera de los taxativos supuestos legalmente establecidos en nuestro ordenamiento para hacerlo sin orden judicial en el marco de una causa regularmente instaurada como para justificar la elaboración de una doctrina judicial reguladora de lo que sería una nueva categoría, en tanto es función del legislador precisamente llevar adelante tal sistematización de todos los supuestos relevantes y los que no puedan ser regulados pues no deberían ser practicados; lo cierto es que aunque se pondere el esfuerzo por avanzar al respecto, la regla se asienta sobre una falacia, en tanto nunca un ciudadano interme frente al poderío represivo estatal puede establecer una relación comunicativa libre, mucho menos cuando ese poderío se le enfrenta en una clara situación de sospecha inminente o cuando ya intervino en forma directa sobre él por suponerlo autor de un delito.

De esta manera, resulta materialmente imposible un consentimiento «libre» frente a una invasión de la privacidad domiciliaria, como así también personal, esto es, frente a un allanamiento sin orden judicial y sin los presupuestos legales autorizantes –arts. 227 del CPPN–, como ante una detención/demora en la vía

pública o en cualquier otro supuesto, porque en todas esas situaciones el marco resulta objetivamente opresivo/coactivo. El afectado se encuentra evidentemente «obligado»<sup>20</sup> a acatar las órdenes, actitudes, miradas (que son las que disparan las declaraciones supuestamente «espontáneas»), indicaciones o preguntas del agente estatal.

De allí, entonces, que siempre deba advertírselle, en forma clara, al ciudadano titular del derecho de exclusión de terceros respecto de toda interferencia contra su círculo de organización –dentro del cual solo él resulta competente para administrar su privacidad y libertad– previamente a cursarle, sugerirle, indicarle, insinuarle preguntas y/o a que diga cualquier cosa relacionada con aquellas garantías, y que tiene derecho a no franquear el ingreso a su domicilio si el agente no porta una orden firmada por un juez. Además, se le debe recordar que tiene derecho, en todo momento, a guardar silencio y que cualquier cosa que diga, tanto si fueran «noticias e indicaciones sumarias sobre circunstancias relevantes para orientar la inmediata continuación de las investigaciones» –art. 184 inciso 9– o respuestas a «preguntas dirigidas para constatar su identidad» – art. 184 inciso 10–, será utilizada en su contra en los tribunales.

Se le debe informar claramente que tiene derecho a consultar con un abogado de su confianza y a que este lo acompañe durante el interrogatorio que se le quiera formular en esos momentos y que si no tiene uno o así lo elige, se le nombrará un abogado público oficial para que lo represente. De esta manera, consentimiento informado mediante, podrá el Estado incorporar al proceso penal lo que será una comunicación legalmente obtenida de un emisor que inteligentemente la ha brindado.

Y la forma en que esta fundamental garantía puede y debe cumplirse es por demás simple, se requiere solo una tarjetita preimpresa con la advertencia «Miranda», que todos los policías deberán llevar consigo, plastificada para evitar la rotura o borrado con el desgaste, así de fácil, como en las películas, como en el Estado de derecho.

20 Se entiende por “obligación” a toda situación que viene impuesta por las circunstancias: “obligado” “obligada”: Adjetivo 2. Que es inevitable porque viene impuesto por las circunstancias: “tras la obligada permanencia en el hospital, volvió a su país” (*Oxford Languages*, disponible en: <https://languages.oup.com/google-dictionary-es/>). De la misma manera: “obligado, da”, del part. de obligar; lat. *obligitus*. 1. adj. Dicho de una cosa: **De realización forzosa por imposición legal, moral, social, etc.** Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., [versión 23.8 en línea], <https://dle.rae.es> (la negrita es propia).

# TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA: PERSPECTIVA AMBIENTAL Y DESAFÍOS ACTUALES

FACUNDO RIOS\* Y MARÍA SOLEDAD CARSEN NICOLA\*\*

## **I. INTRODUCCIÓN**

Nos enfrentamos a una crisis climática y ambiental sin precedentes, agravada por una crisis de representación en nuestras democracias, y los desafíos políticos de nuestra generación tendrán un impacto determinante en las generaciones futuras. Esta situación empeora año tras año y provoca una creciente caída de los recursos naturales necesarios para garantizar la calidad de vida de las personas. De persistir estos patrones, el aumento de los precios, debido a la escasez de recursos, no solo afectará a los sectores vulnerables, sino que también generará una crisis en las capas medias, que pondrá en jaque al propio sistema. Desde la perspectiva ambientalista, se verifica la necesidad de constituir un sistema institucional más robusto, respaldado por un entramado legal que permita a los órganos del Estado dar respuesta a los desafíos actuales.

La reforma constitucional de 1994 trajo consigo una serie de cambios significativos en el marco jurídico argentino. Su impacto en el dominio ambiental ha sido objeto de debate y controversia. En este contexto, tal reforma emerge como un hito fundamental que debe ser revisado a la luz de las nuevas demandas sociales y ambientales. A treinta años de esta modificación, es imperativo reflexionar sobre el papel que la Constitución nacional debe desempeñar en la protección

\*Abogado especialista en derecho y política de los recursos naturales y el ambiente UBA, docente de Derecho Internacional Ambiental, Derecho Constitucional y Derechos Humanos, Derecho de los Recursos Naturales y del Ambiente, Derecho Constitucional Ambiental, en diferentes posgrados y diplomaturas, investigador y subdirector en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, autor de diferentes publicaciones académicas y ponencias nacionales e internacionales. Contacto: facundorios@derecho.uba.ar.

\*\*Abogada egresada de la Universidad de Belgrano, docente de la Facultad de Derecho de la UBA en la materia Derecho de los Recursos Naturales y Protección Ambiental, integrante del Grupo de Trabajo CEDAF (Centro de Derecho Ambiental) de la Universidad de Buenos Aires, integrante del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, autora de diferentes publicaciones académicas. Contacto: mcarsennicola@derecho.uba.ar.

y preservación del ambiente. Este artículo pretende, entonces, poner en crisis el sistema de gestión de recursos naturales allí establecido, analizar cómo la Constitución reformada ha influido en la legislación ambiental del país y de qué manera se han aplicado sus disposiciones en la práctica.

La Declaración de Río de Janeiro de 1992 sentó las bases para una mayor protección del entorno natural. Este documento no solo tuvo repercusiones a nivel internacional, sino que también influyó en la redacción de las constituciones de varios países, incluida Argentina. Por lo tanto, es necesario analizar el impacto de esta declaración en la concepción y el desarrollo del constitucionalismo ambiental en nuestro país, y la evolución del sistema internacional en este sentido.

Así mismo, en las últimas décadas, ha habido un creciente reconocimiento del ambiente como un derecho humano autónomo: a nivel nacional, con la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; a nivel regional, con la opinión consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y a nivel internacional, con la inclusión del derecho a un ambiente sano por parte de la Asamblea de las Naciones Unidas en 2022. Sin mencionar la intromisión del tema climático en la discusión y su impacto en el desarrollo de los Estados, esta evolución legal y jurisprudencial nos obliga a repensar el papel de la Constitución en la protección de este derecho fundamental.

## **II. ANTECEDENTES DE NUESTRA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL**

La reforma constitucional de 1994 marcó un hito en la historia del constitucionalismo argentino, como cada reforma en Latinoamérica, al reconocer por primera vez al derecho a un ambiente sano y al desarrollo sostenible como un derecho fundamental. Al respecto, Marcelo López Alfonsín destaca:

El desarrollo del derecho al ambiente sano como categoría constitucional tiene su punto de partida con una fuente primaria en el derecho internacional público y su creciente influencia en el derecho comparado. La constitucionalización del mismo viene de la mano del reconocimiento de los “derechos humanos de tercera generación”, en donde juega un papel preponderante la consolidación del valor “solidaridad” como criterio axiológico.<sup>1</sup>

Es menester remarcar que el desarrollo del derecho ambiental encuentra sus raíces en el derecho internacional, en particular, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972. Este encuentro marcó un punto de inflexión en la conciencia global sobre la necesidad de proteger el ambiente y sentó las bases para el surgimiento del constitucionalismo ambiental.

1 López Alfonsín, Marcelo, “El derecho a un ambiente sano”, *Revista digital de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, 2017, pp. 64 - 65.

El informe «Los límites al crecimiento», elaborado por el MIT (Massachusetts Institute of Technology) y publicado también en 1972 por el Club de Roma, alertó sobre los peligros del crecimiento ilimitado y la necesidad de un desarrollo sostenible que garantizara la preservación de los recursos naturales para las generaciones futuras. Basándose en estudios científicos, muestra que, de persistir los niveles de crecimiento poblacional, los niveles de contaminación y los modelos insostenibles de patrones de consumo y producción, los recursos naturales no darían abasto para satisfacer las necesidades mínimas de las personas.

Estos avances fueron la base necesaria para que, posteriormente, en 1987, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, presidida por la ex primera ministra noruega Gro Harlem Brundtland, publicara su informe titulado “Nuestro Futuro Común”, también conocido como el Informe Brundtland. Allí se introduce por primera vez el concepto de *desarrollo sostenible* como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer sus propias necesidades<sup>2</sup>.

Este concepto fue incorporado posteriormente por la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro en 1992, y luego fue adoptado en la reforma constitucional argentina de 1994, así como en las sucesivas reformas constitucionales de nuestra región. La Cumbre significó un punto de inflexión en la agenda ambiental mundial. En este encuentro, se adoptaron importantes instrumentos internacionales, principalmente, la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo y la Agenda 21, que sentaron las bases para una gestión más sostenible de los recursos naturales a nivel global. La Declaración de Río reconoció el principio de responsabilidad común pero diferenciada de los países desarrollados y en desarrollo en la protección del ambiente, así como la necesidad de integrar la dimensión ambiental en el desarrollo económico y social, entre otros. Estos principios fueron rápidamente adoptados por los tribunales internacionales. Un ejemplo de ello es la Opinión consultiva del 8 de julio de 1996 de la Corte Internacional de Justicia, sobre la legalidad de la amenaza o el uso de armas nucleares, entendiendo que el principio precautorio es de cumplimiento obligatorio para los Estados.

Para la redacción de la Constitución argentina de 1994, especialmente en lo que respecta al reconocimiento del ambiente como un derecho fundamental, la influencia de estos hitos es muy marcada, al igual que el fenómeno conocido como constitucionalismo verde<sup>3</sup> o ambiental, que otorga rango constitucional al derecho al ambiente sano. A su vez, este reconocimiento se expande a nivel

<sup>2</sup> World Commission on Environment and Development. *Nuestro Futuro Común*. Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidido por Gro Harlem Brundtland, Oxford University Press, 1<sup>a</sup> edición, 1987.

<sup>3</sup> Brañes Ballesteros, Raúl, Memorias del Simposio Judicial realizado en la Ciudad de México del 26 al 28 de agosto de 2000, ponencia magistral: “Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible. El acceso a la Justicia Ambiental en América Latina”, serie de documentos sobre

regional. El desarrollo sostenible se convierte en un objetivo de los Estados y busca garantizar la armonía entre el desarrollo económico, la inclusión social y la preservación del ambiente como búsqueda final. En pos de este objetivo, se despliegan estrategias políticas públicas globales, como los Objetivos del Milenio y los Objetivos del Desarrollo Sostenible. Tales acciones, si bien no se reflejan de manera directa en el modelo productivo de nuestros Estados, establecen un marco protectorio para impedir el avance desmedido sobre el ambiente.

En nuestro país, el Pacto Federal Ambiental, firmado en 1993, surge como un antecedente crucial en el proceso que llevó a la reforma constitucional de 1994. Este pacto fue resultado de un acuerdo entre la nación y las provincias, un intento significativo de armonizar las políticas ambientales en Argentina, bajo el principio del federalismo de concertación. Este enfoque promovía la cooperación y el consenso entre las diferentes jurisdicciones en la toma de decisiones ambientales, sobre la base de que la gestión del ambiente no puede ser efectiva si no se abordan de manera conjunta y coordinada las competencias y responsabilidades de cada nivel de gobierno. El pacto, al sentar las bases para una política ambiental integrada, permitió a las provincias y a la nación trabajar de manera colaborativa en la elaboración de políticas que reflejaran las necesidades y realidades específicas de cada región, pero dentro de un marco de objetivos comunes.

El Pacto Federal Ambiental, pese a su corta redacción, al haber reunido al presidente de la nación, a todos los gobernadores y a la autoridad de la Capital Federal de ese momento se consagró como un antecedente político ambiental relevante. En él se establecieron directrices claves que luego se incorporarían en la reforma constitucional de 1994 y en la Ley General del Ambiente. Entre estas directrices, se encontraban la protección del derecho a un ambiente sano, el uso sostenible de los recursos naturales y la obligación del Estado de prevenir y controlar la contaminación. Además, el pacto promovió la idea de que las políticas ambientales debían estar fundamentadas en principios como la equidad intergeneracional y el principio de «contaminador-pagador», principios centrales establecidos en la declaración de Río de 1992.

La reforma de 1994 fue la herramienta de institucionalización de un marco normativo que obligó tanto a la nación como a las provincias a colaborar en la protección del ambiente. De esta manera, el Pacto Federal Ambiental no solo fue un antecedente, sino también un catalizador que facilitó la integración de los

---

Derecho Ambiental 9, PNUMA, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Gobierno de México, 1.<sup>a</sup> edición, 2000, p. 44.

Galán, Beatriz, “Arreglos institucionales para la gestión ambiental en países de América Latina y el Caribe. Cambios producidos en la última década (1994- 2003)”, versión preliminar no editada que sería pública dentro de la Serie de Documentos sobre Derecho Ambiental PNUMA / ORPALC, 2004.

derechos ambientales en el texto constitucional y marcó un hito en la evolución del marco jurídico ambiental de Argentina.

En resumen, la construcción del marco jurídico argentino ambiental actual encuentra una fuerte influencia internacional, pero al mismo tiempo fue influido por el fortalecimiento del federalismo que, como veremos a continuación, será disruptivo en nuestra historia, dado que dejará atrás la idea de los recursos naturales como elemento controlado por el gobierno central.

### **III. EL MARCO JURÍDICO ARGENTINO**

La reforma constitucional de 1994 introdujo el reconocimiento de amplios derechos fundamentales, como el derecho al ambiente sano, apto para el desarrollo humano, y le otorgó jerarquía constitucional a un derecho de compleja aplicación e interpretación en cuanto a su alcance. Si bien *a priori* se puede ver solo como la incorporación de un nuevo derecho sin más, este se mete en las raíces de nuestro sistema, y abarca los temas más sensibles de la construcción social, como el modelo productivo. Esta reforma incorpora la mirada del desarrollo sostenible, entendido como la confluencia entre el desarrollo económico, la inclusión social y el ambiente.

El artículo 41 de la Constitución nacional argentina es, por excelencia, la cláusula constitucional ambiental que introduce las bases para el marco jurídico ambiental que construiremos a su orden. Este artículo consagra los principios esenciales que serán la guía para la protección y preservación del ambiente, pero también influye y limita al Estado en su conjunto a una serie de directrices para su cumplimiento. Para comprender en profundidad el alcance y la aplicación de este artículo, es necesario desglosarlo y analizar cada una de sus disposiciones en detalle.

El primer párrafo del artículo 41 consagra el derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano<sup>4</sup>. Así, cada habitante de nuestro país debe gozar de un ámbito apto para disfrutar de una vida prolongada y saludable, adquirir conocimientos, y tener acceso a los recursos necesarios para vivir decentemente según establece el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). La Constitución argentina, en este sentido, reconoce que un ambiente sano es condición necesaria para el desarrollo humano. Este derecho no solo implica la ausencia de contaminación, sino también la existencia de un entorno que permita el bienestar y el desarrollo integral de las personas.

En el mismo sentido, continúa definiendo que los recursos naturales de nuestro territorio deben ser usados para garantizar estas necesidades, sin comprometer las de las generaciones futuras, y rescata claramente el concepto de

4 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre Desarrollo Humano, 1990.

*desarrollo sostenible<sup>5</sup>. En otras palabras, se trata de fomentar el desarrollo económico y social de manera que los recursos naturales sean utilizados de forma racional y prudente. La Constitución argentina, al adoptar este principio, establece una guía clara para las políticas públicas y las prácticas privadas, asegurando que el progreso no se logre a costa de la degradación ambiental. Esto denota una clara relación e influencia de los principios tres y cuatro de la Declaración de Río.*

*Este primer párrafo también aborda el deber de protección y preservación del ambiente, sumado a la obligación de recomposición en los supuestos de daño ambiental, e impone un deber explícito de protección y preservación del ambiente a todos los habitantes de la nación. Este deber implica no solo evitar acciones que puedan causar daño ambiental, sino también tomar medidas para preservar y mejorar la calidad del entorno. Si se cometiera un daño, rige el deber de recomposición al estado anterior a que este se produjera, a sabiendas de que en materia ambiental ello no siempre es posible. Estas tensiones continúan vigentes en el debate social sobre el tema.*

*El modo de resarcimiento del daño ambiental a través de la recomposición es una de las disposiciones más innovadoras del artículo, luego profundizada por la Ley General del Ambiente (Ley 25675). Indica que cuando la recomposición no sea factible, se deberá buscar una indemnización sustitutiva. Esta indemnización se determina en el marco de la justicia ordinaria y se deposita en un Fondo Compensatorio Ambiental, destinado a financiar proyectos de restauración y mejora ambiental. De forma inusual, la redacción constitucional crea tal obligación legal y moral para los ciudadanos, las ciudadanas y las autoridades, mediante la que fomenta una cultura de responsabilidad y cuidado hacia el ambiente. Inusual en cuanto deber positivo, semejante al levantamiento en armas en defensa de la patria y la Constitución promulgado por el artículo veintiuno.*

*En su segundo párrafo, el artículo 41 determina las obligaciones del Estado en todos sus niveles. Esto se profundiza en la Ley General del Ambiente, donde se definen los objetivos de la política ambiental, incluidos la protección, preservación y utilización racional de los recursos naturales. Además, se incorpora la educación e información ambiental como una herramienta fundamental para alcanzar estos objetivos, en línea con el principio décimo de la Declaración de Río. La educación ambiental, en la medida en que considera la información como vehículo para garantizar una participación ciudadana efectiva, no solo crea conciencia sobre los problemas ambientales, sino que también empodera a los ciudadanos y a las ciudadanas en la gestión y protección del ambiente.*

<sup>5</sup> World Commission on Environment and Development. *Nuestro Futuro Común*. Informe de la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, presidido por Gro Harlem Brundtland, Oxford University Press, 1<sup>a</sup> edición, 1987.

*En el mismo párrafo, logra vincular la preservación del patrimonio cultural, natural y la biodiversidad como elementos centrales en el desarrollo de las políticas públicas. La preservación de estos elementos es crucial para mantener la identidad y la riqueza natural de Argentina. La Constitución y las leyes derivadas de ella subrayan la importancia de proteger tanto el patrimonio cultural como el natural, a fin de asegurar que las futuras generaciones puedan disfrutar y beneficiarse de ellos.*

*El párrafo tercero trabaja sobre el reparto de competencias entre la nación y las provincias. El federalismo de concertación ambiental establecido por la reforma constitucional de 1994 constituye el elemento central para comprender nuestro marco jurídico ambiental. Este enfoque busca promover la cooperación y el consenso entre las diferentes jurisdicciones en la toma de decisiones ambientales, y reconoce al ambiente como una responsabilidad compartida entre todos los miembros de la comunidad y el Estado. Según el artículo 121 de la Constitución nacional, las provincias conservan todo el poder no delegado por la Constitución al gobierno federal, lo que incluye el poder de policía en materia ambiental y de recursos naturales. Sin embargo, el artículo 41 delega al gobierno federal la facultad de dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, que pueden ampliarse si las provincias lo disponen. Esta estructura, entonces, asegura un nivel básico de protección en todo el país, mientras permite a las provincias adaptar y fortalecer estas normas según sus necesidades.*

*Finalmente, estas competencias se completan cuando se especifica en el último párrafo del artículo 124 de la Constitución Nacional el dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios en manos de las provincias. Esto significa que las provincias tienen el control y la gestión de sus recursos, aunque deben hacerlo en el marco de las normas de presupuestos mínimos establecidas por el gobierno federal. Algunos doctrinarios también incluyen el artículo 75, inciso 12, que otorga al Congreso la facultad de dictar códigos de fondo, incluidas las normas ambientales. Ello refuerza el rol del gobierno federal en la protección del ambiente.*

*El párrafo cuarto y último del artículo 41 determina la prohibición del ingreso de residuos actual o potencialmente peligrosos al territorio nacional, y de los radiactivos. Esta disposición, aunque taxativa, ha generado debates sobre su interpretación y aplicación, especialmente, en cuanto al tránsito de residuos a través del territorio nacional. Sin embargo, su intención es clara: proteger a la población y el ambiente de los riesgos asociados con estos materiales.*

*En resumen, el artículo 41 de la Constitución nacional argentina, complementado por normas como la Ley General del Ambiente, constituye un marco jurídico robusto para la protección y preservación del ambiente en el país. Este marco no solo consagra derechos fundamentales y establece obligaciones*

*claras, sino que también promueve la cooperación y la coordinación entre la nación y las provincias. Al analizar en profundidad cada disposición de este artículo, se puede apreciar su importancia y su impacto en la gestión ambiental de Argentina.*

*En cuanto a la protección efectiva del ambiente, el artículo 43 de la Constitución habilita la garantía del amparo ambiental colectivo. Este mecanismo permite a cualquier persona, en nombre propio o en representación de un tercero, solicitar a la justicia la protección del ambiente, de los recursos naturales, del patrimonio cultural y de otros intereses difusos. Un ejemplo claro de la aplicación de este amparo lo encontramos en el caso Mendoza, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en respuesta a un amparo colectivo, ordenó al Estado argentino que proveyera de agua potable y saneamiento a las comunidades afectadas por la contaminación del Río Matanza-Riachuelo<sup>6</sup>.*

*Para concluir, es necesario señalar el texto del artículo 33 de la Constitución nacional: «Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados». Esto significa que el derecho al ambiente equilibrado, aunque no se explice en la letra de la Constitución, se vincula, por ejemplo, con las problemáticas que las Naciones Unidas definen como triple crisis planetaria, cambio climático, contaminación y biodiversidad.*

#### **IV. BALANCE ACTUAL A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA**

A tres décadas de la reforma constitucional de 1994, el balance en materia ambiental refleja tanto avances significativos como desafíos persistentes. A modo de cierre, esta sección analiza las dificultades y desequilibrios que surgen del federalismo de concertación, la insuficiencia de los presupuestos mínimos para conformar un marco jurídico completo, y el impacto del reciente reconocimiento del ambiente como derecho humano.

El modelo de federalismo de concertación establecido en la reforma de 1994 buscaba promover la cooperación entre la nación y las provincias en la gestión ambiental. Sin embargo, en la práctica, ha generado desequilibrios significativos. Las provincias tienen el dominio originario de los recursos naturales y eso les confiere una autonomía considerable en la administración de los recursos del territorio. Esto ha resultado en una aplicación desigual de las políticas ambientales, según las prioridades y capacidades de cada provincia. Algunas jurisdicciones han adoptado regulaciones más estrictas, mientras que otras han optado por enfoques más laxos, y se ha generado una fragmentación en la protección ambiental

<sup>6</sup> CSJN, “Causa Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo”, sentencia del 8 de julio de 2008.

a nivel nacional. Asimismo, las decisiones se toman, sobre todo, por necesidades coyunturales que poco tienen que ver con el desarrollo de un modelo productivo interconectado en todo el territorio y sustentable a largo plazo.

Si se consideran los recursos naturales como elementos centrales de la soberanía de un Estado, la administración de estos debe quedar en sus manos. Hasta la reforma de 1994, los partidos políticos poseían acuerdos en este aspecto, desde el presidente Hipólito Irigoyen, al crear la empresa Yacimientos Petrolíferos Federales (YPF), pasando por las posturas reflejadas en los discursos de los diputados Carbó y Bramuglia, relevados en el tomo I del Diario de Sesiones de la Convención Constituyente del Congreso de la Nación.

El marco normativo producto de la última reforma consolida una base fuerte, pero insuficiente para dar sustento a un marco jurídico integral. Actualmente, las leyes de presupuestos mínimos abarcan áreas como la gestión de residuos peligrosos, la protección de los bosques nativos, la adaptación y mitigación al cambio climático, la preservación de los glaciares y del ambiente periglacial, la gestión de agua, entre otras. No obstante, temas cruciales como la participación ambiental, el acceso a la justicia ambiental, o las normas básicas para aprobar una empresa con impactos ambientales, como es la evaluación o la estrategia ambiental, aún requieren reglamentación específica uniforme a lo largo y ancho del país. Sin una cobertura adecuada de estos aspectos, el marco jurídico permanece incompleto y la efectividad de las políticas ambientales se ve comprometida.

Desde el punto de vista de lo que podemos llamar una *democracia ambiental*, la participación ciudadana en la toma de decisiones y el acceso a la justicia son pilares fundamentales para una gestión ambiental efectiva. Sin embargo, la implementación de estos derechos ha sido insuficiente. La Ley General del Ambiente (Ley 25675) promueve la participación pública, pero su aplicación varía considerablemente entre jurisdicciones. Del mismo modo, el acceso a la justicia ambiental enfrenta obstáculos, como la falta de capacitación específica en los sistemas judiciales provinciales y nacionales, y la limitada disponibilidad de recursos para apoyar a los ciudadanos en sus demandas ambientales. Esto lleva a una permanente crisis entre la sociedad civil y el sector empresarial.

La percepción de que las inversiones empresariales son predominantemente extractivas, dadas las ventajas coyunturales de nuestra geografía, no hacen más que profundizar una grieta que imposibilita la convivencia social armónica. La falta de claridad y uniformidad en las normativas ambientales despierta en las empresas grandes inseguridades jurídicas. Esta situación desalienta inversiones sostenibles y perjudica el desarrollo económico del país. Por otro lado, la sociedad civil demanda mayores garantías para las actividades empresariales y exige responsabilidad ambiental y social. Esto se refleja en los casos conocidos como el salar del hombre muerto en Catamarca, o las exploraciones de las empresas

*offshore* en Mar del Plata. Actualmente, este debate se encuentra más vigente que nunca luego de la ratificación del acuerdo de Escazú de 2021, que avanza con los derechos reconocidos en el principio décimo de Río y consolidados en el párrafo segundo de nuestra Constitución.

Finalmente, en términos internacionales, asistimos a una «ola» de reconocimiento del derecho al ambiente sano como derecho humano, tal como ocurre en la Asamblea General de Naciones Unidas en 2022. En nuestra región, la Opinión Consultiva OC-23/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha reconocido al ambiente como un derecho humano. Este reconocimiento no solo eleva la protección ambiental al rango de derecho fundamental, sino que implica la adopción de principios como la no regresión y la progresividad, con rango constitucional, dado que emanan de fuentes reconocidas en el artículo 75 inciso 22. Estos principios establecen que los niveles de protección ambiental no deben retroceder y que los Estados deben esforzarse continuamente por mejorar la calidad del ambiente.

A su vez, tal reconocimiento refuerza la necesidad de integrar plenamente los principios ambientales en la legislación y las políticas públicas. Esto incluye la obligación de no regresión, es decir, la disminución de los niveles de protección alcanzados, y la progresividad, que exige avances continuos en la protección ambiental.

A treinta años de la reforma constitucional de 1994, aún persisten desafíos importantes que requieren atención urgente. La consolidación de un marco jurídico integral que incluya la participación ciudadana y el acceso a la justicia, la armonización de las políticas ambientales a nivel nacional y provincial, y la implementación efectiva de los principios de no regresión y progresividad son tareas pendientes. La colaboración entre todos los sectores de la sociedad y el fortalecimiento de las capacidades institucionales serán claves para enfrentar estos desafíos y garantizar un ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras.

# RELACIONES DE CONSUMO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

PAULA EUGENIA RODRÍGUEZ\*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre la importancia del rango constitucional de los derechos de las consumidoras y los consumidores que la última reforma de nuestra Carta Magna estableció en su artículo 42. Por otra parte, el cambio de paradigma en materia de infancias y adolescencias que significó la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y, en particular, de la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN), en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución nacional (CN), nos permite visibilizar a este colectivo como sujetos de derecho en el marco de sus relaciones de consumo.

En ese sentido, nos proponemos analizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNYA) como consumidores, y la evolución de tales derechos, a propósito de los treinta años de la reforma constitucional y el consequente proceso de constitucionalización del Derecho Privado.

## II. DERECHOS DE LAS CONSUMIDORAS Y LOS CONSUMIDORES

La consagración constitucional que implicó la inclusión de los derechos de consumidores en nuestro artículo 42 completó un proceso que se inició con los debates legislativos relativos a la votación y posterior sanción de la primera Ley de Defensa de las consumidoras y los consumidores (Nº 24240<sup>1</sup>, en adelante LDC).

\* Abogada UBA, profesora de la Facultad de Derecho de la UBA y de la carrera de Abogacía del Instituto Universitario de la Policía Federal Argentina, investigadora del Instituto de investigaciones “Ambrosio Gioja” de la Facultad de Derecho de la UBA, miembro del Instituto Argentino de Derecho del Consumidor, funcionaria del Departamento de Estudios de Derecho del Consumo del Ministerio Público de la Defensa de la CABA. Contacto: paulaeugeniarodriguez@gmail.com.

<sup>1</sup> En ese sentido, es dable destacar que la primera redacción de la LDC se refería al contrato de consumo y el artículo 42 CN amplió ese ámbito de competencia a lo que denominamos «relación de consumo».

Pensar en una ley de «defensa» del consumidor pone de relevancia la necesidad de una protección especial en virtud de la desigualdad estructural de condiciones en las que se encuentran los consumidores frente a los proveedores de bienes y servicios. Esta vulnerabilidad estructural<sup>2</sup> está vinculada a una subordinación del consumidor frente al proveedor por el deficiente poder de negociación en la contratación. A su vez, se vincula con la falta de información y de conocimientos técnicos, materiales, económicos que el consumidor posee respecto de los bienes y servicios que contrata. El proveedor impone las condiciones de comercialización más convenientes y beneficiosas a sus intereses, y el consumidor resulta obligado a elegir, únicamente, entre contratar o no contratar, sin ninguna mínima posibilidad de negociación.

En ese sentido, la Ley de Defensa del Consumidor resguarda sus derechos, y el artículo 42 de la CN consagra definitivamente con rango constitucional a los principales derechos al respecto, que describiremos brevemente. En su primer párrafo, el artículo 42 refiere a que los consumidores tienen derecho, en la relación de consumo, «a la protección de su salud, de la seguridad e intereses económicos, pero también a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno». Continúa el articulado, «las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo (...), la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios» y, por último, contempla la necesidad de establecer «procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos». Estos derechos, en una primera instancia, complementaron la ya sancionada LDC y luego, con la reforma de la ley del 2008, quedaron plasmadas algunas otras cuestiones, como el ámbito de aplicación que ahora se circunscribe a la relación de consumo y el principio de integración normativa, contemplados en su artículo 3.

### **III. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES COMO CONSUMIDORES**

Los derechos de las infancias y adolescencias han sufrido un cambio de paradigma en la legislación argentina, a partir de la incorporación de la CDN con rango constitucional en el artículo 75, inciso 22 de nuestra Constitución nacional, en la cual se reconoció la condición de sujetos de derechos los NNYA y se dejó de lado el vetusto concepto de «objeto de tutela».

Si bien resultó necesario, para adecuar nuestra legislación a esos estándares internacionales, sancionar la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos

2 Compartimos el criterio de Barocelli de que «dicha vulnerabilidad, al ser estructural, implica una presunción iure et de iure, que no acepta declinación o prueba en contrario, en hipótesis alguna». Para profundizar sobre el punto, ver: Barocelli, Sergio, *Consumidores Hipervulnerables*, Buenos Aires, El Derecho, 2018.

de Niños, Niñas y Adolescentes (con su correspondiente Decreto reglamentario 415/06) y casi diez años después el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, no podemos soslayar la importancia de la CDN para iniciar un proceso de cambio de perspectiva en materia de niñez que se vivió en nuestro país.

Cuando nos referimos a los derechos de NNYA como consumidores, debemos necesariamente vincular todo este sistema de protección integral con la normativa en materia de consumidores, en virtud del mencionado principio de integración normativa al que hace referencia el artículo 3 de la LDC. Desde mediados de siglo xx, la publicidad y el *marketing* han encontrado en las infancias y adolescencias un nicho de mercado, es decir, una oportunidad de negocios dentro de un segmento específico, que desde el ámbito jurídico no se había explorado, ni mucho menos regulado.

No cabe dudas de la multiplicidad de actos de consumo que realizan los NNYA en la vida cotidiana de manera presencial, pero también en el mundo digital, y muchos de ellos han quedado plasmados en el articulado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y ello tiene que ver con el proceso de constitucionalización del Derecho Privado que incorpora los principios y derechos consagrados constitucionalmente.

Tal como quedó expuesto en los fundamentos elaborados por la Comisión Redactora del anteproyecto de código, la constitucionalización del Derecho Privado tiene que ver con lo siguiente:

... la mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado... [el resaltado me pertenece]<sup>3</sup>.

La aplicación directa de la CN en los ámbitos cotidianos de la vida de los ciudadanos, sumada al proceso de constitucionalización del Derecho Privado, conlleva a una comunión de principios y derechos que están plasmados en la CN, pero que ahora se encuentran también reconocidos en el Código Civil y

3 Rivera, Julio, *Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, p. 37.

Comercial de la Nación y que se complementan con diferentes leyes especiales que regulan las situaciones particulares y los derechos de otros colectivos, como los adultos mayores, las personas con discapacidad, las mujeres, los NNYA.

El Código Civil y Comercial deja claramente determinados algunos supuestos, bajo los que podemos encuadrar a las personas menores de edad como consumidores, a saber:

- 1) El NNYA que contrata directamente con el proveedor, en actos de consumo que denominamos de escasa cuantía, conforme dispone el artículo 684 CCC, de acuerdo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar (por ejemplo, compra de alimentos, golosinas o materiales escolares, usuario de transporte, espectáculos públicos, etc.).
- 2) El NNYA que contrata directamente con el proveedor por estar legitimado por el principio de autonomía progresiva, conforme su edad y grado de madurez, consagrado en los artículos 26 y 639 inc. b CCC, de conformidad con lo establecido en la CDN; podríamos mencionar aquí en relación con el concesionario vial, el adolescente que posee licencia de conducir y utiliza una autopista o ruta, conduciendo una moto o automóvil.
- 3) El adolescente que adquiere o utiliza bienes o servicios con lo producido por su empleo, profesión o industria o se vinculan al desarrollo de esas actividades, conforme los artículos 30 y 686 inc. b CCC y 32 de Ley 20744 de Contrato de Trabajo: en su condición de afiliado a una obra social, asegurado de seguro de vida obligatorio o titular de una cuenta sueldo.
- 4) La persona menor de edad emancipada por matrimonio, conforme el artículo 27 CCC.
- 5) El adolescente de entre trece y dieciséis años que contrata tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física, conforme el artículo 26 CCC (por ejemplo: tratamientos de belleza, estética, radiografías, tomografías, electrocardiogramas, etc.).
- 6) El adolescente de dieciséis años o más que contrata servicios relativos al cuidado de su propio cuerpo, conforme el artículo 26 CCC (por ejemplo, tatuajes, *piercing*, depilación definitiva, etc.).
- 7) Los supuestos en que la persona menor de edad es parte del contrato de consumo, pero sus progenitores o tutores ejercen su representación (por ejemplo, contratación de servicios educativos, sanitarios, turísticos, etc.).
- 8) Los supuestos en que el NNYA es consumidor indirecto, por no ser parte del contrato o vínculo de origen, pero sí destinatario final del bien o servicio (por ejemplo, servicio de medicina prepaga, extensiones de tarjetas de crédito, por recibir regalos, etc.).

9) El NNYA que sufre daños por ser destinatario de prácticas comerciales ilícitas desplegadas por un proveedor en el mercado.

#### **IV. NORMATIVA ESPECÍFICA DE NNYA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

Hasta ahora hemos identificado los actos de consumo que el ordenamiento jurídico le reconoce a los NNYA como consumidores, en el ámbito del derecho privado en general. Seguidamente, nos detendremos a analizar la normativa específica que refiere a este colectivo, de manera particular.

Si entendemos que las consumidoras y los consumidores se encuentran en una situación de vulnerabilidad estructural, con los NNYA esa vulnerabilidad se agrava por tratarse de personas menores de edad. Por eso, será necesario tomar en consideración el doble estándar de protección: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro, el principio protectorio<sup>4</sup> en favor de las consumidoras y los consumidores, contemplado en el artículo 3 de la LDC.

Esta doble vulnerabilidad convierte a los NNYA en consumidores hipervulnerables. El reconocimiento de esa categoría jurídica se introduce por primera vez en la legislación argentina a través del dictado de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior<sup>5</sup>, que establece en su artículo 1:

... a los fines de lo previsto en el Artículo 1 de la Ley N° 24.240 se consideran consumidores hipervulnerables a aquellos consumidores que sean personas humanas y que se encuentren en otras situaciones de vulnerabilidad en razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

La normativa, por tanto, reconoce a los consumidores hipervulnerables como un sujeto de derecho merecedor de una regulación específica para el tratamiento de sus reclamos por incumplimientos o violaciones sufridas en el marco de una relación de consumo. En ese sentido, la norma que se dicta en un contexto de emergencia sanitaria nacional, declarada mediante el Decreto 260 de fecha 12

4 Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: *a)* regla in dubio pro consumidor (que refiere a que las interpretaciones siempre deben privilegiar la más favorable al consumidor); *b)* regla de la norma más favorable (que refiere a que cuando dos normas son aplicables, no importa el rango o jerarquía o fecha de dictado, se debe aplicar la más favorable al consumidor); y *c)* regla de la condición más beneficiosa (que supone la existencia de una situación más beneficiosa anterior, concreta y determinada, que debe ser respetada en la medida que sea más favorable). Para profundizar sobre el tema, ver: Barocelli Sergio Sebastián, *Principios y ámbito de aplicación del derecho del consumidor en el nuevo Código Civil y Comercial*, DCCyE, 24/02/2015, 63, AR/DOC/412/2015.

5 Téngase presente que la Secretaría de Comercio Interior es la Autoridad Nacional de Aplicación de la Ley 24240 de Defensa del Consumidor, por tanto, el organismo que dicta las reglamentaciones a la ley.

de marzo de 2020 como consecuencia del COVID-19, puso en evidencia la necesidad de contar con herramientas normativas para el ejercicio de los derechos de los consumidores, en general, y de los hipervulnerables, en particular.

Con relación a las personas menores de edad, que gozan de idénticos derechos que los adultos, pero que por su condición de personas en formación requieren de un plus tuitivo, encuentran en esta resolución una tutela de acompañamiento ante un organismo público administrativo para incumplimientos que se planteen en el marco de sus relaciones de consumo. Esta norma que por primera vez refiere a los NNYA como consumidores en la legislación argentina, se constituye en una medida de acción positiva en términos del inciso 23 del artículo 22 CN para garantizar los derechos de este colectivo que se verá acompañado y asesorado de manera personal, en virtud del principio de capacidad progresiva<sup>6</sup>.

En el marco de este acompañamiento del Estado, se deberán hacer los ajustes razonables para el pleno ejercicio de los derechos de las consumidoras y los consumidores hipervulnerables durante todo el procedimiento administrativo, teniendo en cuenta los principios de lenguaje claro, coloquial, expresado en sentido llano, conciso, entendible y adecuado a las condiciones de las personas intervenientes, como así también el deber de colaboración por parte de los proveedores para garantizar la inmediatez y celeridad en la resolución del conflicto<sup>7</sup>.

A esta novedad legislativa se le suma, casi un año después, el dictado de la Resolución 236/2021 de la Secretaría de Comercio Interior, mediante la cual se establece que el procedimiento para tratar los reclamos realizados por adolescentes entre 13 y 17 años ante la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor será el mismo que se dispone en la Resolución 139/20 con relación a los consumidores hipervulnerables. Esta resolución innova profundamente en el ordenamiento jurídico argentino, ya que garantiza el derecho a peticionar a las autoridades y a ser oído, establecido en el artículo 12 de la CDN y en el artículo 27 de la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de NNYA y, por tanto, se constituye en la primera norma jurídica que efectiviza el ejercicio de esos derechos por parte de este colectivo en una instancia administrativa estatal.

Asimismo, contribuye a visibilizar a los NNYA como un sujeto en la relación de consumo, por cuanto establece un mecanismo específico conforme a su calidad de personas en formación, que la autoridad administrativa deberá contemplar y poner a disposición frente a la interposición de sus reclamos. La norma, por un lado, autoriza en su artículo 1 a la autoridad administrativa a recibir los

6 Este principio que tiene que ver con el ejercicio progresivo de los derechos por parte de los NNYA en virtud de su edad y su grado de madurez, fue receptado en el artículo 12 de la CDN, y replicado en la normativa nacional en la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de NNYA y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

7 Conf. artículo 4 de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior.

reclamos que efectúen los adolescentes de manera autónoma, sin necesidad de representación por parte de un adulto responsable, pero por el otro, en su artículo 3, garantiza el derecho a participar de las audiencias a todo el colectivo, independientemente de su edad y de quién haya interpuesto el reclamo. Por tanto, la sola vulneración de alguno de los derechos de NNYA en el marco de sus actos de consumo autoriza a que puedan participar del proceso y que se les garantice el derecho ser escuchados.

Por otra parte, la medida en análisis refiere a la figura del abogado del niño<sup>8</sup>, que en el marco de un proceso administrativo implica un compromiso con la infancia y adolescencia y con el paradigma de protección integral de la CDN. Sin perjuicio de ello, resulta importante señalar que la norma no obliga a los adolescentes a participar con asistencia letrada, sino que lo brinda como una opción, del mismo modo que ocurre con los adultos en el marco del Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo, creado por Ley 26993<sup>9</sup>.

Finalmente, nos gustaría resaltar que la regulación específica en materia de consumidores NNYA que hemos desarrollado da cumplimiento a la manda constitucional del artículo 75 inciso 23, en cuanto se refiere a la adopción de políticas especiales para colectivos vulnerables, en forma general o específica de consumo, y también en instrumentos internacionales de derechos humanos, como la CDN.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Consumidores somos todos y todas, por tanto, los derechos consagrados constitucionalmente en el artículo 42 de la CN que son de aplicación directa se integran al plexo normativo en materia de infancias y adolescencias. Por ello, resultó fundamental la inclusión de los derechos de las consumidoras y los consumidores en nuestra CN, como también de los tratados de internacionales de derechos humanos, y en lo relativo al tema que nos convoca en este artículo, la CDN, para garantizar los derechos de los NNYA en su faz de consumidores.

La reforma constitucional permitió no solo cambiar el paradigma en materia de infancias y adolescencias, sino también en materia de derecho de las consumidoras y los consumidores, ya que se constituyó en el puntapié inicial para el recorrido normativo que se abrió paso posteriormente, con la modificación de la LDC, la sanción de la Ley 26061 de Protección Integral de Derechos de NNYA y, por último, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que incorporó los

8 Conf. artículo 4 de la Resolución 236/2021 de la Secretaría de Comercio Interior.

9 Torres Santomé, Natalia, Barocelli, Sergio y Rodríguez, Paula: “Niñas, niños y adolescentes en las relaciones de consumo. A propósito de la resolución 236/2021 de la Secretaría de Comercio Interior”, *La Ley*, año LXXXV n.º 68, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 7/4/2021, pp.1-3.

derechos de las infancias y adolescencias, pero también de los consumidores en un capítulo específico.

Sumado a esto, no debemos soslayar las novedosas y progresistas reglamentaciones en materia de derecho del consumidor que tuvo por fin incluir a los NNYA como un sujeto en la relación de consumo y, por tanto, con derecho, conforme al principio de autonomía progresiva, a que sean oídos y puedan peticionar a las autoridades. Sin perjuicio de ello, entendemos que la consagración final de los derechos de las consumidoras y los consumidores será posible el día en que se sancione un Código de Defensa de Consumidores, que contemple de manera autónoma los principios y el procedimiento para el ejercicio pleno de los derechos. Finalmente, con relación a los NNYA, el real ejercicio de sus derechos como consumidores quedará garantizado cuando aquellos sean debidamente conocidos. Por lo tanto, tenemos una deuda pendiente en su promoción y difusión en todos los ámbitos de sus vidas.

# CAPACIDAD REGLAMENTARIA DE LOS PODERES CONSTITUIDOS CON RESPECTO AL QUEHACER DEL PODER REFORMADOR DE 1994

ALBERTO ANTONIO VÍCTOR LUIS SPOTA\*

## I. INTRODUCCIÓN

La convención constituyente de 1994 practicó reformas por demás significativas, lo que no implica predicar, a su respecto, mérito o demérito. Mucho de lo incorporado contaba con precedentes: *i*) de orden jurisprudencial, tal lo acedido, *v. gr.*, en cuanto a los decretos delegados y de necesidad y urgencia, la relación de supremacía de los tratados con respecto a la ley formal o la autonomía municipal; *ii*) de índole legislativo, propios de la autoridad nacional o de provincia, conforme lo ocurrido, respectivamente, con la coparticipación federal de impuestos o el Consejo de la Magistratura, e, incluso, *iii*) originados en la legislación de facto, a juzgar por lo sucedido con «el tercer senador» o la acción de amparo amén de su filiación jurisprudencial. Otras figuras jurídicas, al menos a nivel federal, solo contaron con andamiaje doctrinario, por lo que resultaron jurídicamente novedosas, como por ejemplo, la erección del Ministerio Público como poder del Estado o la creación del Defensor del Pueblo.

Insisto en que no pretendo pronunciarme sobre la conveniencia o no de la reforma en sí. Y menos aún discurrir a propósito de la adopción de dichos institutos jurídicos. Sí deseo señalar que el constituyente no solo derivó en el legislador ordinario la fijación de muchos de sus pliegos y contornos, sino que, en más de un supuesto, hizo también lo propio para con aspectos que, lejos de ser accesorios o de carácter accidental, hacen en esencia a sus respectivos diseños estructurales y elementos intrínsecamente configurativos.

\* Abogado (UBA), profesor Derecho Constitucional (UBA), expresidente de la Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho (UBA). Contacto: aspota@estudio-spota.com.ar.

## **II. VALIDEZ CONSTITUCIONAL DE LA TRANSFERENCIA POR PARTE DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN FAVOR DE LOS PODERES CONSTITUIDOS DE COMPETENCIAS REFORMADORAS QUE AQUEL RECIBIÓ DEL CONGRESO DE LA NACIÓN EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY DECLARATIVA DE LA NECESIDAD DE LA REFORMA (ART. 30 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL)**

La reglamentación de aspectos coyunturales de los institutos jurídicos de base constitucional responde a la competencia natural de los poderes constituidos. Sería un sinsentido que la convención reformadora se encargue de tales menesteres. No solo porque supondría una deficiente asignación de recursos (políticos, temporales, materiales y económicos), sino también porque significaría un despropósito apelar a los consensos políticos del artículo 30 de la Constitución nacional para disponer sobre aquello que, accesorio, conviene que sea atendido por mayorías menos gravosas, lo que incluso facilita, de ser menester, su reforma y modificación. Que el legislador ordinario arregle lo circunstancial no es sino forzoso, dado que ello escapa al quehacer del poder constituyente reformador y excede sus capacidades reales de actuación.

Empero, sí me permite cuestionar que el poder constituyente reformador habilite a los poderes constituidos a acordar cuanto atiende a la esencia misma de institutos de raigambre constitucional que viniera él, en los términos del artículo 30, a incorporar; vicio en el que ya incurrió la Convención de 1860 al omitir fijar el número de vocales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tamaño envío importa, en los hechos, adjudicarles a los poderes constituidos la capacidad de echar mano de cometidos propios del poder constituyente derivado, lo que suponer desdibujar las fronteras competenciales trazadas en el artículo 30. La convención reformadora está llamada a ejecutar acabadamente las competencias que le fueran atribuidas, y no le es dado delegarlas, siquiera elíptica o tácitamente, en el legislador.

El constituyente debe, de modo ineludible, acordar todo aquello que, puesto que no resulta accidental, hace a la esencia misma del instituto jurídico que viniera a crear, so riesgo de incurrir en defección de funciones. Más aún cuando se trata de figuras jurídicas de suma relevancia o trascendencia política. Máxime resulta conveniente que, como condición de efectiva realización, descansen en un consenso político superior, anclado indefectiblemente en el seno de la misma convención constituyente. Dicha pauta los margina de los vaivenes políticos y les permite coadyuvar, de mejor modo y manera, a la efectiva realización de los fines y propósitos que hacen a su creación.

Lo contrario supone amparar una intromisión, de nula validez constitucional, de los poderes constituidos en lo que concierne a la labor del poder constituyente derivado. Que la convención haya habilitado tamaña injerencia no permite

predicar su conveniencia. Y menos blindar su legitimidad. Insisto: la convención constituyente está jurídicamente impedida de asignarle al Poder Legislativo, siquiera de manera tácita, las competencias reformadoras que este le otorgara. Empero, lo cierto es que la convención reformadora facultó al Congreso de la Nación a trazar aspectos por demás determinantes de institutos jurídicos en extremo relevantes, de base constitucional, lo que le permitió, a la sazón, intervenir en aquello que correspondió que fuera por aquella zanjado.

La convención reformadora mal puede depositar en el Congreso nacional las competencias con las que este, en ocasión de convocarla, la había investido. Este supuesto implicó permitir el uso y empleo, por parte del legislador ordinario, de competencias reformadoras, lo que resulta inadmisible a tenor del artículo 30. El poder reformador está impedido, en derecho, de atribuirle al Poder Legislativo aquellas competencias, de corte reformador, que este, a su vez, le adjudica.

Habiendo sido investida por el legislador ordinario, mal puede la Convención reformadora, sin desatender sus cometidos, permitir que los poderes constituidos dispongan sobre lo medular de aquellas figuras jurídicas que, en los términos del artículo 30, viniera a incorporar. Lo contrario importa permitirles a los poderes constituidos el ejercicio, más no sea de modo indirecto o elíptico, de capacidades reformadoras, lo que denota violación del artículo 30 de la Constitución nacional. Ello implicaría una transferencia de atribuciones por parte del poder constituyente en provecho del legislador ordinario.

Se advierte, a la inversa, un caso análogo al experimentado a propósito del «núcleo de coincidencias básicas», cuando el Congreso nacional, de manera que repto inconstitucional, cercenó el campo decisorio de la convención reformadora de 1994. En ambos casos, ya se *ex ante* o *ex post*, quedó en manos de los poderes constituidos abocarse al ejercicio de atribuciones reformadoras.

### **III. LOS PODERES CONSTITUIDOS ANTE EL MANDADO DEL CONSTITUYENTE REFORMADOR**

Amén de lo reseñado, la Constitución nacional ha quedado inconclusa desde que, a treinta años de su sanción, el Poder Legislativo se ha permitido dar vida a muchos de aquellos institutos que el poder reformador procuraba someramente delinear. Ya sea por acción u omisión, el texto se encuentra en varios de sus pasajes frustrado en su operatividad y, por lo tanto, no rige en plenitud. No solo medió defecto del legislador, que guardó silencio en ocasión de instrumentar tales institutos, sino también exceso, ya que habiéndose abocado a su reglamentación, no lo hizo sino que de suerte incompatible con las prescripciones constitucionales. Ejemplos de lo primero, lo ocurrido con la garantía del amparo y la ley de coparticipación. En relación con lo segundo, menciono las leyes: i) de modificación del Consejo de la Magistratura de la Nación, ii) de regulación de los

decretos delegados, de necesidad y urgencia y del voto parcial, y iii) de garantías del Estado federal en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires. En todo caso, luce malograda, en derecho, la realización plena del programa constitucional trazado en 1994.

No imputo negligencia ni mala fe en cabeza del constituyente originario. Por el contrario, y sin que esto implique incurrir en candidez, tampoco hago lo propio para con los poderes constituidos. Lo cierto es que la imposibilidad de llegar a acuerdos políticos, en cualquiera de ambas instancias, es y ha sido la causa que provocó el diagnóstico que evidencio.

#### **IV. DE LA CAPACIDAD DE LOS PODERES EJECUTIVO Y JUDICIAL DE TORNAR OPERATIVOS, ANTE LA OMISIÓN DEL PODER LEGISLATIVO, AQUELLOS INSTITUTOS DE CARÁCTER PROGRAMÁTICO QUE FUERON INCORPORADOS EN 1994 POR EL PODER CONSTITUYENTE**

Cabe preguntarse si el sistema ofrece remedio alguno ante un cuadro de situación por demás frustratorio del mandato constitucional, del tenor del consignado en el título que antecede. Se abren aquí, cuanto menos, dos alternativas. Por un lado, la imperiosa necesidad de generar consensos políticos mínimos, pero indefectiblemente sostenibles, que le permitan al Congreso nacional concretar lo pendiente. Lo cierto es que el constituyente reconoció al Congreso como la autoridad llamada a redefinir tales extremos, puesto que importa, a todas luces, el poder constituido representativo por antonomasia.

Cabe indagar si corresponde al Poder Judicial tornar operativa la manda del constituyente ante la inacción del Congreso de la Nación. Y también dilucidar si ante dicha omisión se activa la competencia del Poder Ejecutivo, decreto mediante. Que le sea reconocido al Poder Judicial obrar en consecuencia, podría habilitar, en igual sentido, al Poder Ejecutivo. Esto así, bajo dos consignas. La primera, puesto que el Poder Ejecutivo cuenta con una base democrática superior a la de la autoridad judiciaria, ya que es elegido directamente por la ciudadanía. Y la segunda, dado que está habilitado, siempre que medien razones de necesidad y urgencia, a legislar, vía decreto delegado o de necesidad y urgencia, sobre un abanico no menor de cuestiones.

Destaco que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido que la omisión del Poder Legislativo de reglar, en tiempo oportuno, tales institutos configura inconstitucionalidad por omisión. Y que, a fin de sanearla, exhortó en un principio a los poderes constituidos a remediarla. Empero, amén de ello, dicho tribunal ha ido incluso más allá, puesto que entendió, conforme surge del precedente de «Levinas», que la omisión legislativa de acometer en tiempo oportuno determinadas conductas habilita al Poder Judicial a tornar operativa, por sí y ante sí, la Constitución. Se está ante una redimensión, válida o no, de la división de

poderes, desde que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en aras de tornar operativa la Constitución, tomó para sí competencias que, al menos de modo expreso, no le fueron confiadas. Y que, desde ya, obedecen a un temperamento remiso del legislador.



# GARANTÍA DE LA DOBLE INSTANCIA

GRACIELA WÜST\*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo visualizar la inconstitucionalidad del artículo 242 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN) y la inacción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) respecto del reconocimiento de tal inconstitucionalidad, en cumplimiento de las funciones que le han sido conferidas.

En efecto, el artículo 242 del CPCCN establece lo siguiente:

... serán inapelables las sentencias definitivas y las demás resoluciones cualesquiera fuera su naturaleza, que se dicten en los procesos en los que el monto cuestionado sea inferior a la suma de PESOS DOS MILLONES CIEN MIL [Acord.10/2024)]. Dicho valor se determinará atendiendo exclusivamente al capital reclamado en la demanda, actualizado si correspondiere a la fecha de la resolución, de acuerdo con los índices oficiales de la variación de precios mayoristas no agropecuarios...

A su vez, el artículo 286 prevé que, cuando se interponga recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia por denegación del recurso extraordinario, se deberá hacer un depósito a la orden de dicho tribunal. Ese valor, a partir de la Acordada 9/2024, deberá ser de \$900.000. Se aplicará para los recursos de queja que se presenten a partir del primer día del mes de mayo.

Si nos remontamos a los inicios de la garantía de la doble instancia, encontramos en Ulpiano la definición de justicia más conocida: «Iustitia est constant et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» [La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo]. Esta fórmula de justicia de Ulpiano es a todas luces precisa y adquiere una dimensión jurídica que ha llegado hasta nuestros días. Con el devenir de los tiempos, y para que lo de cada uno sea un derecho en el ámbito judicial, se ha instituido la garantía de la doble instancia, teniendo en cuenta –como muchas veces se ha observado en la doctrina– que los jueces/as son personas y que, como tales, pueden equivocarse. Por lo tanto, que lo decidido

\* Abogada, doctora en Derecho Civil, profesora regular por concurso FD-UBA, vicepresidente Asociación Docentes UB-DERECHO. Contacto: gcwust@hotmail.com.

sea revisado por una instancia superior garantiza el efectivo cumplimiento los derechos y garantías establecidos en la Constitución nacional y las disposiciones legales dictadas en su consecuencia en diversos artículos.

Eduardo Couture<sup>1</sup>, siguiendo en la materia a Clariá Olmedo, señaló que el instituto en examen constituye el «medio impugnativo por el cual la parte que se considera agravuada por una resolución judicial que estima injusta o ilegal, la ataca para provocar su eliminación o un nuevo examen de la cuestión resuelta y obtener otro pronunciamiento que le sea favorable»<sup>2</sup>. Si se restringe la legitimación a la doble instancia respecto de los sujetos del proceso, se crea, sin lugar a dudas, una desigualdad procesal. Ni la Constitución, ni las leyes en su consecuencia dictadas, hacen referencia alguna al monto de la cuestión puesta a consideración de la justicia. Ello nos lleva a preguntarnos cuál es la legitimidad de limitar la garantía en cuestiones no penales, mediante la determinación de un monto mínimo; y si la CSJN ha cumplido con su misión de custodio de la aplicación de las normas impuestas por la Constitución nacional (CN) a todos los habitantes de la Nación, incluido el Poder Judicial y el Poder legislativo.

Oportunamente, y en relación con los casos penales, que fueron los primeros en los cuales se garantizó la doble instancia –que no había sido incluida en la Constitución–, autores como Pablo Palazzi señalaron: «... en el caso Giroldi, el derecho a la doble instancia y el recurso de casación en el proceso penal (Doctrina Penal, 1998)» se ha sustentado tal postura (la doble instancia en el proceso penal), con fundamento en lo previsto en el artículo 16 de la CN. En el mismo sentido, se ha pronunciado el procesalista Francisco D'Albora<sup>3</sup>, quien alude al principio de igualdad de las partes en el proceso para sostener que los acusadores no deben ser excluidos del acceso a la casación penal. Al respecto, la CSJN también ha señalado: «La igualdad consiste en que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se reconoce a otros en igualdad de circunstancias»<sup>4</sup>.

Por otra parte, y a nivel extranacional, cabe mencionar que el llamado «derecho al recurso» incluye la posibilidad de una doble instancia judicial, tal como lo ha reconocido el artículo 8, inciso 2, numeral h, del Pacto de San José de Costa Rica –que es ley para nuestro país, conforme art. 75 inc. 22 de la CN–. Si bien esa disposición convencional se refiere exclusivamente a procesos de índole penal,

1 Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 340.

2 Conf. Clariá Olmedo, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni, tomo V, p. 442.

3 D'Allbora, Francisco, “Actualidad en la jurisprudencia penal”: *La Ley*, tomo B-1265, 1996.

4 CSJN, t. 16, p. 118 in re G Olivar; t. 124 pág.18 in re The United River Plate Telephone Co C/ Municipalidad de la Ciudad Capital.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que tal garantía procesal se ha de extender a pleitos de naturaleza fiscal, administrativa, civil y laboral. Así, se sostendrá que el derecho al acceso a la justicia también comprende necesariamente el derecho al recurso, con lo cual aseguraría el contenido mínimo de todos y cada uno de los bienes y derechos involucrados. Dicho de otro modo, el objetivo de este artículo es proponer una defensa del derecho al recurso que armonice con una justicia justa.

En el inciso 23 del mismo artículo 75 se ha dispuesto:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad...

En consonancia con ello, el inciso 22 de la citada norma constitucional otorga de manera directa jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales que enumeran taxativamente los derechos humanos reconocidos, pero, además, prevé que, mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional. En ese derrotero, también ha señalado:

El texto del art.16 CN inspirado por la conciencia democrática de sus autores que abominaban toda primacía ilegítima , y que no admite prerrogativas de sangre ni de nacimiento y suprime los títulos de nobleza y los fueros personales para declarar que todos los habitantes son iguales ante la ley, demuestra con toda evidencia el propósito que los domina: el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

## **II. DOBLE INSTANCIA ES TAMBIÉN GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO**

El derecho al debido proceso está protegido por la Constitución nacional (artículo 18) y por la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22). Puede decirse que, con la doble instancia, se busca fiscalizar y corregir todo error en la sentencia, incluidos aquellos que sean consecuencia de la actuación de su defensa técnica.

La Corte IDH considera que el derecho de recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal<sup>5</sup>. Para que existan verdaderamente las garantías judiciales contenidas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), es necesario que «se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la

5 Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párrafo 158, 2004.

titularidad o el ejercicio de un derecho», es decir, las «condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial»<sup>67</sup>.

La interpretación dinámica<sup>8</sup> que se le ha hecho a lo normado en el artículo 8.2.h de la CADH significa, sin más, el respeto al debido proceso y la defensa en juicio en el ejercicio de la doble instancia; situaciones que, si bien en principio abarcan temas específicos, de ninguna manera excluyen otros supuestos que surgen de la aplicación de las garantías en todos los aspectos en que se vea perjudicado el justiciable.

Además, el artículo 16 de la Constitución nacional establece que «todos sus habitantes son iguales ante la ley» y los tribunales que interpretaron nuestra norma fundamental han entendido que el Estado no puede tratarnos discriminatoria o arbitrariamente. Así, el Gobierno está impedido de utilizar criterios irrazonables para distinguirnos y tratarnos de un modo desigual. Recuérdese que dicha norma establece: «A los efectos de determinar la inapelabilidad de una sentencia o resolución, se estará al monto que rija en la fecha de presentación de la demanda o de la reconvenCIÓN». En concordancia con ello, la CSJN ha actualizado los valores con los siguientes fundamentos «... zanjada tal cuestión cabe apuntar que el art. 242 del Código Procesal establece el criterio de la inapelabilidad en función del monto...». Sin embargo, y en razón de las normas constitucionales vigentes, esa parte del artículo en cuestión, resulta a todas luces inconstitucional por violación de expresas disposiciones de la Carta Magna, y la CSJN nada ha dicho, pese a estar debidamente facultada, al igual que los tribunales inferiores, a decretar tal inconstitucionalidad. Desde el 27 de noviembre de 2012, el máximo tribunal de la nación y los tribunales inferiores pueden –en el marco de su jurisdicción– declarar la inconstitucionalidad de leyes federales, nacionales o locales, decretos de necesidad y urgencia, decretos delegados, reglamentarios y autónomos, resoluciones administrativas y actos jurídicos aunque no existiera petición de las partes. En estos términos, el fallo, por un lado, fortalece la independencia del Poder Judicial al permitir a los jueces ampliar el control constitucional de los actos realizados por los otros poderes del Estado; por otro, recoge las demandas de la doctrina constitucional de avanzada que pregonó un amplio control de constitucionalidad para defender los derechos individuales ante el avasallamiento del Estado.

6 Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párrafo 158, 2004.

7 Corte IDH, “Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, párrafo 147, 2004

8 Corte IDH, “3. Zanjada tal cuestión cabe apuntar que el art. 242 del Código Procesal establece el criterio de la inapelabilidad en función del monto. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala”, párrafo 197, 2000.

En el caso, un conscripto había reclamado una indemnización con sustento en los artículos 1109 y 1113 del Código Civil contra el Estado Nacional por las lesiones que sufrió mientras cumplía con el servicio militar obligatorio. La ley 19.101 de personal militar (artículo 76, inc. 3, apartado *c*, texto según ley 22.511) fija un tope máximo a este tipo de indemnizaciones, y excluye por lo tanto las reglas generales establecidas en el Código Civil para determinar los rubros indemnizatorios. Al examinar el planteo, la Corte Suprema advirtió que la aplicación del referido régimen especial otorgaba al accidentado un resarcimiento sustancialmente inferior al que había sido admitido sobre la base de los parámetros establecidos en el Código Civil. Sin embargo, en el caso, dicho sistema no había sido impugnado constitucionalmente, lo que impedía prescindir de su texto para resolverlo. Frente a esta evidencia, el Tribunal determinó que, dentro del marco constitucional vigente, se encuentra habilitado para declarar de oficio –es decir, sin que la parte interesada lo haya solicitado– la inconstitucionalidad del artículo en cuestión. Para resolver de ese modo, la mayoría compuesta por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda y Zaffaroni, a la que se suma el voto concurrente del Dr. Fayt, recordó el deber de los magistrados de efectuar el examen de constitucionalidad de las normas en la medida en que ese mecanismo constituye una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos reconocidos en la Constitución contra los posibles abusos de los poderes públicos, según la clásica expresión de la Corte formulada en 1888 (*Fallos*: 33:162). Seguidamente, recordó que a partir de 1994 el derecho internacional de los derechos humanos ha adquirido la más alta jerarquía constitucional en la Argentina. En ese marco, agregó que así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que los órganos del Poder Judicial deben descalificar de oficio las normas internas de cada país que se opongan a las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos, igualmente deben descalificarse de oficio las normas que se oponen a la Constitución Nacional. Una vez admitida la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte la Corte Suprema procedió a realizar el examen constitucional de la norma, tarea para la que tuvo en cuenta: a) la finalidad resarcitoria del citado artículo; b) un precedente en el que había convalidado el cuestionamiento con base constitucional del que serían susceptibles los sistemas especiales de responsabilidad que admitían limitaciones indemnizatorias (*Fallos*: 327:3753); y c) el alcance del derecho constitucional a una reparación integral de acuerdo al artículo 19 de la Constitución Nacional. Sobre la base de dichas pautas, el Alto Tribunal concluyó que en este caso no resultaba posible interpretar la ley de ninguna forma que fuese compatible con la Constitución Nacional, dado que los medios elegidos por el legislador no se adecuaban al objetivo reparador de la norma. En ese sentido,

la norma consagraba una solución incompatible con los principios y derechos que la Constitución Nacional ordena respetar, proteger y realizar, dado que tanto por el monto de la “indemnización” que resultaba al aplicar el régimen especial, como por el único daño que preveía reparar –la incapacidad–, no se procedía a reparar integralmente el daño sufrido por el demandante.

A los fines de visualizar la afectación patrimonial que la aplicación del artículo 242 del CPCCN produce en la actualidad, traigo a colación una sentencia dictada en un juicio ejecutivo en el corriente año. En el caso, la demanda fue iniciada en 2019, cuando se solicitó el reconocimiento de un crédito a favor del actor por la suma de \$67.500, más intereses. Se trataba de un cheque de pago diferido librado al portador por la ejecutada contra su cuenta, con fecha 12 de noviembre de 2018, para hacerse efectivo el 31 de diciembre de 2018, por la suma de \$ 67.500,00. Endosado por el actor, fue depositado al cobro en fecha 7 de enero de 2019 en el banco del actor. El valor en cuestión fue rechazado por el banco girado por orden de no pagar. No obstante, no se encontró como rechazado en la central de cheques denunciados como extraviados, sustraídos o adulterados. La accionada interpuso excepción de inhabilidad de título aduciendo que las firmas de la caratular eran apócrifas, y fue resuelta por el grado afirmativamente, en razón de que la pericia caligráfica solicitada por la accionada no correspondía a la representación de la sociedad anónima. Dicha sentencia fue apelada por la actora, quién solicitó además, en forma subsidiaria, la inconstitucionalidad del artículo 242, párrafo 6 del CPCCN con base en fundamentos sustentados en normas constitucionales.

La sentencia, dictada en 2024 (más de cuatro años de iniciada la acción en un juicio ejecutivo), desestimó la demanda con fundamento en el artículo 242 del CPCCN, sin analizar siquiera alguno de los fundamentos sostenidos por la actora. Dicha sentencia fue apelada, se rechazó el grado la apelación y, entonces, se recurrió en Queja. Al decidir, señaló la Alzada:

... resulta suficiente fundamento para desestimar el planteo de la quejosa en tanto el capital comprometido en la litis resulta inferior al umbral recursivo de \$150.000 según Ac. 43/18 de CSJN (vigente desde el 01.01.2019), al tiempo de promoverse la ejecución. Finalmente, el recurso es inaudible sea o no acertado lo decidido por la a quo, pues al estar a la ley procesal vigente la apelabilidad depende exclusivamente del monto comprometido en el proceso y no de la magnitud del error atribuido a la providencia apelada (conf. esta Sala, 22/12 /2009, “Tarshop SA c/Burgos Bárbara Noemí s/ejecutivo s/ queja”; en igual sentido, 30/12/2009, “Tarshop SA c/Ause Selva Claudia s/ejecutivo s/ queja”; 21/4/2010, “Agrimarketing SA c/Marcobank SA y otros/ordinario s /queja”, entre otros). En este cauce, juzga la Sala que el monto del proceso –con exclusión de intereses– es el único parámetro a partir del cual, de manera excluyente, cobra virtualidad

cualquier recurso que se deduzca en el trámite. Es que la inclusión de los réditos, conduciría indefectiblemente a una elevación del monto cuestionado, a niveles que desvirtuarían la finalidad de limitar las intervenciones del Tribunal de Alzada en consideración a la importancia económica de las causas; amén de las complicaciones procesales que podrían generarse cuando su cálculo debiera llevarse cabo en forma previa a la sentencia y a la liquidación definitiva (Conf. esta Sala, 18.3.10, “Puerto Norte SA c/Sircovich Jonathan s /ejec. s/queja”, íd. 30.3.10, “Banco Credicoop Coop.Ltdo c/Parodi Máximo Angel s/ejec. s/queja”). Adviértase, por otra parte, que en el cuarto párrafo “in fine” del inc. 3 del art. 242 CPCC y respecto al supuesto particular que contempla, se alude al monto cuestionado haciéndose expresa referencia del capital; situación ésta que permite reforzar la conclusión arribada en el sentido que ha quedado incólume el criterio que en la determinación del “valor cuestionado” quedan marginados accesorios tales como intereses, multas, etc. 4. Por todo lo expuesto, rechazase la queja intentada.

Desde luego, la sentencia recurrida era totalmente errónea, ya que rechazó la ejecución porque las firmas de la caratular eran apócrifas, cuando sabido es que, salvo que el cheque haya sido denunciado como robado o perdido, el titular de la cuenta resulta responsable por el pago, aun cuando las firmas sean apócrifas. Además de ello, la propia CSJN ha determinado: «Tal como reiteradamente lo ha dicho el Máximo Tribunal, no es el monto de la demanda el que debe computarse a los efectos de la determinación de la apelabilidad de la sentencia, sino el monto del agravio»<sup>9</sup>.

En cuanto al monto cuestionado, el fallo dictado el 16 de febrero de 2010 en los autos «Acosta, Emilia Graciela c. Consorcio de propietarios Valentín Gómez s/daños y perjuicios», la sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil realizó un análisis del monto cuestionado y sostuvo: «... el ‘monto cuestionado’ que debe compararse con el mínimo legal establecido por la norma para apelar una sentencia o resolución, **no es el monto de la demanda sino el monto de la cuestión controvertida en segunda instancia** [las negritas pertenecen a la autora]<sup>10</sup>».

En el caso, el monto del agravio resultaba el monto de la demanda con más sus intereses a la fecha de sentencia y las costas de la ejecución, es decir: capital \$67500 (fecha inicial: 08/01/2019 - fecha final: 17/10/2023), tasa acumulada \$280,4984. Total intereses \$189336 (tasa activa Banco Nación) - Total liquidación al 17/10/2023: \$ 256.836,40. Al monto de capital e intereses, también debe agregarse el monto estimativo de las costas, que no se estimaron en la sentencia.

9 Conf. CSJN *Fallos*: 315:1604; 319:399; 341:1258; 322:293.

10 En igual sentido, ver CSJN. *Fallos*: 315:1604; 319:399; 341:1258; 322:293.

Es claro que el capital y los intereses a la fecha de sentencia (\$256.836,40) exceden ampliamente el monto de inapelabilidad de \$150.000 fijado por la CSJN para la fecha de inicio de la demanda, con lo cual, el rechazo del recurso resultaba a todas luces arbitrario e infundado. Lo cierto es que la pretensión recursiva fue rechazada por el magistrado de grado sin la fundamentación adecuada, pues la mera cita del articulado ritual sin contrastar numéricamente el monto del agravio con el de inapelabilidad establecida en la norma resulta insuficiente para fundar el rechazo propinado. Sobre todo, teniendo en cuenta que solo el capital más los intereses, a la fecha de sentencia, superaban ampliamente el límite de apelabilidad establecido por la CSJN.

Por otra parte, no puede perderse de vista que la garantía del debido proceso adjetivo contemplada en el artículo 18 de la CN abarca dos variables, el acceso a la jurisdicción y la existencia de una infraestructura y organización adecuada para dar respuesta en tiempo oportuno, lo que conlleva a que los justiciables gozen de las garantías de ser juzgados por el juez natural que corresponde a la causa, que sea independiente, imparcial e idóneo técnica, moral y psicológicamente. En este sentido, la sentencia de grado cuya apelación fue denegada en razón del monto del proceso –parcialmente tomado y no del agravio– resulta arbitraria, por carecer de razonabilidad y congruencia, y produce de esta forma agravio constitucional en los términos del artículo 18 y 17 de la CN.

Si bien es cierto que la intención al reformar el artículo 242 de la CPCCN en 2009 fue alivianar la tarea de las Cámaras Nacionales de Apelaciones mediante la limitación de la cantidad de casos que puedan acceder a la Alzada, más allá de los argumentos ya expuestos, cabe tener en cuenta que la realidad actual de la Argentina difiere hoy muchísimo de la fecha en la que el legislador permitió la indexación del monto de apelación en 2009. La verdad es que hoy los justiciables encuentran en la pereza legislativa e institucional un gran obstáculo en la defensa de sus derechos, pues el legislador, con anuencia de la CSJN, que reiteradamente rechazó los planteos de inconstitucionalidad de la prohibición de indexar mantenida por el artículo 4 de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del Régimen Cambiario Nº 25.561 del 6 de enero de 2002 (caso Chiara Díaz, del 7 de marzo de 2006, Fallos 329:385, caso Massolo, del 20 de abril de 2010, Fallos 333:447), ha establecido un mecanismo perverso que se traduce en dos grandes consecuencias: la primera, que los justiciables no pueden indexar sus créditos pese a que toda la economía se indexa e incluso la Corte anualmente indexa el monto de apelabilidad; la segunda, directamente relacionada con la primera, es que los tribunales se colapsan de causas porque, dado el perverso sistema descripto, a ningún deudor le conviene pagar, teniendo en cuenta que la tasa activa Banco Nación hoy utilizada como método de actualización judicial actualmente es negativa, con lo cual no solo ha quedado en desuetudo el CPCCN en cuanto a

la aplicación de intereses, sino que la tasa aplicada por los tribunales ni siquiera compensa la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

En consecuencia, resulta a nuestro criterio un absurdo no solo del legislador, sino también del Poder Judicial el mantenimiento de dicho *statu quo* que lesiona constitucionalmente a los justiciables (art. 17, y 18 de la CN) y también al servicio de justicia. Este es hoy por hoy hacedor de su propio colapso. El artículo 242 del CPCCN, a la luz de lo expuesto y de los graves daños que provoca a los justiciables, debe ser declarado inconstitucional o, mínimamente, la CSJN debe cesar de indexar los montos de dicho articulado considerando la prohibición de indexar de los créditos sometidos a conocimiento del Poder Judicial, pues, en estas condiciones, quien ha sido víctima primeramente de su deudor termina siendo víctima también del Estado, salvo que la finalidad última de tal injusticia sea que los ciudadanos abandonen el Estado de derecho y nos convirtamos en una sociedad anárquica involucionando de facto al Código de Hammurabi.

Compuesto, armado, impreso y encuadrernado  
en los talleres de GRÁFICA SUR EDITORA S.R.L.  
México 1448 C1097ABD Ciudad Autónoma de Buenos Aires  
Octubre de 2025





LAJOUANE®

ISBN 978-987-66364-4-7



9 789874 636447