

Derecho Público

AÑO II NÚMERO 4

Debates sobre la Constitución

Gestión y discursos presidenciales

Reforma judicial

Derecho de rectificación y respuesta

Directores: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti



Ministerio de
Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE
INFORMACIÓN JURÍDICA

AÑO II - NÚMERO 4

Derecho Público

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN

Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA

Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE RELACIONES CON EL PODER JUDICIAL

Dr. Franco Picardi

**DIRECCIÓN TÉCNICA DE FORMACIÓN E INFORMÁTICA
JURÍDICO LEGAL**

Dra. María Paula Pontoriero

ISSN 2250-7566

Revista Derecho Público

Año II - N° 4 - Marzo 2013

Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329,
C.P. 1041AFF, C.A.B.A.

Editado por la Dirección Técnica de Formación e Informática Jurídico-Legal.

Directora: María Paula Pontoriero

Directores Editoriales: Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

La revista Derecho Público y sus contenidos son propiedad del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

La legislación, la jurisprudencia y los artículos de doctrina que integran esta publicación se encuentran disponibles en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar

El contenido de la revista expresa la opinión de sus autores y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Prohibida su venta. Distribución Gratuita. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Eduardo S. Barcesat - Arístides H. Corti

Directores

Liliana Costante - Gustavo Szarangowicz

Secretarios de Redacción

Consejo Académico

Víctor Abramovich

Víctor Bazán

José Manuel Benvenuto

Roberto Boico

Matilde Bruera

Néstor Cafferatta

Rubén Calvo

Walter Carnota

Rodrigo Cuesta

Eduardo Emili

Aníbal Faccendini

Raúl Gustavo Ferreyra

Ana Figueroa

Alberto González Arzac

Eduardo Jiménez

Eduardo Lapenta

Claudio Luis

Laura Monti

María Teresa Moya

Verónica Piccone

Beatriz Rajland

Patricio Sammartino

Eduardo Tavani

Guillermo Treacy

Juan Carlos Vega

Juan Wlasic

Editorial

Encontrándose esta revista en proceso final de edición, la Patria Grande, Nuestra América, pierde una de sus figuras señeras, ejemplares, el comandante Hugo Chávez Frías.

En estas circunstancias, la dirección hace suyo el texto de Eduardo Tavani, uno de los integrantes del Consejo Académico de la revista, que fuera escrito el 31 de diciembre de 2012:

“Dicen que se muere, cuchichean que se va a morir, murmuran que se muere.
En los rincones de la Patria se oyen ruegos y dolores
los que sollozan y velan, son todo el pobrerío,
las ánimas buenas de estas tierras,
los rescatados, los indios, los mulatos,
los mestizos, esos que lo aman a todo amor,
esos, a las que enamoró desde la nada.

Cómo que se muere, cómo que se va a morir.
Nadie se muere cuando vive en millones, ¡nadie!
Bolívar, Martí, Evita, el Che, Salvador, Néstor, ¿cuándo se murieron?
Hay que ser fuerte, hay que vivir ilusionados.
Hay que soñar la revolución hasta la rabia.
Eso nos queda y nos queda la lucha y la porfía.
La lucha eterna por el hombre nuevo, por este nuevo mundo
poblado de quienes hacen de Él una leyenda.
Una epopeya que se puso de pie junto a su gente.

Y, si como dicen, es la soledad un desamparo,
¿qué soledad podrá si somos tantos?
¿Qué tristeza, por infinita que sea, podrá?
Si él es de los eternos elegidos.

Él, el Comandante de una rebelión novicia
que florece en muchedumbres cada día,
en cada rancherío, en cada villa, en cada cantegril,
entre el barro y las chapas, en las patas y en las almas,
al sur del Río Grande, hasta el lugar más austral de nuestra América.
Allí donde se alza una bandera tricolor y mil banderas
y un grito cerrado y compañero.
Allí está él, su capitana orden, su orden suprema,
plena de amor y de esperanza”.

Hoy, su vigencia multiplicada nos impone insistir en la efectivización y profundización del derecho emancipador de nuestros pueblos.

Los directores

Índice General

Doctrina p. I

¿Por qué la Constitución?
por JORGE F. CHOLVIS..... p. 3

Discurso sobre el derecho constitucional. Colores primarios
por RAÚL GUSTAVO FERREYRA..... p. 57

Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (segunda parte)
por DIEGO A. DOLABJIAN..... p. III

Independencia interna: la clave de la reforma judicial latinoamericana.
Sobre la imperiosa necesidad de discutir el rol de los jueces en el sistema político
y en las sociedades latinoamericanas pos-neoliberales
por GABRIEL MACAGGI.....p. 163

El derecho de rectificación o respuesta: propuestas para una adecuada reglamentación
por MARTÍN G. DEGOUMOIS, M. GABRIELA BARRIONUEVO y MELINA GÓMEZp. 221

Estado, administración pública y políticas públicas en los discursos presidenciales
en la Argentina (1983-2011)
por JORGE O. BERCHOLC y DIEGO J. BERCHOLC.....p. 255

El impacto de la gestión en el servicio de justicia
por CLAUDIA B. SBDAR y LUIS M. ZELARAYÁN DE ESCALADA..... p. 293

Fuentes citadas p. 305

Índice temático p. 321

.....
Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: www.infojus.gov.ar



Doctrina

¿Por qué la Constitución?

por **JORGE F. CHOLVIS**⁽¹⁾

Entendemos que es deber de los juristas comprometidos con los intereses patrios explicar la veracidad de los conceptos y las tendencias dominantes que sobre ellos se imponen, y ayudar así a la toma de conciencia de las mayorías tanto de los acontecimientos y la situación imperante en el acontecer cotidiano, como de las etapas precedentes en el tiempo histórico. Por ello consideramos necesario profundizar el debate que se debe realizar sobre la cuestión constitucional, acorde a la realidad del tiempo. La utilización del conocimiento debe conjugarse con el patriotismo constitucional que requiere órganos y estudiosos compenetrados con la idea de la justicia política, "estrella directriz que debe orientar la interpretación y valoración de las normas de derecho público".⁽²⁾ Ello nos impulsa a formular el interrogante sobre el porqué de la Constitución. Consideramos que es una pregunta básica en nuestra época.

.....

(1) Abogado. Miembro Ordinario del "Instituto de Historia del Derecho", del Colegio Público de Abogados (CABA). Ex adjunto en la Cátedra de Derecho Constitucional Parte II, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), a cargo del Dr. Arturo E. Sampay, desde el 28 de junio de 1973 al 24 de marzo de 1976, fecha en que ambos debieron apartarse de este claustro universitario. En el período antes indicado fue designado por el referido Dr. Sampay como Jefe de Investigaciones del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UBA), abocándose al tema de la Reforma Constitucional. Ejerció como profesor en las materias "Derecho Constitucional Argentino" y "Derecho Constitucional Comparado", en la Universidad Argentina John F. Kennedy.

(2) MASNATTA, HÉCTOR, "La era de la crisis: instrumentos normativos, jurisprudenciales y parajurisdiccionales", en *Revista Jurídica La Ley*, 2004-A-1275.

Pero, para dar respuesta al interrogante planteado y comprender la evolución constitucional de un país —en el caso, de la Argentina—, previamente hay que tener una idea clara de Constitución. Se debe tener presente la correlación que existe entre la Constitución **real** y la Constitución **escrita**; y, por otra parte, observar la afirmación de la justicia que debe contener la Constitución **real** atento a las condiciones sociales de producción y cultura. La adecuación a tales condiciones sociales conforma los criterios para valorar la Constitución **real** y a la Constitución **escrita** y, en consecuencia, que esos criterios vienen a servir de ideales para animar la lucha del pueblo por una Constitución mejor.

Sampay señalaba que, según lo expresaba Aristóteles reiterando conceptos de Sócrates y Platón, “el bien de la comunidad es la justicia, o sea el bienestar público”. Cuando, en Grecia, la civilización cobra madurez intelectual, Sócrates descubre la idea de justicia; descubrimiento que Platón registra en sus obras y, años después, Aristóteles explana en sus tratados éticos.⁽³⁾ “Es razonable decir —expresaba Sócrates— que son felices los que no necesitan nada”. Y añade: “la comunidad se establece mirando no a que una clase de gente sea especialmente feliz, sino para que lo sean todos en el mayor grado posible”. La justicia —prosigue— “consiste en dar a cada uno lo adecuado a su naturaleza”. Y concluye que “este dar a cada uno lo que es apropiado a su naturaleza es darle lo debido”.

Aristóteles reproduce la doctrina de Sócrates: “Lo justo es lo que debe reinar entre los miembros libres e iguales de la comunidad en vista a lograr cada uno la suficiencia de lo que necesita”, y agrega, “la suficiencia atañe a todo aquello que por sí solo torna la vida digna de ser vivida y hace al hombre libre de cualquier necesidad”. El gobierno —concluye Aristóteles— “es el garante de lo justo”.⁽⁴⁾ En un párrafo de la *Política* enseñaba que “la Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante de la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad política por ese sector social

(3) Ver CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “La Constitución y la justicia social”, (palabras liminares a *Ciencia política y constitución*), en *Obras selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As., Editorial Docencia, t. 1, 2012.

(4) Ver SAMPAY, ARTURO E., *Ideas para la revolución de nuestro tiempo en la Argentina*, Bs. As., Juárez Editor, 1968, pp. 103/1.

dominante".⁽⁵⁾ Así, Por lo que expresa en forma tajante: como el grupo social que ejerce el gobierno conforma el régimen político, "la Constitución y el sector social dominante son lo mismo".⁽⁶⁾ Aristóteles y La Escolástica partían, entonces, de la observación empírica de las comunidades políticas para llegar a inteligir la esencia de ellas, pues los movía, exclusivamente, el afán de conocer la naturaleza del Estado.⁽⁷⁾

Aristóteles afirma que "hay una idea de justicia adecuada a cada Constitución",⁽⁸⁾ aunque la oligárquica es convencional, y la democrática, natural. Señalaba que los interesados en una y otra justicia "se presentan como clases antagónicas dentro de la comunidad, de suerte que establecen la Constitución con vistas a su respectiva supremacía".⁽⁹⁾ Entonces, la concepción de la justicia reducida a salvaguardar los derechos de los que poseen los bienes y recursos, y a que éstos "inviertan en su propia utilidad todo lo que pertenece a la comunidad" —enseñaba Sampay—, es la idea de la **justicia oligárquica**. Y la concepción que ordena primordialmente los bienes al logro del bienestar de todos, es la idea de **justicia política**, según el léxico de Aristóteles; o **justicia democrática**, en el lenguaje del neopitagórico Archytas; o **justicia social**, como se la llama ahora.⁽¹⁰⁾

Como señalamos, en la senda abierta por el alto pensamiento griego, Sampay señaló que "el bien de la comunidad es la justicia o sea el bienestar público", según lo expresaba Aristóteles reiterando conceptos de Sócrates y Platón. El bienestar público se obtiene por los cambios de bienes y servicios de cosas destinadas a producir bienes cuyo consumo comporta tal bienestar. Así es que hay bienestar público o justicia, cuando cada miembro de la comunidad dispone de los bienes necesarios para estar en condiciones de desarrollarse libre e integralmente; esto es, de lograr la

.....

(5) ARISTÓTELES, *Política*, 1289a 15-18, edición de W. L. Newman, Oxford University Press, 1962, vol. IV, p. 2. Ver también SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, op. cit., p. 101.

(6) ARISTÓTELES, op. cit., 1279a 25-27, vol. III, p. 11.

(7) SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la teoría del Estado*, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1961, p. 27.

(8) ARISTÓTELES, op. cit., 1309a 36-38.

(9) *Ibid.*, 1291b 11-13.

(10) Ver SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, op. cit., p. 69.

felicidad natural. Por tanto, la suprema finalidad de la justicia es conseguir, acordando los cambios, la suficiencia de los referidos bienes para todos y cada uno de los miembros de la *polis*. Ello permite precisar que la ciencia política es la ciencia de la justicia, y de los modos de estructurar y hacer actuar a la comunidad para efectuar la justicia, y que la estructuración política de la comunidad a fin de realizar la justicia denominase Constitución.

El ser humano va colmando su ansia natural de justicia en la medida que aumentan su cultura y la producción de los bienes que satisfacen sus necesidades. Sabido es que en un mundo de escasez no es dable llevar plenamente a término la justicia: en él no hay ni pueden haber bienes suficientes para todos a causa de atrasadas técnicas de producción; ni tampoco todos los seres humanos pueden ser iguales y libres ya que, forzosamente, sobre la base de la absoluta dedicación del grueso de la gente a la producción material, sólo un pequeño grupo liberado de las necesidades de esa índole podría ocuparse del gobierno de la comunidad y de la producción espiritual —atento a que sin producción espiritual no hay progreso de la civilización, incluido en este progreso los instrumentos de trabajo—.

La axiología constitucional indica el grado de injusticia que contiene la Constitución existente, y se entronca con la visión precisa que busca lograr los medios adecuados para fundar una Constitución **real** mejor y, en consecuencia, remover los intereses adquiridos al amparo de la Constitución **escrita** vigente que lo impiden. Cabe aclarar que la técnica política no consiste en la acción política misma, sino en saber cómo se efectúa, en la medida de lo posible, el fin de la ciencia política; esto es, la justicia. Ciertamente, el progreso de la justicia es el sentido esencial de la historia.

Para comprender la Constitución debe entenderse su núcleo valioso: "la concepción filosófica que la anima".⁽¹¹⁾ Es así que el intérprete necesita conocer tanto la concepción política que informa los preceptos constitucionales, como requiere el conocimiento sociológico de la rea-

(11) SAMPAY, ARTURO E., *La Paz-República de Bolivia*, 5 de abril de 1954; ver GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *Arturo E. Sampay y la Constitución de 1949*, Bs. As., Quince Editores, 2009, p. 212; CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, "Sampay y la etapa Justicialista en la Constitución", (palabras liminares de "Reforma de la Constitución"), en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As., t. 13-1, Editorial Docencia, 2012.

lidad que llevó a la sanción de la Constitución. Por lo tanto, dado que no se puede obviar conocer ese sustrato sociológico, corresponde observar cuándo y cómo transcurre la etapa de la vida nacional en la que se sanciona la Constitución.

Es necesario remarcar también el trascendente rol que para ello tiene que cumplir la **enseñanza del derecho** que, en nuestros pueblos, vino practicándose en una forma acorde con el proyecto neocolonial. Esta pedagogía aplicada a futuros juristas argentinos es la forma de transmitir una ideología con un pretendido manto “científico”, que lleva a insensibilizar al estudioso y a alejarlo de los procesos socio-políticos de los pueblos.

Se oculta así que el ordenamiento jurídico de una sociedad dependiente expresa la respectiva estructura de dominación social, que los modos en los que esa formalización se alcanza se produce a partir de la incorporación de la ideología jurídica dominante en el país dependiente de las teorías —métodos de interpretación, doctrinas y criterios jurisprudenciales desarrollados en países centrales para fortalecer el predominio de sus propias clases dominantes—, y del consiguiente rechazo de toda teoría, jurisprudencia, etc., que pueda significar real o virtualmente un cuestionamiento de tal predominio, o un cuestionamiento de la dominación periférica de las clases dominantes locales a partir de la creación de un sistema jurídico-positivo directamente orientado a fomentar el desarrollo de los intereses políticos y económicos extranjeros —garantía a las inversiones extranjeras; privilegios financieros, aduaneros, impositivos o similares regímenes especiales de promoción—⁽¹²⁾ cuando, en realidad (corresponde remarcarlo especialmente), los resortes fundamentales de la economía no pueden ser controlados por el capital extranjero, que sólo tiene que ser aceptado en la medida en que acepte normas estrictas que serán dictadas para evitar exacciones o preponderancias de todo tipo.⁽¹³⁾

Para superar esa pedagogía de la dependencia es necesario abrir la comprensión de la totalidad del conocimiento sociológico, con una hermenéutica de la realidad histórica que permita conocer la técnica opresora o liberadora del derecho, según quien lo instrumenta.

.....
(12) Ver VILAS, CARLOS MARÍA, *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Bs. As., Editorial Guadalupe, 1974, p. 117.

(13) Ver PERÓN, JUAN D., *El Proyecto Nacional*, Bs. As., El Cid Editor, 1981.

Es el campo de la sociología política, entendida como el conocimiento de la concreta realidad política. El derecho es una técnica social específica, pero no se debe perder de vista que se presenta como un producto histórico en una sociedad determinada. Para hacerlo, hay que superar toda enseñanza basada en el dato, en la memorización del hecho aislado, sin conexiones, sin causalidades, sin relación con la justicia en su más elevada expresión. Es imprescindible contemplar la temporalidad de las normas a partir de su inserción concreta en la dialéctica social, pues sólo de esa manera es posible rescatar la esencia de una historiografía del derecho acorde al progreso social de nuestro pueblo.

Es de suma importancia tratar el tema constitucional en nuestra realidad contemporánea pues en la Argentina, hasta bien entrado el siglo XXI, los sectores mayoritarios de la Nación prácticamente fueron marginados en los asuntos que hacen a sus derechos fundamentales básicos y a la Constitución, que continúa siendo campo exclusivo para un pequeño sector de juristas que son quienes tienen la facultad de definir criterios al respecto. Ello evidencia desconocimiento de la naturaleza de la Constitución. El tema está reservado entonces al plano “académico”; a un reducido sector de “constitucionalistas”, que pretende —y se le reconoce— tener voz apropiada al respecto. En el mundo europeo ocurría algo similar hace muchísimos años cuando el **patriciado** romano tenía la facultad de “decir el derecho” (la *iuris dictio*), y la *plebe* luchaba por su derecho para saber cuál “era el derecho”.

En tal sentido, desde hace mucho tiempo en nuestro país el contenido **global** de la Constitución no cuenta con la voz del pueblo porque al tema se lo tiene como una cuestión inoportuna y fastidiosa, y porque se creó la **falsa imagen** que ocuparse del mismo es un esfuerzo inútil y que hay que dejarlo para otros tiempos y otras personas. En el plano académico, y desde determinados sectores políticos, se entiende y argumenta que primero se deben resolver los problemas más inmediatos de la gente y que, ante otras respuestas que requiere la realidad cotidiana, lo constitucional se debe tratar con posterioridad. Así, a partir de los referidos argumentos, se posterga lo que se refiere a una nueva Constitución y se excluye como tema a debatir. Ello evidencia desconocimiento de la naturaleza de la Constitución y esconde la intencionalidad de alejar al pueblo de tan importante cuestión como es la definición de los objetivos y medios que la conforman; en especial, las normas de política económica constitucional

que los abarca. Por cierto, ello parte del falso dilema de encarar a la Constitución sólo como un instrumento **jurídico** y no entenderla como un **elevado documento político** que institucionaliza un Proyecto de Nación. Esa actitud reitera la concepción **elitista** que durante el siglo XIX tuvo la definición del contenido de la Constitución **escrita** o **jurídico-formal**. Ello nos lleva nuevamente a plantear el interrogante del porqué la Constitución.

Y, ¿por qué entendemos relevante impulsar el debate sobre la Constitución en estas circunstancias? La Constitución, más que un instrumento jurídico —insistimos—, es la institucionalización al más alto rango normativo de un Proyecto de Nación definido, compartido y apoyado por los más amplios sectores de la población. El pueblo no puede estar ausente de esta problemática. Estamos en el siglo XXI, donde debe tener plena vigencia la democracia social y participativa. No cabe sostener procedimientos y métodos del siglo XIX para lo que fue una sociedad simple y no participativa. Es menester difundir y debatir los contenidos constitucionales en la ciudadanía. El poder constituyente tiene como base la teoría democrática de la Constitución y su eje es la participación popular. Si se toma el punto de vista de la ingeniería popular, se podrán pensar los objetivos y delinear los medios para lograr un nuevo marco constitucional.

La Constitución **real** es la suma de los factores de poder —tanto internos, como externos— que predominan en una sociedad determinada. No se puede afirmar que todavía ellos hayan podido ser cambiados sustancialmente en la Argentina. Gobierno del Estado y poder real no son sinónimos. Sin embargo, como el **anhelo de Justicia** es inherente a la índole humana pese a la terca resistencia de los derechos adquiridos, en la infraestructura sociológica de la Constitución subyace la lucha por el predominio político y purgan los ideales que, surgidos del pueblo, buscan una Constitución mejor y, por ello, se oponen a la obstinación de una oligarquía que se resiste a su transformación. En el siglo XXI estamos tratando de solucionar los problemas estructurales que han postrado al pueblo argentino y a su nación.

Es necesario impulsar acciones que posibiliten a los distintos sectores de la población un pleno conocimiento de la Constitución **escrita** vigente y su relación con la Constitución real contemporánea, a fin de examinar cual sería la mejor Constitución para el país acorde a las condiciones sociales y políticas del siglo XXI. Los derechos sociales y las normas de política

económica constitucional, con nuevos medios institucionales para superar el condicionamiento socioeconómico que impide la vigencia efectiva de esos derechos, deben ser de pleno del conocimiento del pueblo.

En la concepción de la Constitución de un país entra, en primer término, una determinada filosofía política —su núcleo valioso—; luego, la noción filosófica que la anima y que indica el bien humano común o fin a perseguir por el Estado en beneficio de los miembros de la comunidad; después, la adecuación de esos principios a la realidad política que la sustenta. Las constituciones de los países se encuentran condicionadas a la realidad social.

En la Asamblea Constituyente de 1949, al exponer el Informe de Mayoría de la Comisión Revisora de la Constitución en la reunión del 8 de marzo, como prolegómeno y con la finalidad de mostrar la orientación filosófico-política y la fisonomía-jurídica que sustentaba la Constitución que se sancionaría, Sampay efectuó una reseña de nociones fundamentales que son la **esencia de la Constitución**, y que se deben tener presentes:

“La Constitución es una estructura de leyes fundamentales que cimenta la organización política del Estado, fijando sus fines y enunciando los medios adecuados para conseguirlos, y que establece, además la manera de distribuir el poder político y elegir los hombres que lo ejercen. Dicho con otras palabras, la Constitución es el orden creado para asegurar el fin perseguido por una comunidad política, y la que instituye y demarca la órbita de las diversas magistraturas gubernativas. Estas dos partes de toda Constitución, que acabo de definir glosando a Aristóteles y a su gran comentarista medieval son las llamadas, por la doctrina de nuestros días, parte dogmática y parte orgánica respectivamente, de una Constitución”.⁽¹⁴⁾

Sampay fija la atención en que la Constitución debe elegir bien el fin de las acciones sociales y estructurar dichas acciones de modo que conduzcan a ese fin. Lo cual significa, en primer término, atribuir las acciones gubernativas al sector social que, en la circunstancia histórica dada, es el más eficaz para promover la justicia y, en segundo lugar, estructurar las ac-

(14) SAMPAY, ARTURO E., *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente, 1949*, t. I, p. 269.

ciones sociales productivas y distributivas de bienes exteriores utilizando adecuadamente los recursos efectivos y potenciales que se tienen para alcanzar aquel fin.

Sin duda, cuando con el desarrollo de la ciencia jurídica la sociedad descubre su imperfecta composición y las desiguales condiciones de vida que la aquejan se impone el progreso de la justicia. Y, con el desarrollo de las técnicas de producción, la posibilidad de remediar tales defectos.

En tanto que la Constitución **escrita** fija en un acta legislativa solemne, las instituciones destinadas a que perdure y se desenvuelva la Constitución **real**, se puede afirmar que “es la legalización de la Constitución real” y que, por tanto, instituye los órganos de gobierno que consolidan y desarrollan el poder del sector social predominante y le imprime coactividad jurídica al fin que dicho sector impone a los actos sociales, de todos los miembros de la comunidad.

No es factible que en una sociedad compleja como la nuestra y que procura superar las **graves deficiencias estructurales** que impiden el desarrollo económico, social y cultural de la República, pueda lograrse ese objetivo siguiendo el mismo camino puesto en práctica en 1853/60, cuando una minoría ilustrada impuso su proyecto a una sociedad simple y no participativa.

En consecuencia, cuando llegue la instancia parlamentaria del tratamiento de una nueva Constitución no se le deben poner limitaciones a la convocatoria sobre los temas a tratar por una futura Asamblea Constituyente. ¿Cuáles son los límites y retos del poder constituyente? Hasta el propio art. 30 del texto vigente señala que la reforma puede ser “total o parcial”.

El derecho de dar y reformar la Constitución pertenece al Pueblo, y de acuerdo con este principio no se puede desconocer el derecho natural que éste tiene de darse sus propias formas constitucionales. Este derecho, que a partir de Sieyés se denomina **poder constituyente**, es el camino que los pueblos deben transitar en procura del **progreso social**.

Los textos constitucionales instituyen procedimientos específicos para su propia reforma. Bien se expresó que negar la posibilidad de cambiar la

Constitución es sustraerle cauces regulares y normales a la inexorable mutación del orden social. "A la Constitución le va, pues, su propia posibilidad de permanencia en el permitir la posibilidad de transformación de sí misma. Para seguir siendo debe admitir el ir dejando de ser: he aquí el patético sino de las constituciones".⁽¹⁵⁾ En consecuencia, las constituciones han de proveer un método acorde para modificar sus propias disposiciones, "evitando los cambios violentos".⁽¹⁶⁾ Sin embargo, hay que admitir que las garantías introducidas en el proceso de enmienda en algunas constituciones no logran ese objetivo. Las constituciones se hacen anticuadas y no se ajustan a las realidades de los tiempos futuros debido al excesivo esfuerzo que representa su modificación.⁽¹⁷⁾

La definida posición tendiente a no realizar reformas en la parte dogmática de la Constitución, o que no la afecten en su esencia, es una constante de las distintas alternativas que se produjeron en nuestro país en materia constitucional, desde que fuera derogada la Constitución Nacional de 1949, salvo diversos proyectos formulados y que no recibieron sanción. La relación estrecha que guardaban con el orden constitucional los planes económicos que se pondrían en marcha en el país a partir de 1955 determinó que se transformara en una cuestión vital el retorno a la Constitución de 1853, o que se mantuviera en su esencia, para que tuvieran continuidad las normas de política económica constitucional que ésta contiene.

Ello se encuentra en pugna con el mismo pensamiento del constituyente originario, pues aun para Alberdi en su proyecto de Constitución el tema de la reforma constitucional era uno de los medios para impulsar el progreso social, dado que las constituciones —decía— deben ser como los andamios para el arquitecto en la construcción de nuestro edificio político, y se ajustarán a las necesidades de su edificación. Por eso incluyó el tema en la primera parte constitucional y estableció que la Constitución puede

.....

(15) LOZADA, SALVADOR MARÍA, *Instituciones de Derecho Público*, 2da. ed., Bs. As., El Coloquio, 1976, p. 233.

(16) Ver COOLEY, THOMAS M., *Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*, Bs. As., J. Peuser Editor, 1898, p. 195.

(17) Ver WHEARE, K. C., *Las Constituciones modernas*, Barcelona, Editorial Labor, 1971, pp. 103/104.

ser reformada “en todo o en parte”.⁽¹⁸⁾ También Matienzo señalaba que oponerse a la reforma implica la conclusión absurda de sostener que se ha alcanzado **el máximo de la perfección social**, y por ende, una generación no puede imponer a las que le han de seguir las normas que guiarán su organización política, económica y social.

Por nuestra parte, no nos cabe duda alguna sobre la necesidad de una reforma amplia de la Constitución. Cuando se defina adecuadamente el criterio de la oportunidad y ella se realice, no puede quedar reducida a pequeños retoques a su parte dogmática o a algunos cambios a su faz orgánica para “flexibilizar” el funcionamiento del poder dentro del laberinto generado por la dependencia y la pobreza. Para superar tan menguado límite es necesario implementar un esquema político que incorpore a los grandes sectores de la Nación en un Proyecto Nacional que se ajuste a las circunstancias de nuestro tiempo. Únicamente un gobierno pujante con el soporte de los sectores populares podrá ejecutar la política económico-social heroica que, imperiosamente, necesita el país para lograr su desarrollo económico-social. En esta nueva política, la misión del Estado deberá ser la de constituirse en palanca transformadora del cambio y del desarrollo integral del país, y ello sólo ocurre cuando el poder político está al servicio de la comunidad, pues el Estado no tiene virtudes intrínsecas que lo hagan apto y eficaz en cualquier circunstancia.

Consideramos que, para romper el modelo dependiente que conlleva a la injusticia social, es de ineludible cumplimiento practicar una serie de cambios de estructuras económico-sociales, orientadas por expresas normas de política económica insertas en un nuevo texto constitucional. No se comprende una política de desarrollo socio-económico que implica el franco desplazamiento de las antiguas estructuras, si no se dota al Estado de poderes efectivos para ejecutar una política de cambios estructurales que contemplen exclusivamente el interés nacional. Por eso, la nueva política económica constitucional debe reflejar a través de normas **claras, absolutas y unívocas** los nuevos medios económicos que nos permitan alcanzar un desarrollo económico independiente, sostenido y armónico. Economía y política no están separadas. Un Proyecto tiene objetivos políti-

(18) Ver CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “Sampay y la formación constitucional argentina”, (palabras liminares a las *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, t. 12-1), en *Las Constituciones de la Argentina 1810-1972*, Bs. As., Editorial Docencia, 2012.

cos, y a través de la política económica designa los instrumentos o medios requeridos para alcanzar su meta, a la vez que va postulando nuevas bases para dotarlo de permanencia.

Por tanto, oponerse a una nueva Constitución **escrita** que instituya tales medios implica la pretensión absurda de sostener otros medios o instrumentos normativos con origen en lejanos tiempos pretéritos y también encuadrados en teorías que fueron la base para la realidad socioeconómica de otras naciones. La característica de la realidad constitucional del mundo contemporáneo revela que, cuando los pueblos ejercen ese poder, suprimen cualquier pseudo-constitucionalismo formal y ponen sus esfuerzos para lograr ese fin. Y para ello hay que organizar las estructuras económico-sociales más aptas para utilizar, con procedimientos avanzados, los recursos con que cuenta la comunidad política.

Es precisamente la propia esencia de la Constitución la que hace que en su texto se deban establecer esos magnos instrumentos. Es la Constitución, entonces, como también lo expresaba Sampay, la que “fija los medios preferidos por un Estado concreto para alcanzar su fin”.⁽¹⁹⁾ Todos los pueblos tienen el derecho de la libre determinación y, en virtud de él, establecen libremente su condición política y proveen asimismo su desarrollo económico, social y cultural. Como lo señaló hace un tiempo la Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados que aprobara la Asamblea General de las Naciones Unidas,⁽²⁰⁾ “a este efecto cada Estado tiene el derecho y la responsabilidad de elegir sus objetivos y medios de desarrollo, de diseñar y utilizar reformas económicas y sociales progresivas y de asegurar la plena participación del pueblo en el proceso y beneficios del desarrollo” (art. 7).

Es que la Constitución es un conjunto de normas jurídicas que regulan los poderes u órganos del Estado, y establecen las obligaciones y derechos de los habitantes y ciudadanos disponiendo el contenido social y político que debe animarla. Sabido es que la Constitución también es una declaración programática de principios y aspiraciones en la que no sólo se regula lo que ya es, sino que se afirma una vocación de lo que debe ser

(19) SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la teoría del Estado*, op. cit., p. 412.

(20) Resolución 3281 – XXIX.

orientadora de los gobernantes y educadora de los gobernados. Es la Ley Fundamental que pesa tanto sobre los poderes constituidos, como sobre todos los individuos. La definición de los temas de alta política del Estado se debe encontrar en el texto de la Constitución, dado que ésta no es simplemente un documento jurídico, sino también el más elevado documento político. Bien se puede expresar que el derecho es el lenguaje del poder, cuya palabra clave es la Constitución. En ésta se han de proclamar los más importantes objetivos del Estado.

Como señalaba Sampay, mientras la parte orgánica constitucional monta el aparato gubernativo y ajusta el funcionamiento de su mecanismo, la parte dogmática de la Constitución señala los objetivos que dicho dispositivo debe lograr y que constituyen la propia razón de ser de todo el organismo gubernamental. La organización del poder político, dispuesta por toda Constitución, está elaborada para actuar en función de su parte dogmática, que es donde se fijan los fines a lograr. En la parte dogmática encontramos la orientación filosófico-política, la esencia de la Constitución: en ella están dados los fines y los medios adecuados para conseguirlos, y por lo tanto, lleva involucrada una determinada concepción del Estado.

En consecuencia, cuando llegue la instancia de delinear una nueva Constitución, habrá de responder a las exigencias de una sociedad en proceso de cambio y no se ha de restringir a una simple modernización de su parte dogmática o a retoques de su parte orgánica. La necesidad de una nueva Constitución debe entenderse como una cuestión imperativa para elevar la dinámica constitucional a las condiciones sociales del mundo actual. De tal modo, la Constitución Nacional habrá de ser el instrumento de alto rango normativo que institucionalice el nuevo proyecto nacional, popular y democrático, y concrete el objetivo ineludible de transformar las estructuras caducas que impiden el desarrollo político, económico, social y cultural de la República.⁽²¹⁾

Todas las reformas que se realicen deberán codificar un nuevo criterio de técnica política arquitectónica sobre los poderes gubernativos y los me-

.....

(21) Véase CHOLVIS, JORGE FRANCISCO "La política económica constitucional, los derechos básicos y una nueva Constitución", (palabras liminares a *La Reforma de la Constitución*), en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As., Editorial Docencia, t. 13-4, 2012.

dios más idóneos para alcanzar el verdadero fin de la Constitución; esto es, la justicia social o bien común. Y, para que ello se pueda lograr, será preciso un proyecto político que integre a los sectores nacionales y populares. La indestructible alianza de dichos sectores será el camino seguro para lograrlo.

Debemos impulsar la participación. **Unidad y organización popular.** Y así debe ser ya que una convención constituyente no está llamada a improvisar, ni hacer suyos textos constitucionales elaborados en gabinetes más o menos aislados de la realidad nacional. Por ello, es necesario que dicho debate sea previo al tratamiento formal de la reforma en el Congreso Nacional. Se debe dar a todos los ciudadanos y cuerpos intermedios de la sociedad eficaces medios de participación: de tal manera, nuestro pueblo será la fuente principal de donde surgirá la nueva Constitución.

Debemos señalar que la Constitución **global** es el modo de ser y de obrar que adopta la comunidad política en el acto de crearse, de reformarse o de recrearse.⁽²²⁾ Después que Lassalle restauró el concepto aristotélico de Constitución **real**, ha sido admitido por la ciencia política contemporánea, en mérito a la verdad que contiene. Para Aristóteles, sabido es, la Constitución es la ordenación de los poderes gubernativos de una comunidad política, de cómo están distribuidas las funciones de tales poderes, de cuál es el sector social dominante en la comunidad política y de cuál es el fin asignado a la comunidad por ese sector social dominante. Se sabe que Lassalle sostuvo que la verdadera Constitución sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que rigen en un país; y que las constituciones **escritas** no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores imperantes en la realidad social.⁽²³⁾

Cuando en un país estalla una revolución, cuando cambia la relación de fuerzas en la realidad y se inicia un nuevo proceso social y político, se engendra la necesidad de instaurar una nueva Constitución **escrita**. "Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real estalla inevitable-

(22) Ver SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *La Constitución Democrática*, Bs. As., Ediciones Ciudad Argentina, 1999, p. 59.

(23) LASSALLE, FERNANDO, *¿Qué es una Constitución?*, Bs. As., Ediciones Siglo XX, 1964, p. 92.

mente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución **escrita**, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución **real**, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”.⁽²⁴⁾ En otra de sus obras, Lassalle sostiene que el anhelo de justicia es inherente a la índole humana y que su realización progresa constantemente en la historia, por tanto, en su contexto de ideas, además de la necesaria correlación que hay entre la Constitución **real** y la Constitución **escrita**, incorpora el concepto de justicia como criterio para valorarlas, atento las condiciones socio-culturales alcanzadas por la comunidad y la necesaria adecuación a las mismas de la Constitución **escrita**.⁽²⁵⁾

El precepto que sostiene la supremacía de la Constitución le atribuye a la Ley Fundamental el carácter de primer fundamento positivo del orden jurídico de la Nación. Bien se expresó que así como “una Constitución no brota de la nada”, sino que el pensamiento filosófico-político dominante y los hechos históricos mediatos e inmediatos “configuran el tipo de Constitución”,⁽²⁶⁾ en su cotidiano devenir la Constitución **jurídica** va asimilando el influjo de la Constitución **real**. Corresponde destacar que nunca es completa la adecuación de la Constitución **escrita** de preceptos rígidos, desde que no pueden ser modificados mediante los procedimientos ordinarios de legislar, con la Constitución **real** que es de por sí dinámica como todo ente histórico.

Por lo que,

“entre el desenvolvimiento de la Constitución **real** y la aplicación escrita surge una resultante que es la práctica constitucional conformada por la interpretación que hacen los altos poderes del Estado de los preceptos que reglan sus propias funciones, y la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, sean éstos órganos estrictamente judiciales u órganos políticos encargados exclusivamente del contralor de la constitucionalidad de las leyes”.

(24) LASSALLE, FERNANDO, *ibid.*, pp. 81/82.

(25) SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Constitución y pueblo, op. cit.*, pp. 38/39.

(26) RAMELLA, PABLO A., *Derecho constitucional*, 3ra. ed., Bs. As., Depalma, 1986, p. 31.

Es el ámbito de la interpretación constitucional. Asimismo, de la Constitución **real** emanan, al margen de la Constitución **escrita**, costumbres *praeter constitutionem* que llenan vacíos de esta última. La Constitución **real** impone, a veces, costumbres *contra constitutionem*, pero esto sucede cuando la Constitución **escrita** se halla en trance de ser una Constitución **nominal**. Estos fenómenos de la realidad van perfilando a la Constitución **escrita**.⁽²⁷⁾

Es sabido que la elasticidad del texto de la Constitución de 1853 consentiría que al dársele un nuevo sentido al concepto de Justicia que postula como fin, sea interpretada de manera que implique un cambio drástico de la misma; pero ello ha de suceder cuando se opere una sustitución del sector social dominante y en consonancia con un cierto cambio de la Constitución **real**. De tal modo, durante ese período la interpretación constitucional sufre los vaivenes que se producen en el plano de la realidad sociológica, causado también por la ausencia de una definida doctrina jurídica de la nueva etapa que se avecina, como por la falta de los juristas que la han de sostener. Por tanto, hasta que todo ello no se concrete irá predominando la interpretación constitucional que sostienen los representantes del *statu quo*. Por ende, se debe poner atención en ciertas interpretaciones constitucionales que desde distintos ámbitos se emiten con pretensiones de rescatar la "**verdad**" jurídica; ellas generalmente se realizan desde una definida posición política y, por tanto, con ese disfraz encubren el origen desde el cual parten.

Por ello, cabe resaltar que el espacio que va desde la Constitución "**escrita**" a la Constitución "**real**" se nutre con la "**interpretación**" de la Constitución. Además, hay que tener muy en claro que cuando se tratan estos temas estamos en un ámbito eminentemente "**político**". Una Constitución puede recibir una interpretación "**estática**" que sostenga el *statu quo*, o una interpretación "**dinámica**", que mira hacia el futuro y sostenga la aspiración de un sector de la sociedad por el progreso social. Cuando dicho sector social adquiere el predominio político, adopta la interpretación "**revolucionaria**" o de *lege ferenda*. Es la interpretación revolucionaria que reemplaza la esencia del sentido de las normas de la Constitución **escrita** y hace que ésta, no obstante conservar la misma letra, se torne otra en

.....

(27) Ver SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Constitución y pueblo*, op. cit., pp. 73/74.

realidad. Después institucionaliza su proyecto político en un nuevo texto constitucional. Tal es lo que sucedió en nuestro país con la Constitución Nacional de 1949.

Es necesario tener presente entonces, que el conflicto irreductible entre dos sectores sociales que se disputan el predominio político suele desarrollarse en el marco de la Constitución **escrita** preexistente. En esta "**transitoria dualidad de poder**" o "**etapa de transición**", el nuevo sector social que ejerce el poder político y trata de imponer su objetivo de cambiar las estructuras retardatarias del progreso social se ve forzado a aplicar la vieja Constitución **escrita** mediante este método de interpretación.⁽²⁸⁾ Es decir que, logrado un cierto cambio de las estructuras reales de poder a favor de los sectores mayoritarios, permitiría que éstos sustenten un programa de transformación social durante el período de transición y sin necesidad de cambiar en forma inmediata la Constitución **escrita**.

Por ello, no debemos olvidar nunca que hablar de la Constitución es encontrarse en el plano político, y recíprocamente cuando se adopta una actitud política o una decisión institucional, se está utilizando un criterio de interpretación constitucional acorde a determinados intereses. El punto pasa, entonces, en saber a **qué intereses defiende esa interpretación** de la Constitución: si a satisfacer los intereses de unos pocos en base a una concepción oligárquica o al progreso de la justicia, que en realidad es la **finalidad natural de la Constitución**.

Para el logro del objetivo primordial de conocer la Constitución **real** que predomina en el país, y la Constitución **escrita** que se encuentra instituida en el más elevado rango normativo, debemos conocer la realidad socio-política que estuvo vigente en la época que fue sancionada la Constitución **histórica** de 1853, y cuál fue el modelo que sustenta; y las circunstancias que existieron durante los períodos en que se le efectuaron las reformas incorporadas a su texto. Es necesario que se sepa el significado de la Constitución de 1949, los motivos que llevaron a su sanción y posterior derogación,⁽²⁹⁾ lo que directamente lleva a recorrer el tema de los gobiernos *de facto* y la **supraconstitucionalidad** que pretendieron institucionalizar

.....

(28) Ver ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *ibid.*, pp. 85/229.

(29) Véase CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, "Sampay y la etapa Justicialista en la Constitución", *op. cit.*

con dictámenes de constitucionalistas y de opiniones políticas transmitidas con toda la aureola que le otorgaban complacientes medios periodísticos e instituciones académicas, con lo cual de esa forma contribuían a poner un disfraz al régimen que instauraban y así llevar confusión a la población.

Transitando la senda que se inició con los instrumentos *de facto* que se sancionaron por el golpe de Estado de 1955, los organismos financieros internacionales y los poderosos grupos económicos extranjeros y algunos nacionales ligados a ellos, tomaron abierta posesión de nuestra economía y se transformaron en partes determinantes de la **Constitución real** de nuestro país; de ese modo se erigieron en **base** sólida para mantener la crítica situación que se le provocó a la Nación y se convirtieron en un impedimento de **peso** para lograr su solución. Fueron los reales factores de poder en la Argentina y a quienes ejercieron los poderes del Estado se les tornó difícil salir del papel de meros instrumentos de esos grupos. En ese contexto se arriba a la reforma constitucional de 1994.

Las actuales generaciones estamos insertas en una circunstancia cuya amplitud, complejidad y dinamismo son hechos sociopolíticos insólitos. En las últimas décadas de reformas estructurales de inspiración neoliberal, muchas de ellas impulsadas desde el llamado "Consenso de Washington", y con el apoyo de los grupos de poder económico internacional articulados a ellas y de las oligarquías locales, forzaron la adopción de un conjunto de políticas orientadas a reducir a un mínimo los ámbitos de ejercicio de la soberanía y así cortar el margen de mediación estatal. El desmantelamiento del patrimonio y de las capacidades estatales de decisión soberana fue paralelo a la creación de un entramado jurídico internacional orientado a recortar adicionalmente la capacidad de decisión soberana de los Estados dominados.

Sin embargo, en pujante contraposición a ese *Corpus Iuris* de la dependencia, también en las últimas décadas se ha desarrollado "el núcleo de un derecho internacional emancipatorio, como resultado de concepciones jurídicas en el seno de la ONU y de otros organismos internacionales, que da testimonio del avance de la conciencia universal de justicia".⁽³⁰⁾ Por

(30) VILAS, CARLOS M., "La recuperación de la soberanía nacional como condición del desarrollo", Ponencia, Anales de la XIV Conferencia Continental de la Asociación Americana de Juristas, 17 al 19 de mayo de 2007, La Paz-República de Bolivia.

cierto, no faltan las iniciativas y publicaciones de hombres y mujeres, como también de organizaciones sociales que en sostén de tales principios luchan por un mundo mejor para todos. Así es que una numerosa normativa de la Asamblea General de las Naciones Unidas, junto a otras convenciones y principios concordantes del derecho internacional abarcan este nuevo derecho **emancipatorio** de los Estados y Pueblos que bregan por superar la condición del atraso y el sometimiento.

Pero, es indispensable remarcar que, para facilitar la política económica que se ejecutó durante casi todo el último cuarto del siglo XX, debió existir antes una ideología de “nuevo conservadurismo” para crear estructuras mentales con esos objetivos, lo que fue reflejo de una corriente internacional que se correspondía con el grupo que conducía el proceso económico en esos tiempos. Bien se expresó que hasta 1976 en el ámbito académico y aún en la opinión pública habían predominado en la Argentina ideas “progresistas”, que eran consideradas como “científicas” y a contar de esa fecha se siguieron caminos opuestos. “Desde entonces, la posición respetada académicamente comienza a ser la conservadora”.⁽³¹⁾ Así, paralelamente a la violenta represión a toda idea progresista —señala Calcagno—, al alineamiento de las universidades en torno a las tesis de la economía neoclásica, al manejo de la opinión pública en ese sentido (desde las campañas de prensa hasta los *slogans* tales como “achicar el Estado es agrandar la Nación”), comenzó a privilegiarse a esas concepciones en los centros y en la literatura académica. No se consideraba seria a una exposición si no se basaba en las categorías de análisis neoclásicas y monetaristas. Por supuesto, este no fue un fenómeno autóctono. Al mismo tiempo, en EEUU y Gran Bretaña se producía el nuevo movimiento o “revolución conservadora”.

En los claustros universitarios, escuelas y otras instituciones, se expusieron esas concepciones y dieron una falsa apariencia de la situación en que se hallaba la ciencia económica, pues esas ideas no podían asumir el rol de exponentes indiscutidos del conocimiento económico. Se buscó confundir a los mal informados o, al menos, introducir desconcierto en punto a la fundamentación doctrinaria de la política económica que se adoptaba, en pos de llevar al país a una política de desnacionalizaciones y de primacía de la empresa privada, en particular la extranjera; fueron años de privati-

(31) CALCAGNO, ALFREDO E., *La perversa deuda externa argentina*, Bs. As., Legasa, 1985, p. 33.

zaciones, libre flujo de capitales, apertura económica, desregulación financiera, flexibilización laboral y mercantilización de la educación.

La competencia y el individualismo inundaron no sólo las políticas económicas, sociales y educativas, sino que se instalaron en el devenir cotidiano. Por cierto, con una determinante presencia del Estado. El interés en hacer aparecer a los tiempos del “neoliberalismo” como un período de ausencia del Estado, hace a la esencia de su discurso. Sin embargo, fue necesaria una fuerte presencia del Estado para instalar esa política, que para ello necesitó de una gran actividad estatal. Ello impide sostener que estuvo ausente. Por el contrario, estuvo presente en el diseño y sostén de las políticas económicas que venían promovidas desde los grandes centros de decisión internacionales, amparadas en lo interno por los sectores económico-financiero oriundos, los grandes medios de comunicación, y por cierto, con las políticas represivas que se implementaron para marginar al pueblo. La actividad del Estado que se impidió fue otra, es la que debía realizar en el plano económico y social.

Por ende, se puede afirmar que los mentores del “neoliberalismo”, cuando critican al Estado, no se refieren al utilizado para instalar sus políticas, sino que lo que están criticando y tratan de evitar es la necesaria presencia de un Estado **activo**, dotado de los recursos humanos, técnicos y financieros en defensa de los intereses nacionales y populares. Al Estado que fije límites a los poderes económicos y financieros que han minado el fundamento democrático de la vida social, como asimismo de los derechos y libertades del pueblo. O sea, tratan de evitar al Estado que se viene. Entonces es indispensable ser precisos y saber a qué concepto de Estado se hace referencia. Si de lo que se trata es del Estado “**gendarme**” que se efectivizó en la Argentina durante décadas pasadas, o si será un Estado “**activo**” que impulse el progreso de la justicia que es el sentido esencial de la historia.

Se debe tener muy en cuenta que es la actuación de un Estado **activo** y un nuevo ordenamiento institucional protector lo que impedirá que sobre el bienestar y la calidad de vida del pueblo puedan actuar negativamente los intereses económicos dominantes. La concepción de un Estado esquemático y prescindente, al estilo de la centuria pasada, constituye un claro anacronismo histórico.

La democracia debe conjugarse con el desarrollo de todas las potencialidades de un país para que la injusticia y la discriminación expresadas por la marginalidad y la pobreza de un vasto sector de la sociedad desaparezcan como afrentas incompatibles con los principios que unen al hombre en comunidad. Los derechos políticos, como lo demuestra la experiencia histórica, son inseparables de los derechos sociales y económicos, y para la consecución de los ideales propuestos en las Declaraciones de Naciones Unidas es indispensable que el desarrollo brinde a los pueblos la posibilidad cierta de acceder a niveles dignos de vida, realización personal y participación. Debemos señalar que la falta de alimento, de techo y de trabajo son tan discriminantes como la censura del pensamiento y su libre manifestación.

El debate sobre la democracia es, en las condiciones actuales, una controversia acerca de la **legitimidad política**, y por consiguiente, comprende las formas políticas e institucionales sin las cuales no se puede hablar de legitimidad. Pero, también se transforma en una polémica respecto de la eficacia de la democracia. Los dilemas de la legitimidad política, como se refieren al rumbo, al sentido que la sociedad habrá de tomar, propician el debate sobre los grandes temas del desarrollo político y económico. La cuestión de la legitimidad política lleva así directamente al tema institucional, y al diseño del que sea mejor para lograr ese desarrollo.

Las declaraciones de derechos que no van acompañadas por medios, métodos y garantías necesarios para realizarlos tienen como consecuencia directa que esos derechos concebidos para que fueran los del Hombre, los de todo hombre, no son más que derechos que el individuo debe a su posición y función en los mecanismos de la economía. Una Constitución que en este siglo no tuviera en cuenta las conquistas sociales que se han incorporado en numerosas constituciones, y en Resoluciones y diferentes textos de las Naciones Unidas como también de otras organizaciones continentales, que se puede señalar que conforman principios internacionales sobre derechos humanos, será en nuestra época un verdadero anacronismo. Pero una Constitución que sólo se limitara a describir esas conquistas sin establecer los medios, métodos y garantías para su debido cumplimiento será una mera formalización teórica sin muchas posibilidades de alcanzar la vigencia efectiva de dichos derechos.

Es indudable que la problemática de los derechos humanos no transcurre en la actualidad sólo por el meridiano de su identificación y formula-

ción, sino fundamentalmente por el que señala cómo asegurar su vigencia para todos, y en todo tiempo y lugar. O, en otros términos, cómo realizar el bienestar general que equivale a la justicia en su más alta expresión y cómo alcanzar la vida abastecida con los bienes exteriores que la persona necesita para tender libremente a su desarrollo y disfrutar de los bienes interiores que la perfeccionan y hacen feliz. Sólo cuando todos y cada uno de los miembros de la sociedad argentina logren el bienestar conforme con el grado de civilización contemporáneo, recién tendrán asegurado el otro supremo bien que el Preámbulo de la Constitución vigente prescribe como objetivo de la comunidad, esto es el goce de los “beneficios de la libertad” para estar en condiciones de desarrollarse plenamente como seres inteligentes y espirituales.⁽³²⁾

En consecuencia, será tarea principal coadyuvar al cambio de la Constitución **real** que se resiste y obstruye el progreso social en nuestro tiempo contemporáneo. Como inmediata consecuencia vendrá la oportunidad de dictar una nueva Constitución **escrita** para el País de los Argentinos. Sin duda que será necesario realizar un esfuerzo creador para construir un orden sociopolítico propio que sirva de base sólida para instaurar un nuevo modelo de sociedad que nos permita hacernos cargo de nuestro propio destino en el mundo global.

Se puede afirmar que la prueba de la justicia o la injusticia de la sociedad es la manera en la que responde a las necesidades generales por medio de políticas públicas. La idea de la justicia social se torna difícil de definir para quienes se rebelan a supeditar su interés particular al interés de la comunidad. Su enunciado, técnicamente, puede tornarse abstracto, pero su simbolismo es sinónimo de nivelación equitativa y, en especial, de oposición a todo privilegio derivado del poder, de la riqueza o del oportunismo. La justicia social acompaña a las necesidades crecientes de todo pueblo en su devenir histórico. Por tanto, su concepto no es estático ni sirve su postulación rígida o inamovible. Debe acompañar al hombre con los temas que le afligen en su calidad de miembro de una Nación. El eje de su cometido consiste en atribuir a cada uno lo que le corresponde; o sea, la porción de bienes materiales, culturales y espirituales. Esto es el nudo, su ser, su sustancia. Como apuntaba Sampay, “dar a cada uno

(32) SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, op. cit., pp. 251/255.

lo suyo” significa la obligación de promover en conjunto las condiciones para que cada uno de los miembros de la comunidad reciba lo que necesita para desarrollarse íntegramente, y esto es “lo suyo” que corresponde a cada uno.

La Asamblea Constituyente de 1957, previa proscripción del partido mayoritario, tuvo como **principal objetivo** ratificar al bando militar que abrogó la Constitución Nacional de 1949 y reimplantó la Constitución de 1853/60, no obstante lo cual ésta quedó durante los distintos períodos *de facto* que sufrió el país, abiertamente relegada con relación a la normativa **supra legal** que en ellos se impuso, en todos aquellos preceptos que se oponían a sus “**directivas**”, “**finés**” u “**objetivos**”.⁽³³⁾ También se utilizó⁽³⁴⁾ la práctica autocrática del poder constituyente, mediante la modificación de diversos preceptos de la Constitución de 1853/60, con carácter de normativa constitucional que sobreviviera al golpe de Estado en el posterior régimen *de iure*.

La esencia de dicha **supra legalidad** consistió en que abroga o convierte en letra muerta a las normas insertas en la parte orgánica de la Constitución que estructura el gobierno a través de la representación democrática, y las reemplaza con órdenes imperativas que instituyen un gobierno **autocrático y concentrado** con el carácter de órgano supremo de la nación. Pero declaran la intangibilidad de la parte dogmática y refuerzan las garantías para la inversión de los capitales monopólicos extranjeros. Con esa normativa, “incapacitan al pueblo para decidir acerca de tópicos atingentes a la Constitución **real** del país, en especial sobre el fin que la comunidad debe perseguir”,⁽³⁵⁾ e impiden el cambio y la modificación de los modos tradicionales de producción y distribución que conviene emprender cuando se quiere aumentar la cantidad y calidad de los bienes a consumir, pues para efectuar la Justicia hay que acrecentar esos bienes a fin de que sean suficientes para todos.

Los **decretos-leyes**, las **leyes** y los **fallos** que se han dictado en los ciclos *de facto* no son más que el reflejo de la crisis constitucional y expresión

(33) “Proclama” del 27/04/1956, art. 2; “Estatuto” del 28/06/1966, art. 3, y “Estatuto” del 24/03/1976, art. 14.

(34) “Estatuto Fundamental”, del 24/08/1972.

(35) ARTURO ENRIQUE SAMPAY, *op. cit.*, p. 127.

de la primacía política de quienes dominan los resortes de la Constitución **real** del país. En esa etapa de la historia institucional argentina, de inestabilidad casi permanente, no sólo se produjo la ruptura de orden constitucional, sino que, además, y como lógica consecuencia, los mentores del golpe de Estado, para cohonestar sus actos recurrieron a **malabarismos jurídicos**, para utilizarlos como herramienta técnico-funcionalista que les permita aparentar su **legalidad**.

Así se inauguró una etapa de inestabilidad política con pseudo-constitucionalismo formal, en cuyos entresijos se encontró el oculto propósito de institucionalizar el golpe de Estado. Y también se comenzó a manipular la idea de la **continuidad** de ese sistema, con la pretensión de prolongar sus efectos hasta después de instalado un gobierno constitucional, con el no disimulado designio de asegurarle suficiente estabilidad a la normativa dictada en menoscabo de la Justicia y sin ningún consenso expreso por parte de los miembros de la comunidad. En rigor, con este razonamiento se pretendió dar visos de juridicidad al golpe de Estado para equipararlo con el gobierno *de iure*, a fin de disimular la verdadera continuidad que se trata de lograr, para que no sufra mengua la permanencia de la Constitución **real**, con dependencia económica e injusticia social.

Ante los extensos períodos *de facto* que vino padeciendo nuestro país en el plano constitucional, al finalizar uno de ellos, Sampay sostenía que el país se viene desarrollando al margen de una Constitución escrita políticamente **legitimada** por la voluntad del pueblo de la Nación, porque la que el pueblo se dio, mediante genuinos representantes, fue derogada por el decreto de un gobierno *de facto*, el 27 de abril de 1956, ratificado después por una Convención Constituyente que, para poder hacerlo, eligió a sus miembros previa proscripción del movimiento político de los grandes sectores populares. Por tanto, era de opinión que el Congreso debía convocar mediante un plebiscito nacional al poder constituyente originario "para que decida cuál es la Constitución que debe regir". No tenía dudas de que la decisión democrática que proponía era más legítima que la decisión autoritaria-oligárquica que abrogó la Constitución de 1949.⁽³⁶⁾

La extensa vigencia que tuvo la supraconstitucionalidad *de facto* motivó que se expresara también que al perder su supremacía toda Constitución

(36) SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Constitución y pueblo*, op. cit., p. 246.

pierde su virtud de tal.⁽³⁷⁾ Mientras la Ley Suprema rige en su plenitud no se le puede quitar esa calidad **de cualquier manera**. Si ello ocurre, ese texto puede encontrarse transitando la senda que le lleva a ser una Constitución **nominal**, por lo que en definitiva tendrá que suceder su reemplazo por otro texto que se ajuste a la magnitud del cambio de la Constitución **real**, y mediante un procedimiento que le otorgue plena **legitimidad democrática** a ese acto constituyente. Sin embargo, aquella situación también puede ser transitoria y estar causada por los factores reales de poder predominantes en su decisión por mantener sin cambios a la Constitución **real** vigente, los que luego de dirimido el conflicto logran que se restaure en su plenitud la Constitución **escrita** afectada; asimismo, al no lograr legitimarse políticamente mediante un pronunciamiento expreso, por distintas vías utilizarán un criterio *ad hoc* de interpretación de los hechos ocurridos, con el definido propósito de **legalizar** la vigencia del texto constitucional restaurado.

Es el **eclipse** que sufre la Constitución **escrita** lo que ocurre precisamente cuando se interrumpe su vigencia en los períodos *de facto*. Durante los mismos, el vigor de la Constitución **real** prevalece y suspende o sustituye algunas normas de la Constitución **escrita**: en el golpe de Estado para obtener su ulterior vigencia, o, por el contrario, para instaurar una nueva Constitución **jurídica** en la revolución. En la realidad de los hechos históricos, a pesar de todas las justificaciones que utilizaron los gobiernos militares a través de los documentos que dictaron o las declaraciones que efectuaron, lo expuesto en la alternativa del golpe de Estado es lo que generalmente sucedió en nuestro país con los distintos períodos *de facto* que promovieron en el siglo XX. Y ello lleva necesariamente a sostener que no es correcto tratar este tema sin hacer distinción entre el golpe de Estado y la revolución. Por cierto, los embates que llevan a la erosión o desvalorización de la Constitución **jurídica** no sólo se producen cuando despuntan los períodos *de facto*.

Salvo el caso del Estatuto Fundamental de 1972, que alguna de sus reglas, y por un breve período, conservaron vigor aun durante el gobierno constitucional que asumió en 1973 con la finalidad de integrar inmediatamente los poderes del Estado y poner en marcha ese nuevo período democrático

(37) LAZZARINI, JOSÉ LUÍS, "La vigencia de facto de la Constitución", en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-C-1315.

bajo el marco del orden constitucional preexistente, las normas que instituían la supraconstitucionalidad *de facto* sólo rigieron durante el período en que podían ser sostenidas por la fuerza del poder de hecho; luego, sin que se haya emitido declaración alguna, las reglas de la Constitución de 1853/60 recobraban inmediatamente su vigencia “de modo espontáneo y automático”, sin necesidad de declaración expresa.⁽³⁸⁾

Al finalizar el último régimen *de facto*, de igual manera, sin acto que la pusiera en vigencia, comenzó a aplicarse nuevamente la Constitución de 1853/60, y entonces se reiteró el agudo interrogante de cómo es posible que una Constitución postergada por el golpe militar y que no rigió plenamente durante más de siete años, “puede renacer de sus cenizas”.⁽³⁹⁾ Por cierto que el régimen que concluía no estaba en condiciones de sostener la **supraconstitucionalidad de facto** que había dictado. Pero, tampoco se había gestado otra alternativa de poder con suficiente vigor para que siquiera se abriera el debate constitucional. Ante la gravedad de la situación **volver** a la Constitución histórica era un avance.

Así es que después de los períodos *de facto* de la última mitad del siglo XX, el país se venía desarrollando al margen de una Constitución **escrita** políticamente legitimada por la voluntad expresa de la nación. Sin duda, la supraconstitucionalidad que instituye el golpe de Estado y que después no está en condiciones de legitimarse con la positiva participación de los gobernados, concluye al perder su fuerza el poder de hecho. Sabemos que la misma consiste en que abroga o convierte en letra muerta a las normas insertas en la parte orgánica de la Constitución que hacen al funcionamiento de los poderes del Estado a través de la representación democrática, y las reemplaza con órdenes imperativas que instituyen un gobierno **autocrático** y **concentrado** con el carácter de “órgano supremo de la Nación”. Y desde esa condición declaran la **intangibilidad** de la parte dogmática y supeditan la interpretación a las dominantes órdenes del régimen que han instituido. En particular, en lo que se refiere a las normas de política económica constitucional que ella contiene.⁽⁴⁰⁾

.....

(38) SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., Astrea, t. I, 1993, p. 193.

(39) LAZZARINI, JOSÉ LUÍS, *op. cit.*

(40) CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “La política económica constitucional y la reforma de la constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1993-B-1154.

Las “Bases Políticas de las Fuerzas Armadas para el Proceso de Reorganización Nacional”, engañosamente sostenían que “el contenido del Preámbulo y los derechos y garantías establecidos en la primera parte de la Constitución Nacional, son un credo doctrinario y una fuente de inspiración permanente para el Proceso de Reorganización Nacional”.⁽⁴¹⁾ Se sabe qué ocurrió en ese período en materia de derechos humanos, cómo fueron violados en forma sistemática y la población sometida a un régimen de terror. Por tanto, esa “inspiración permanente” fue sólo para sostener con una interpretación estática,⁽⁴²⁾ las normas de política económica constitucional del texto histórico de 1853.

La Constitución es un proyecto de Nación sustentado en una ideología y en determinadas relaciones de fuerza; y el poder encarna la única instancia capaz de transformar la política en historia. Pero, como observamos y sabemos, haber obtenido por la fuerza y otros medios “el consentimiento colectivo” inicial, o sea la **legitimación sociológica**, no le fue suficiente para sostenerse en el ejercicio del gobierno; ni pudo otorgarle **legitimidad moral** a sus actos en dirección al progreso de la Justicia; ni por tanto, logró darle **legitimidad política o democrática** a la gestión del gobiernos *de facto*, lo que depende del asentimiento colectivo expreso, en donde está el contralor conforme a la naturaleza de las cosas. De esa manera, la supraconstitucionalidad *de facto* no logró legitimarse por una nueva decisión política del verdadero titular del poder constituyente, que a esta altura del desarrollo político alcanzado por el hombre sabido es que sólo puede ser ejercido por el pueblo en forma libre y expresa.

Recordemos los conceptos que transcribe Lassalle del “viejo diplomático” Talleyrand: “*On peut tout faire avec les bayonnettes excepté s’y asseoir*”. O sea, “teniendo las bayonetas, puede hacerse todo, menos sentarse en ellas”. En esta forma epigramática, Talleyrand quería dar a entender “que disponiendo de las bayonetas, el gobernante podía momentáneamente hacer todo cuanto se le antojase, menos convertirla en un fundamento sólido y permanente de poder”.⁽⁴³⁾ Con ellas, es decir, apoyado en el poder de las armas exclusivamente, ningún gobierno *de facto* puede estar en situa-

(41) *Anales de Legislación Argentina*, Editorial La Ley, t. XXXIX-D-3601.

(42) Ver SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, op. cit., p. 85.

(43) LASSALLE, FERNANDO, op. cit., p. 129.

ción de sostener decisiones en base a un autoasignado poder constituyente y darle permanencia al mismo. Sólo le alcanza momentáneamente para coadyuvar al uso de la fuerza, vigorizar la Constitución **real** y posteriormente, como último paso, restaurar plenamente la Constitución **escrita**.

Al agotarse el endeble poder de las bayonetas, pierde su fuerza el sistema supraconstitucional *de facto* que se sancionó con el oculto propósito de institucionalizar al golpe de Estado, y el **seudoconstitucionalismo** que concurrió a sostener sus actos. Concluye así durante esa etapa la utilidad de este recurrente instrumento empleado para confundir con la apariencia externa y decorativa de las formas constitucionales. Es claro que la **supraconstitucionalidad** que instituye el golpe de Estado y que después no puede legitimar con la positiva participación de los gobernados, finaliza al perder su fuerza el poder de hecho.

Ese fue el rol que cumplió la **supraconstitucionalidad de facto** que estos regímenes sancionaron. Pues, según hemos analizado, en la experiencia de nuestro país se observa que el advenimiento de los golpes de Estado no trajo la abrogación de todo el orden constitucional existente, sino que sólo ocurrió con las normas de la Ley Suprema que se refieren al funcionamiento de los poderes de gobierno, y las que instituyen los derechos democráticos y los que se refieren a la seguridad personal, amén de otras que impedían el accionar de los órganos *de facto*; pero ratificaron a la parte dogmática del texto de 1853, especialmente —como vimos— a las normas de política económica que contiene.

De tal forma, como los golpes de Estado fueron ejecutados con la clara intención de evitar un cambio de la Constitución **real** para mantenerla en su esencia y como efectivamente resultó así, al agotarse la potencialidad del poder de hecho sin que se haya gestado otro poder real en condiciones de sustituir al precedente, la Constitución **histórica** "renace de sus cenizas". En dichas circunstancias, el volver al texto de 1853 debe interpretarse como un claro progreso para iniciar un nuevo tiempo constitucional. Se acaba el **eclipse** de la Constitución **escrita** y sus normas suspendidas recobran inmediata vigencia. No debe caber duda alguna de que el tema constitucional no pasa sólo por la Constitución **escrita**, que está sujeta férreamente por la Constitución **real** donde dirimen su acción los factores de poder, ni es exclusivamente un tema jurídico, sino que principalmente se encuentra en el ámbito del poder político.

Mencionar a la dictadura instalada en 1976 tampoco explica todo lo acontecido durante la **valorización financiera**, porque después le sucedieron tres gobiernos constitucionales durante los cuales no se revirtieron sino que se profundizaron esas falencias estructurales. Durante la prolongada vigencia de esa política en perjuicio de los sectores populares tuvieron un papel protagónico los grandes grupos económicos locales, y así se conformó el “bloque de poder” constituido por la alianza entre la fracción de la oligarquía terrateniente que se había diversificado décadas antes hacia la industria (**oligarquía diversificada**), conjuntamente con el capital financiero internacional. Ambos fueron los beneficiarios de este proceso, pero la fracción interna fue la que condujo la implementación de las transformaciones económicas y sociales a partir del control del Estado, es decir, detentaba la hegemonía política.⁽⁴⁴⁾

Así es que en las últimas décadas de reformas estructurales de inspiración neoliberal, muchas de ellas impulsadas desde el llamado “Consenso de Washington”, y con el apoyo de los grupos de poder económico internacional articulados a ellas y de las oligarquías locales, forzaron la adopción de un conjunto de políticas orientadas a reducir a un mínimo los ámbitos de ejercicio de la soberanía y así acotar el margen de mediación estatal. Fue un punto de inflexión decisivo en la decadencia de la idea del Estado. Como vimos, el desmantelamiento del patrimonio y de las capacidades estatales de decisión soberana fue paralelo a la creación de un entramado jurídico internacional orientado a recortar adicionalmente la capacidad de decisión soberana de los Estados dominados.⁽⁴⁵⁾

Con ese marco se abriría la instancia *de iure* que comenzó a fines de 1983. Pero, la dinámica de la Constitución **real** no justificaba, ni permitía todavía una nueva Constitución **jurídica**. Por todo ello se mantiene intacta la estructura socioeconómica y ahí es donde se hace patente una **continuidad**. Menudearon los golpes y contragolpes de Estado, cambiaron nombres y equipos gobernantes que se alternaron en el manejo de la cosa pública, pero en el plano económico-social la continuidad es sagrada, porque los

(44) BASUALDO, EDUARDO M., *Sistema político y modelo de acumulación*, Bs. As., Cara o Ceca, 2011, pp. 27/28 y 41/43.

(45) Ver CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “Sampay y la Soberanía”, (Palabras Liminares en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*), en *El Derecho y la Soberanía Argentina*, Bs. As., Editorial Docencia, t. 10, 2012.

detentadores del poder económico-financiero no admitieron la menor concesión que se traduzca en mella de sus privilegios. Y la Nación continuó sumergida en el subdesarrollo, la dependencia económica y la falta de vigencia de los más elementales derechos humanos básicos.⁽⁴⁶⁾

Es un claro principio que no puede prestarse a confusiones, que en el Estado constitucional el sujeto del poder constituyente es el pueblo y únicamente es la comunidad política soberana la que ha de decidir sobre su organización constitucional. Por eso bien se expresó que

“en el estado actual de la civilización y la cultura política del mundo, no existe duda de que es el pueblo el sujeto del poder constituyente como lo es asimismo de la soberanía. Todo poder o autoridad emana del pueblo, el cual por lógica implicancia posee la facultad elemental y primaria de organizar jurídicamente el Estado a través de una Constitución, para lograr plenamente la efectividad de la libertad y bienestar a través del ordenamiento del Estado de derecho”.⁽⁴⁷⁾ Como señala Xifra Heras, el acto constituyente supone la existencia de una voluntad en condiciones de producir una decisión eficaz sobre la naturaleza del orden. El titular de esta voluntad lo es también del poder constituyente. En la actualidad, al menos en el círculo de la cultura occidental, es casi unánime la creencia democrática según la cual el poder constituyente pertenece de modo completo a la comunidad nacional. De conformidad con ello, “se cree hoy que el poder constituyente corresponde al pueblo, a la colectividad, y le corresponde de una manera plena, indivisible, permanente, eficaz, inalienable e imprescriptible”.⁽⁴⁸⁾

En 1983 se inicia un nuevo período constitucional con los poderes del Estado electos por el voto del pueblo. Comienza así esta etapa sin golpes de Estado militares que llega hasta la actualidad en este siglo XXI. Transcurridos diez años, se puso en marcha un proceso que lleva a la sanción

(46) Ver CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “La vigencia de los derechos socioeconómicos y la Constitución”, en *Realidad Económica*, n° 89, 4to. bimestre 1989, p. 59.

(47) LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 3ra. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1981, t. II, p. 421.

(48) XIFRA HERAS, JORGE, *Derecho Constitucional*, t. 1, p. 152; Ver LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *op. cit.*, t. II, p. 421.

de la Constitución vigente desde 1994. Aunque los intentos de reformar la Constitución surgieran al poco tiempo de iniciado ese período constitucional, y tuvo por tanto distintas alternativas y debates a nivel académico y político. Pero, el pueblo no tuvo participación protagónica y estuvo al margen de su definición.

La democracia recuperada en 1983 heredó un Estado desmantelado. El esquema se complementó durante los 90. El “neoliberalismo” y las ideas del Consenso de Washington dieron sustento teórico a la concepción del “Estado mínimo”. Después llega el “Pacto de Olivos”, y es el embrión de la crisis desencadenada en el año 2001.

Durante el mandato del presidente Alfonsín, hacia fines de 1985 también se habló y se puso en marcha el análisis del tema de la reforma a la Constitución Nacional. El 24 de diciembre de 1985 en los considerandos del decreto 2446, el Poder Ejecutivo Nacional señalaba que para superar definitivas etapas del pasado “resultará necesario y perentorio encarar un vasto proyecto de consolidación de nuestro régimen republicano y democrático, **tendiente a la modernización** de la sociedad argentina, fundado en la ética de la solidaridad y en la amplia participación de la ciudadanía”. A esos efectos, creó el denominado “Consejo para la Consolidación de la Democracia”.

Con el impulso del triunfo electoral y el apoyo inicial que tenía en la población, al lograr transmitir la sensación de haberse dejado atrás los años de crisis de la dictadura militar, durante los primeros años del gobierno radical comenzó a promoverse una reforma constitucional consensuada que tuviera como resultado suprimir el presidencialismo y adoptar un modelo parlamentario. Mencionaban

“como temas fundamentales a contemplar en la reforma aquellos vinculados al perfeccionamiento de la parte orgánica de la Constitución y, en especial, los que se refieren a la forma de hacer más expeditivo y eficaz el funcionamiento de los distintos poderes del Estado, a facilitar la participación de la población, a promover la descentralización institucional y a mejorar la gestión de la administración”.⁽⁴⁹⁾

(49) ALFONSÍN, RAÚL, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Bs. As., Corregidor-Tiempo de Ideas, 1996, p. 147.

Para concretar estos objetivos le otorgaban especial importancia a la posibilidad de combinar aspectos “de nuestro tradicional régimen presidencialista con elementos de los sistemas parlamentarios”.

Podemos observar que tanto las propuestas contenidas en los dos dictámenes que emitió el Consejo, como las distintas formulaciones expuestas por el presidente de la República, efectuaban un análisis predominantemente político de las causas que generan las tensiones que se producen en la infraestructura sociológica de la Constitución y que se corporizan en la inestabilidad de la Constitución **escrita**; no se acercaron al examen de las motivaciones económico-sociales. Privilegiaban el diagnóstico político-institucional y evadían tratar las razones de orden económico-social que llevan a la crisis de nuestro sistema constitucional y así también se excluían de la futura reforma los temas relativos a la organización económica del Estado y la formulación de un orden económico afirmado en nuevos fundamentos.

Poco tiempo después, el presidente Alfonsín dejó de lado el propósito que expuso tres años antes con relación a la reforma constitucional. Con esta decisión concluía una etapa en la cual trató de propagar la necesidad de **una reforma parcial, circunscripta y consensuada** al texto de 1853/60. La postura reformista se encontraba limitada entonces, principalmente a la parte orgánica de la Constitución y además, se hallaba restringida a los puntos instrumentales precisos que se determinen y, por ello, no sería abierta a un debate general como sucedió con la reforma de 1949.

Es en la década del 90 que se concreta la posibilidad de una alternativa reformista cuando Menem y Alfonsín se reúnen en secreto y acuerdan el “Pacto de Olivos”, que estableció las condiciones que facilitarían la reforma constitucional, el que fue anunciado el domingo 14 de noviembre de 1993 en la residencia de Olivos.⁽⁵⁰⁾ Fue este acuerdo político el que impulsó el procedimiento para llevar adelante una “reforma constitucional

(50) GRAHAM-YOOLL, ANDREW, *Tiempo de tragedias y esperanzas. Cronología histórica 1955-2005. De Perón a Kirchner*, Bs. As., Lumiere, 2006, p. 541. El texto de la “Propuesta de bases para el inicio de la negociación”, se encuentra publicada en ALFONSÍN, RAÚL, *op. cit.*, p. 471. En dicho texto, se observa la esencia de los puntos para llegar a la reforma de 1994, o sea un “Acuerdo político respecto de un conjunto mínimo de enmiendas que no podrán ser alteradas ni modificadas por la Convención Constituyente”, y que la parte dogmática de la Constitución seguiría “sin modificaciones, salvo en lo relativo al art. 30 donde podría introducirse el sistema de enmiendas con referéndum ratificatorio para determinados puntos”; lo que finalmente no ocurrió.

consensuada". Por eso Alfonsín sostuvo que "se puede afirmar que así como el dictamen del Consejo constituye la base de la Reforma de 1994, el acuerdo radical-justicialista de 1988 es el trampolín que nos llevaría, ya veremos de qué manera, al Pacto de Olivos".⁽⁵¹⁾

La esencia del Pacto de Olivos que acordó la reforma constitucional que se llevó a cabo el año siguiente en la ciudad de Santa Fe, se encuentra principalmente en el llamado "Núcleo de Coincidencias Básicas" que integra la ley 24.309, y que debía ser votado en bloque por los convencionales. Era la singular garantía que se reclamaban mutuamente los dirigentes de los partidos mayoritarios para efectivizar el cumplimiento del consenso que habían logrado, sobre los temas que integraban el Núcleo y que entendían determinantes en el proceso de reforma.

Fue en las sesiones del 20 y 21 de diciembre de 1993 que se trató el tema de la ley declarativa de la reforma constitucional en la Cámara de Diputados de la Nación. En dicha oportunidad, la Comisión de Asuntos Constitucionales del cuerpo expresó que "el acuerdo político al que han arribado los dos grandes partidos de nuestro país, compartido por otras fuerzas políticas, son el reflejo más elocuente del consenso tantas veces reclamado, presupuesto necesario del procedimiento establecido en el art. 30 CN".⁽⁵²⁾ Era la consagración del denominado "Pacto de Olivos".

Luego se pasó al debate en particular. Pero cabe recordar lo sucedido durante la redacción final del art. 7 de esa ley. Al tratarse el proyecto, el diputado Natale sostuvo que:

"aquí debe haber un error de redacción. El proyecto dice que la Convención no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en la Primera Parte de la Constitución Nacional, que tiene un capítulo único. Ahora, con todos los derechos o situaciones que en el art. 3 de esta ley acaban de habilitar a la Convención para legislar, muchos de ellos tendrán que ser incluidos en la Primera Parte de la Constitución, pero en otro capítulo. La actual Constitución tiene un único capítulo y la próxima pasará a tener dos capítulos, el primero y el segundo. El

(51) ALFONSÍN, RAÚL, *op. cit.*, p. 246.

(52) CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, 32a. Reunión, diciembre 20 y 21 de 1993, p. 4092.

capítulo segundo será el que va a recoger las modificaciones que ahora se habilitan”.

De manera que, sostuvo el Diputado Natale, el artículo debería decir: “La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.⁽⁵³⁾ El Diputado Rodríguez Sañudo, en nombre de la Comisión de Asuntos Constitucionales, aceptó la modificación propuesta, y fue aprobado por la Cámara en votación nominal.⁽⁵⁴⁾ Posteriormente, el despacho de Diputados fue tratado en la Cámara de Senadores de la Nación, la que luego de debatirlo por 38 votos afirmativos y 7 negativos aprueba el texto de lo que finalmente fue ley 24.309.⁽⁵⁵⁾ El artículo así quedó redactado tras su paso por el Senado.

Cabe acotar que las limitaciones e impedimentos que se le pusieron a las definiciones institucionales que podría producir la Asamblea Constituyente, no sólo buscan mantener intactas las normas de política económica constitucional insertas en el “Capítulo único” de la Primera Parte de la Constitución histórica, sino que de tal forma instituyen asimismo el instrumento que posibilitará sostener interpretaciones constitucionales **estáticas** acordes con el diseño efectuado en el siglo XIX y que en la actualidad son esgrimidos por los sectores que tratan de mantener su predominio en la Constitución **real**. Sin duda, ello fue con la velada intención de condicionar, neutralizar o impedir que, en base a nuevos artículos que pudiera sancionar la Asamblea Constituyente en otras partes de la Constitución **escrita**, se aplique un criterio distinto de interpretación constitucional que permita lograr el fin último de la Constitución, es decir, la Justicia Social en toda su expresión. Lo que en ese sentido puede ocurrir, por ejemplo, recurriendo a las disposiciones del nuevo art. 75 de la Constitución que, en sus incs. 19, 22 y 23, contiene importantes principios para efectuar una interpretación progresiva de su texto, y que los poderes constituidos puedan efectivizar una política económica acorde a las necesidades y posibi-

(53) CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, 33ª Reunión, Continuación de la 6ª sesión ordinaria de Prórroga (Especial), diciembre 21 y 22 de 1993, p. 4299.

(54) CÁMARA DE DIPUTADOS DE LA NACIÓN, *Diario de Sesiones de Diputados*, p. 4299.

(55) CÁMARA DE SENADORES DE LA NACIÓN, 68va. Reunión, 27 sesión ordinaria (Especial), 28/29 de diciembre de 1993, p. 5395.

lidades del país, y que abandone las políticas “neoliberales” de la década del 90 del siglo XX.

Además de lo expuesto sobre el “Núcleo”, existieron diversas limitaciones al proceso de reforma entre las que es posible mencionar la calidad de “reforma parcial”, la enunciación taxativa de los temas habilitados, la prohibición de introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en los primeros treinta y cinco artículos de la Constitución, y la limitación en el tiempo de duración de la Asamblea (arts. 1, 3, 7, 10 y 12, de la ley 24.309).

Levantar vallas al proceso de reforma constitucional tanto en la forma como en cuanto a su contenido se encuentra en pugna con el mismo pensamiento del constituyente originario, pues como vimos antes aún para Alberdi en su proyecto de Constitución el tema de la reforma constitucional era uno de los medios para impulsar el progreso social, dado que las Constituciones —decía— deben ser como los andamios para el arquitecto en la construcción nuestro edificio político, y se ajustarán a las necesidades de su edificación. Por eso incluyó el tema en la primera parte constitucional y estableció que la Constitución puede ser reformada “en todo o en parte”. También José N. Matienzo señalaba que oponerse a la reforma implica la conclusión absurda de sostener que se ha alcanzado **el máximo de la perfección social**, y por ende, una generación no puede imponer a las siguientes las normas que han de guiar su organización política, económica y social.

Sin duda, esas limitaciones implican un criterio que lleva a continuar con la política de alejar al pueblo en la definición de la metodología, procedimientos y contenidos de una nueva Constitución **escrita**. Se desconoce de tal manera el adelanto, la elevación de su nivel sociocultural, y el crecimiento cuantitativo y cualitativo de sus necesidades y el desarrollo de su capacidad de juzgar. También se desconoce que, en el interés de los sectores populares, reside el progreso de la Justicia, pues al decir esclarecido de Sampay, en los privados de ella, se encuentra a los sectores aptos y óptimos para alcanzarla; y que es posible lograrlo en nuestra realidad contemporánea. Es que la lucha por la Justicia conforma los ideales que animan a la lucha del pueblo por una Constitución mejor.

De tal modo, en dicho proceso reformista los sectores mayoritarios de la nación prácticamente estuvieron apartados de temas que hacen a sus

derechos fundamentales y a la Constitución, que quedó como campo exclusivo para un pequeño sector de juristas que fueron quienes tuvieron la facultad de definir criterios al respecto. Esa actitud contiene y sostiene la concepción **elitista** que durante el siglo XIX tuvo la definición del contenido de la Constitución **escrita** o **jurídico-formal**. Cuando, a fin de definir cuál sería la mejor Constitución acorde a las condiciones sociales y políticas del país, era necesario impulsar acciones que posibilitaran a los distintos sectores de la población una participación protagónica.

Es la misma evolución cultural, económica y social la que impulsa, desde el interior de los pueblos, a una mayor participación en todos los ámbitos de la vida, incluido el político, y es sabido que el sentido más amplio y profundo de la participación del hombre en la vida de una nación políticamente organizada se traduce en la soberanía del pueblo y en su derecho a ser artífice de su propio destino y "soberano de su propia suerte". Por ello, no se puede marginar la presencia activa y directa del pueblo en la decisión que se adopte sobre una nueva Constitución. La ciencia política contemporánea eleva a la categoría de dogma el principio participativo.

Termina así el siglo XX y se va cerrando un largo ciclo de la historia nacional que comienza con el golpe de Estado de 1955, y que duró en total más de cincuenta años. En sus distintas etapas, a través del golpe de Estado o de democracias limitadas y formales, los sectores dominantes mantuvieron la esencia de la Constitución **real** que está reflejada en la Constitución **escrita** de 1853, con sus reformas posteriores. Con proscripciones políticas, manipulación de las ideas desde los hegemónicos medios de comunicación, prevalencia en los centros "académicos" de la concepción del neoliberalismo como vía de desarrollo, y la claudicación de la gran mayoría de la dirigencia política y sindical que ya sea por ignorancia o concupiscencia dejaron a nuestro país y a su pueblo en una aguda crisis social. Pero no cabe exculpación alguna ante tan deplorable actitud.

Ya vimos que una constante de toda la normativa *de facto* fue dejar intacta a la parte dogmática constitucional sancionada por el Constituyente del siglo XIX en lo que se refiere a las normas de política económica constitucional, y que ello contribuyó a sostener la Constitución **real** que nos llevó al duro comienzo del siglo XXI. Por tanto, el "Pacto de Olivos", como la propia reforma constitucional de 1994, en el fondo representan una acti-

tud política conservadora y que no contribuyó a la solución de los problemas nacionales, sino que por el contrario ellos se fueron acentuando, lo cual llevó a que en el comienzo de dicho período el país haya sufrido la más grave crisis social que recuerda su historia. Es el inapelable veredicto de la experiencia histórica. El siglo XXI encontró a la República Argentina sumida en una crisis estructural, cuya expresión social y política alcanzó su pico en las grandes movilizaciones populares del 19 y 20 de diciembre de 2001.

Ahora estamos en el siglo XXI. En la etapa histórica actual, que se inicia en mayo de 2003, va tomando forma la plena vigencia la democracia social y participativa. Por ende, en el tema constitucional no cabe sostener procedimientos y métodos del siglo XIX para lo que fue una sociedad simple y no participativa. En esta nueva etapa que se encuentra transitando la Argentina se hace necesario definir y proponer las bases esenciales para un nuevo Proyecto Nacional del País de los Argentinos, que oportunamente se institucionalice al más alto rango normativo por una futura Asamblea Constituyente, con la más amplia participación popular. Con la creatividad de los pueblos se podrán delinear nuevos caminos. Los derechos sociales y las normas de política económica constitucional, que institucionalicen nuevos "medios" para superar el **condicionamiento socioeconómico** que impide la vigencia efectiva de esos derechos, deben ser parte esencial del debate y contar con la participación protagónica del pueblo.

La Argentina se encuentra en un momento determinante de su desarrollo social y político. En esta circunstancia histórica que estamos viviendo es imprescindible profundizar el debate político alrededor de estas cuestiones, al que no se debe tener temor a enfrentar. Será el camino para que las expresiones mayoritarias de la nación tengan participación efectiva, y así confluyan orgánicamente en una alternativa de poder político que logre cambiar las bases de la Constitución **real** que nos llevó a la crisis del 2001 y que, en esencia, aún no se pudo modificar sustancialmente. Sólo así, a través de su plena participación, podrá lograrse una acción consciente de los distintos sectores sociales, que son quienes finalmente habrán de apoyar y sostener un nuevo Proyecto para el País de los Argentinos.

Si se efectúa un descriptivo análisis de los distintos textos de las constituciones **escritas** que fueron sancionadas en el mundo, se logra ingresar al ámbito de las **genealogías** y **generaciones** constitucionales. La **genealogía** de las constituciones permite encontrar la filiación de un texto constitucio-

nal ascendiente, con la clase o condición del linaje de las constituciones; y puede intervenir como una rama auxiliar de la historia constitucional al facilitar el estudio de las constituciones. Las líneas genealógicas se pueden dividir inicialmente en dos grandes ramas: las que surgen en América y sus características que definen un sistema republicano, federal, y presidencialista; y las sancionadas en Europa, donde predomina un régimen directorial, unitario e inicialmente monárquico. Las **generaciones** constitucionales son como un corte horizontal en la historia del conjunto de las constituciones de una época, que comprende sus rasgos distintivos y comunes: el tiempo en que surgieron, las corrientes del pensamiento de quienes las impulsaron, su formación ideológica y también la coincidencia y similar concepto asignado en los fines y medios que instituyen. Observar cronológicamente sus textos permite ubicarlas en el tiempo histórico. Así tenemos las que fueron sancionadas en los años finales del siglo XVIII y primeros años del siglo XIX, las de mediados del siglo XIX, las que fueron sancionadas antes y después de las guerras mundiales ocurridas en el siglo XX, y las más cercanas a nuestra realidad contemporánea. De tal forma, los períodos constitucionales con sus características propias, evidencian la época de su sanción y vigencia; o sea, denota el período histórico en que una nación la institucionalizó al más alto rango normativo.

La Argentina, que tiene sus constituciones insertas en la genealogía constitucional americana —republicana, federal y presidencialista—, tuvo tres modelos o generaciones constitucionales. La primera de mediados del siglo XIX que instituyó el esquema liberal y agroexportador, la segunda fue la etapa justicialista que instituyó la Constitución Nacional de 1949, y la última sancionada en 1994 acorde a la realidad del “neoliberalismo” imperante y de las ideas lanzadas por el “Consenso de Washington” que predominaron en ese tiempo. Ahora debemos ir por un cuarto modelo de Constitución, que institucionalice el proyecto nacional, popular y democrático que está llevándose a cabo en este siglo XXI.

Desde la segunda mitad del siglo XX, la Argentina funcionó con un marco constitucional “difuso”, precisamente por las circunstancias políticas que se inician con el quiebre de la legalidad constitucional por el golpe de Estado de 1955, las que se acentuaron a partir de la última dictadura militar de 1976 y el plan económico “neoliberal” que aplicó desde el 2 de abril de ese año, y que los gobiernos posteriores a 1983 que tuvo el país se puede

decir que dieron continuidad. Ello no fue resuelto con la reforma constitucional de 1994, pues las características del proceso político que llevó a su sanción impidieron que el pueblo tuviera participación, y de esa forma se perdió la oportunidad de recurrir al único medio que habría permitido hacer tambalear a la Constitución **real** que condicionaba esa reforma. Desde su inicio fue impulsada por un acuerdo de "cúpulas" en donde el pueblo estuvo ausente, y después también se mantuvo al margen de ella; por tanto, no la conoce. Lo cual no es el marco adecuado para legitimar e impulsar una nueva etapa en la vida constitucional de la Nación. Casi se puede decir que significó un camino similar al que se transitaba para sancionar o reformar las constituciones del siglo XIX. La opinión del pueblo debe ser oída para resolver la cuestión, y no puede ser marginado ni confundido. "*Vos populi vox dei*". No es suficiente su sola presencia en el acto de elegir autoridades, ni tampoco alcanza que se ponga a escuchar a especialistas en materia constitucional.

Hoy los pueblos del mundo afrontan el desafío de reafirmar su personalidad y autonomía. Para ello, también debemos acentuar el debate y la participación. Es que bregamos por alcanzar formas superiores de **justicia social**, que entendemos se logra plenamente cuando todos los habitantes pueden participar del progreso técnico y científico de nuestros días, y así puedan gozar los bienes materiales y culturales que les permitan realizarse en su plena dignidad humana.

Remarcamos que el tema constitucional no pasa sólo por la Constitución **escrita**, que está sujeta férreamente por la Constitución **real**, ni es exclusivamente un tema jurídico, sino que principalmente se debe encontrar en el ámbito del poder político y de un proyecto de nación compartido por un pueblo organizado y partícipe directo de su institucionalización al más alto rango normativo.

Bien señalaba Sampay que la expresión elíptica **desarrollo político** tiene como significado la búsqueda del régimen político más apropiado para impulsar el desarrollo económico de un país en cierta etapa de su evolución histórica. En esencia, pues, el desarrollo político establece las estructuras político-institucionales más adecuadas para un acelerado desarrollo económico. Y el **desarrollo económico**, como se sabe, consiste en instituir las estructuras socio-económicas más aptas para explotar con procedimientos modernos los recursos con que cuenta la comunidad política a fin

de multiplicar la productividad del trabajo social, para que todos y cada uno de sus miembros gocen de los bienes materiales de la civilización. Dicho en otros términos: el desarrollo político comprende el conjunto de cuestiones relativas a la instauración de una Constitución justa, pues en su integridad la Constitución es, ciertamente, una **estructura** multidimensional: cultural-económica en la base (Constitución **real**) y jurídico-institucional en el vértice (Constitución **formal**). Por tanto, no es correcto realizar un análisis **predominantemente jurídico-político** de las causas que se producen en la infraestructura sociológica de la Constitución y que se corporizan en la inestabilidad de la Constitución **escrita**, pues al hacerlo de tal modo se aleja el examen de las causas económico-sociales que llevan a la crisis de nuestro sistema institucional.

Observamos que algunos sectores marginan el debate constitucional y utilizan falaces argumentos para no realizarlo. Con ese fin apelan a todos los mitos imaginables. Durante la década del 40 del siglo pasado, con la intención de sostener el texto constitucional sancionado en 1853, intelectuales de la oligarquía y políticos afines se esforzaban por demostrar que el progreso que había alcanzado el país hasta ese momento y el venidero cabían dentro de los marcos de la Constitución histórica, haciéndose, pues, innecesario modificar su letra y abandonar su espíritu.⁽⁵⁶⁾ Era dejar el marco constitucional sujeto a las interpretaciones **estáticas** que sostenían para el accionar de los poderes del Estado y hacer efectiva la intención de los sectores dominantes de sostener esa Constitución **escrita**; y de tal forma mantener inmovibles a las normas de política económica constitucional del texto histórico de 1853. Fue uno de los argumentos que impulsaron para enfrentar al proceso constitucional que se iniciaba y que se concretó en la sanción de la Constitución de 1949, a lo cual por cierto se opusieron. Actualmente, se esgrimen argumentos similares para evitar que se ingrese al debate sobre la Constitución y obtener similar resultado de mantener el texto constitucional sancionado en 1994.

Pero, a esos efectos también invocan que la "reforma" de la Constitución le interesa a muy poca gente, o que "no necesitamos nuevas constituciones". Algunos traen el argumento que desde el *statu quo* siempre

.....

(56) FEDERICO PINEDO, "La Constitución vigente y el progreso económico y social", en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1948, t. XXVI, pp. 323/374; Ver ARTURO E. SAMPAY, *Las Constituciones de la Argentina 1810/1972*, Bs. As., Eudeba, 1974, p. 71.

utilizaron para oponerse, y reiteran “que no están dadas las condiciones para una reforma”. Hasta llegan a proponer un frente político para impedir todo cambio constitucional. Pero una de las más empedernidas actitudes que esgrimen —por no decir la más utilizada— está en su oposición a abrir el debate para evitar que una Asamblea Constituyente sancione una norma que permita la reelección presidencial. Invocan que ello llevaría a “profundizar la concentración de las decisiones políticas”, o que conduciría “al establecimiento de una monarquía presidencial” (sic), o que “es la perpetuación de una persona en el poder”. Lo cual hace indispensable tratar este punto con algún detenimiento.

Al debatirse la reforma del art. 77 de la Constitución de 1853, en la Asamblea Constituyente de 1949, Sampay resaltó los argumentos expuestos por Hamilton en *El Federalista*, en donde junto a la duración fija y prolongada del Poder Ejecutivo invocaba la posibilidad de la reelección. Sostuvo también que por fidelidad al sistema democrático se debe encarar el problema de la reelegibilidad del presidente que acaba su mandato y terminar con los impedimentos existentes para hacerlo, porque si el pueblo elige a los sujetos del poder político, es contradictorio que la Constitución le impida hacerlo con determinada persona que llena las capacidades morales e intelectuales exigidas en las circunstancias socio-políticas del país. Tales fueron motivos principales para la reforma del art. 77 y la sanción del nuevo texto que facultaba la reelección del Presidente. A partir de ese debate que ocasionó la sanción de la Constitución Nacional de 1949, determinados sectores se oponen a la reelección presidencial, y en las décadas finales del siglo XX se le agrega una crítica acentuada al sistema presidencialista.

Ello hace necesario volver a mencionar los argumentos que Alexander Hamilton vertiera en *El Federalista*, cuando los expuso para defender las normas constitucionales que recientemente se habían sancionado en la Asamblea Constituyente de 1787, los que fueron enmarcados de una visión realista del hombre y de la política. Al exponer sobre las características verdaderas del Ejecutivo propuesto, Hamilton comienza señalando que “el magistrado de que hablamos se elegirá para un período de cuatro años; y ha de ser reelegible tantas veces como el pueblo de los Estados Unidos lo considere digno de su confianza”.⁽⁵⁷⁾

(57) HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 291.

Junto a la duración fija y prolongada del Poder Ejecutivo invocaba la posibilidad de su reelección. La primera la consideraba indispensable a fin de otorgarle el período necesario para que pueda desempeñar satisfactoriamente su cometido, y también dar a la comunidad el tiempo y reposo que posibilite observar la tendencia de sus medidas, y, después apreciar sus méritos. Pensaba que la segunda era condición *sine qua non* para permitir al pueblo que prolongue el mandato del presidente cuando encuentre motivos para aprobar su proceder, con el objeto de que sus talentos y virtudes sigan siendo útiles, y se asegure el beneficio de la continuidad que califica al buen gobierno. Aseveraba que una particular desventaja de la exclusión consistiría en privar a la comunidad de valerse de la experiencia adquirida por el primer magistrado en el desempeño de sus funciones.

“Que la experiencia es la madre de la sabiduría —subraya Hamilton— es un adagio cuya verdad reconocen tanto los hombres más sencillos como los más doctos. ¿Qué cualidad puede desearse más en quienes gobiernan a las naciones, o cuál puede ser más esencial que ésta? ¿Dónde sería más deseable o más esencial que en el primer magistrado de una nación? ¿Puede ser juicioso que la Constitución proscriba esta apetecible e indispensable cualidad, y declare que en el mismo momento en que se la adquiere, su poseedor está obligado a abandonar el puesto en que la alcanzó y en el cual resulta útil?”⁽⁵⁸⁾

Esto es, sin embargo —afirmaba Hamilton— el alcance preciso de todas esas normas que excluyen a los hombres de la presidencia del país, e impiden la elección por sus conciudadanos, después de que el período cumplido los capacitó para prestarla con mayor utilidad. También sería un “inconveniente de la exclusión —prosigue— separar de ciertos puestos a hombres cuya presencia podría ser de la mayor importancia para el interés o la seguridad pública en determinada crisis del Estado”.⁽⁵⁹⁾ No hay nación, asevera Hamilton y la historia política refrenda, que en un momento dado no haya sentido una necesidad absoluta de los servicios de ciertos hombres en determinados lugares. Y tal vez no sea exagerado decir que esa necesidad se relaciona con la preservación de su existencia polí-

(58) HAMILTON, A., MADISON, J. y JAY, *ibid.*, p. 309.

(59) *Ibid.*

tica. Es ineludible mencionar que en la historia institucional de los EEUU Franklin D. Roosevelt es un claro ejemplo de ello y en él las proposiciones de Alexander Hamilton se hicieron realidad. Las circunstancias especiales de dicha etapa en la vida de los EEUU contaron con las sobresalientes características personales de Roosevelt ejerciendo el Poder Ejecutivo durante todo ese largo ciclo. No sólo logró hacerse reelegir para un tercer período, sino también para un cuarto, al comienzo de cuyo ejercicio lo sorprendió la muerte. Fue elegido, por primera vez, en 1932 durante la crisis que padecía el sistema capitalista en ese tiempo y en particular los EEUU; falleció en 1945 después de conducir con éxito a su país durante la segunda gran guerra del siglo XX, sin haber abandonado el cargo. En la Asamblea Constituyente de 1949 Sampay resaltó estos argumentos.

Pero también es menester tener en cuenta que la reelegibilidad de los gobernantes configura un factor de estabilidad de la propia democracia en cuanto posibilita disponer del espacio necesario para la consolidación de los programas.⁽⁶⁰⁾ Y esto lo prevé hasta la propia Enmienda XXII de la Constitución de los EEUU, al no impedir que un vicepresidente que haya sido electo y reelecto, luego de acompañar por dos períodos al Primer Mandatario anterior (o sea, ocho años) pueda presentarse inmediatamente para el cargo de presidente, y con un nuevo triunfo en las urnas tenga la posibilidad de continuar por otros dos períodos consecutivos (es decir, 8 años más) las políticas de gobierno que aplicó su anterior compañero de fórmula. Como vimos, siempre y cuando esa candidatura fuera aceptada por el voto mayoritario del pueblo.

Se debe poner énfasis en que la reelección es compatible con el sistema republicano en tanto y en cuanto haya periodicidad en las funciones del gobernante, pues está la opción de cambiarlo. Para no inducir a equívoco, se debe remarcar que permitir la reelección inmediata sólo implica **institucionalizar una norma habilitante**, pues el presidente para volver a serlo en un nuevo período deberá revalidar títulos con un triunfo en el acto electoral.

Por lo demás, la facultad de reelegir al titular del Poder Ejecutivo la tienen incorporadas distintas naciones. Ya se trate de un régimen presidencialista,

(60) CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, "Reelección: sólo una norma habilitante", en *Boletín del Instituto Económico-Social Interamericano*, año I, n° 5, agosto de 1993.

parlamentario o semiparlamentario. Estos sistemas de gobierno permiten la reelección de quien ejerce el Poder Ejecutivo, ya sea denominado Jefe de Gabinete o Primer Ministro. Aunque es el parlamento quien convalida con su voto al Presidente de Gobierno (España), o del Consejo de Ministros (Italia), o al Primer Ministro (Gran Bretaña), o al Canciller (Alemania), y mientras su partido o coalición conserve la mayoría parlamentaria. Los casos de Margaret Thatcher, Helmut Kohl y Felipe González —por citar sólo algunos— son notorios. Este último fue elegido por cuarta vez consecutiva desde 1982, como Presidente del Gobierno Español, y el caso de Kohl que fue Canciller de Alemania también desde ese año tiene características similares, y en ninguno de dichos países se invocó ello como un ataque al sistema democrático de gobierno.

Para mencionar ejemplificativamente un caso de significativa actualidad, Ángela Merkel desde mediados de la década pasada es Canciller de Alemania, y no tiene límite temporal alguno para mantenerse en ese cargo mientras siga gozando de la mayoría parlamentaria. No caben dudas de que la misma ejerce el Poder Ejecutivo, pues según la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania “el Gobierno Federal se compone del Canciller Federal y de los ministros federales” (art. 62). Expresamente dispone la Ley Fundamental que el Canciller Federal “dirigirá los asuntos de Gobierno” y “fija las directrices de la política y asume la responsabilidad de las mismas” (art. 65). Establece ese texto que resultará electo para el cargo de Canciller Federal “quien obtenga los votos de la mayoría de los miembros del Bundestag” (art. 63), que es la Cámara de “los representantes del pueblo” (art. 38). No establece ninguna limitación en cuanto a la reelegibilidad. La canciller Ángela Merkel el 3 de diciembre de 2012 fue reelegida en Hannover por séptima vez presidenta de su partido, el CDU (Unión Cristiana Democrática), con el 98% de los votos. Y esto la convierte en la más seria candidata de centroderecha para las elecciones del año próximo.⁽⁶¹⁾ En dicha circunstancia, se verá efectivizada la posibilidad que hoy tiene, dado que no existe ninguna limitación para que ello ocurra y además, considerando las grandes posibilidades que le otorga la realidad política de Alemania, con el rol que actualmente ejerce en las políticas de las naciones europeas. Ante el probable ejercicio de su reelección para presidir el Poder Ejecutivo de Alemania, no se escuchan voces que

.....

(61) Ver *Página/12*, viernes 7 de diciembre de 2012.

aleguen violación a concepciones democráticas o que se evance hacia la concentración del poder o formas dictatoriales en su ejercicio.

Pero además, cabe considerar en nuestro caso la composición social del país que permite caracterizarlo como multiestructural o polisegmentario, lo que imprime al esquema político y al proceso de transformación peculiaridades muy pronunciadas. Entendemos con Sampay que los países de este tipo exigen, para promover un proceso de cambio, la concertación de complejas coaliciones de sectores sociales, y su tipo de **"desarrollo político"** se conforma según cuál fuere el sector que dirija la coalición. Si dirigen esa alianza los representantes de los sectores nacionales y populares, el régimen político tenderá a promover un desarrollo autónomo de la economía y este régimen con el transcurso del tiempo terminará siendo una democracia real. En caso contrario, si esa alianza es conducida —conscientemente o no— con la mira puesta en la defensa de intereses opuestos a los de la nación y su pueblo, ese proyecto concluirá favoreciendo a una oligarquía franca, no habrá beneficiado a los vastos sectores populares y terminará bipolarizando extremadamente el antagonismo social, lo que puede llevar un estado de beligerancia interno.

Varios años después del debate constitucional de 1949 Sampay volvió a encarar la importancia de la acción del Poder Ejecutivo en vista del desarrollo sociopolítico del país, y señalaba que el poder político, para actuar en la promoción de la economía de los países subdesarrollados "necesita concentrar sus atributos ejecutivos en un departamento activo y en cierto aspecto predominante frente a los otros órganos del sistema gubernamental. Pues el gobierno de la economía moderna está siempre en manos de un poder cabalmente decisivo, sólo varía al sitio desde donde se lo ejerce".⁽⁶²⁾ En el Estado realmente democrático, haciéndolo servir al progreso social de la nación, o en las organizaciones económicas privadas, haciéndolo servir en los países "indesarrollados", en la conservación del *statu quo*, o sea, de la situación de atraso que padecen tales regiones del mundo. Por eso, con su agudo pensamiento fijó la atención en esta cuestión decisiva:

"La estrategia para inhabilitar la actividad económica progresista del poder político en los países indesarrollados consiste en lo

.....

(62) SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *Ideas para la revolución de nuestro tiempo en la Argentina*, op. cit., p. 48.

siguiente: Primero: los sectores populares son electoralmente minorados mediante proscripciones, restricciones al derecho de votar, y otras estratagemas legales, recursos siempre reasegurados, para el caso de fracasar con el desconocimiento del resultado electoral o el golpe de Estado propiciado por quienes interna y externamente están interesados en la conservación del atraso. Segundo: el gobierno subordinado al parlamento y el parlamento carente de unidad y, consecuentemente, de real poder, en virtud del sistema electoral proporcional. Tercero: la economía, a través del manejo de la moneda y el crédito, dirigida desde afuera por quienes están interesados en el estancamiento. Cuarto: las organizaciones económicas privadas, convertidas en 'grupos de presión', es decir, en el gobierno real que lleva a empujones al enclenque gobierno legal".⁽⁶³⁾

Pareciera que los impulsores actuales del sistema semiparlamentario o parlamentario no reparan en estos conceptos y en la estrategia de los factores de poder predominantes en la Constitución **real** del país —tanto internos como externos—, que en forma recurrente padeció la Argentina durante la segunda mitad del siglo XX, y que aún representan significativos segmentos de la Constitución **real**.

Podemos marcar entonces que, para oponerse a la continuidad del presidente que se encuentra en ejercicio del cargo, se invocan para impedirlo falaces argumentos institucionales sobre la forma de gobierno, se esgrimen interesadas "doctrinas" y se elaboran conocidos **sofismas** sobre la democracia; pero, por otro lado, se ocultan consideraciones que surgen de la realidad sociológica contemporánea, y que son aplicables en particular a la República Argentina. Como señalamos, la reelección presidencial institucionalizada en una Constitución **es sólo una norma habilitante**, y está sujeta a que quien ejerce el cargo se proponga para un nuevo período y que el pueblo lo apoye mediante el ejercicio democrático en un proceso electoral.

Ciertamente, nos encontramos en una cuestión cardinal atinente al desarrollo político del país, que por cierto será necesario debatir. Y sin duda,

.....

(63) SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *op. cit.*, p. 49.

ello se ha de ajustar a nuestras circunstancias históricas, sociales, culturales, geográficas y económicas. En base a lo cual, se podrá responder al interrogante sobre cómo se ha de lograr y quién habrá de conducir la compleja concertación de clases y sectores sociales que es necesaria para promover un desarrollo autónomo de la economía y lograr una democracia real plena de justicia social, en la que todos y cada uno de sus miembros logren los bienes materiales y espirituales que les permitan realizarse en su plena dignidad humana. Las diversas cuestiones referentes al desarrollo político argentino que Sampay dejó planteadas, dado su "carácter fundamental y determinante", sin duda volverán a integrar el debate contemporáneo.⁽⁶⁴⁾

Es claro que la respuesta concreta que se dé al tema referente a la duración del período presidencial y de la reelección es una cuestión eminentemente de prudencia política. Pero, se debe considerar que, por un elemental apego a declaradas **concepciones democráticas**, es imprescindible no cerrar dicha alternativa y favorecer la circunstancia política de que el pueblo pueda decidir por medio del voto que quien se encuentra en ejercicio del cargo de Presidente pueda continuar su mandato. Y, en nuestro país, no corresponde invocar en contra de este criterio falencias políticas o socioculturales de nuestra población para impedir esa reforma. Hace unos años, cuando el Comité Nacional del radicalismo había expresado su decidido apoyo a una reforma constitucional, reconoció que el pueblo argentino "ha demostrado su madurez y su absoluta vocación de hacer de las instituciones una garantía de las libertades y una herramienta de transformación política y social", y aceptaba que "se equivocan pues, quienes le suponen una minoría de edad o una incapacidad para avanzar en la senda de cambios institucionales de fondo que incluyan reformas a la Constitución Nacional".⁽⁶⁵⁾

Es menester encarar el problema de la reelegibilidad del presidente que acaba su mandato por fidelidad al sistema democrático y terminar con los impedimentos existentes para hacerlo, porque —como dijera Sampay— si el pueblo elige a los sujetos del poder político, es contradictorio que la Constitución le impida hacerlo con determinada persona que llena las capacidades morales e intelectuales exigidas en las circunstancias sociopolíticas

(64) SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y pueblo*, op. cit., p. 269.

(65) *Clarín*, 03/01/1988.

del país. Porque, además, sabemos que las razones de carácter sociológico que se aducen para que en otras naciones rija ese impedimento no existen en un país de madurez política como lo es la República Argentina.

Por último, cabe remarcar que, para modificar la Constitución **real** que aún rige en la Argentina, es prioritario generar la alternativa efectiva de poder político nacional que nos permita concluir con todas las causas que postaron a la Nación, y apartar a todos los sujetos que las facilitaron. Luego, el cambio de la Constitución **real** producirá —recién en ese momento— la necesidad de una nueva Constitución **escrita** que en una Asamblea Constituyente institucionalice un **nuevo proyecto nacional para el País de los Argentinos**, con procedimientos y metodología adecuados y propios para ello, acordes a nuestra realidad del siglo XXI.

No se puede incapacitar al pueblo para que emita opinión sobre cuáles deban ser los contenidos de la dogmática constitucional que es precisamente donde se fijan los **medios, fines y objetivos** que la comunidad soberana habrá de sostener acorde a las circunstancias, contemporáneas para alcanzar el fin último de la Constitución, que —cabe recordarlo— es la justicia en su más alta expresión, esto es la Justicia Social. Se debe insistir entonces en señalar que después de la convocatoria a la reforma constitucional que se realizó en 1949 al amparo de la ley 13.233, que declaró necesaria la revisión y reforma del texto de 1853 “a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación” (art. 1), paulatinamente se fue acentuando una definida posición proclive a sostener el *statu quo* y limitar o condicionar las facultades de una Asamblea Constituyente por el Congreso Nacional. Lo cual conduce a una contradicción en los términos, dado que éste último es un poder constituido que no debería imponerse sobre el acto constituyente del pueblo soberano. La expresión máxima de la doctrina que permitió superponer al Congreso sobre la Asamblea Constituyente fue el “Núcleo de Coincidencias Básicas” instituido por el “Pacto de Olivos”, que es donde se encuentra la trama esencial que posteriormente llevó a la reforma constitucional de 1994.

Como consecuencia de la política iniciada con los instrumentos que se sancionaron por el golpe de Estado de 1955, continuada por la **supraconstitucionalidad de facto** dictada por otros gobiernos militares, y la innegable frus-

tración de los sectores populares para hacer efectivo un proyecto de nación que nos inserte en la realidad socioeconómica del mundo contemporáneo en condiciones adecuadas para generar un desarrollo político y económico acorde a nuestras posibilidades como nación, se consolidó la presencia que habían logrado los organismos financieros internacionales y poderosos grupos económicos extranjeros y nacionales ligados a ellos, lo que condujo a que tomaran abierta posesión de nuestra economía y se transformaran en partes determinantes de la Constitución **real** del país. Se erigieron en sólida **base** para que perdure la crítica condición en que se colocó a la nación y por tanto, se convirtieron en un impedimento para cambiarla.

Los resultados de las políticas “neoliberales” están a la vista, como también las consecuencias que dejaron en nuestro país, las que continuaron en el marco de la reforma **parcial y circunstanciada** realizada a la Constitución en el año 1994, que excluyó de sus antecedentes a las normas de la Constitución de 1949, con lo que se contribuyó a efectivizar la finalidad de asegurar la aplicación de políticas que postraban a la nación. De tal forma, las normas de política económica constitucional insertas en el texto histórico de 1853 quedaban inmodificables. Le daban asidero constitucional a los “medios” que el “neoliberalismo” sostuvo en la denominada “Reforma del Estado”, con el régimen de “privatizaciones, desregulación y la reconversión del sector público”. Posibilitaban hacer efectivo el legado del golpe de Estado de 1955 al suprimir los “medios” que había instituido al más alto rango normativo el texto constitucional de 1949. Transcurrió así una etapa de la historia nacional durante la cual, en la gran mayoría de los años que van hasta finales del siglo XX y aún con la reforma constitucional de 1994, se aplicaron, por distintos hombres y equipos, políticas económicas similares —con particular intensidad en los gobiernos *de facto* del período—, utilizando el fundamento teórico de los promotores del “**neoliberalismo**” de turno, aunque con diversos programas y variantes, hasta que la crisis socioeconómica estalla en los días 19 y 20 de diciembre de 2001.

Basta recorrer la historia de esta parte del mundo para observar la frustración generada por el desempeño de la mayoría de los regímenes llamados democráticos, que fue intensa, profunda y prolongada; fueron incapaces de introducir reformas de fondo en el sistema productivo y en las formas de distribución y apropiación de las riquezas. Quedaron reducidos al papel de democracias meramente electorales, es decir, regímenes políticos

sustantivamente oligárquicos, controlados por el gran capital incidiendo en los partidos gobernantes que asumen las tareas de gestión en nombre de aquél, pero en donde el pueblo es convocado cada cuatro o cinco años a elegir quién o quiénes serán los encargados de sojuzgarlo. Con democracias de este tipo no es casual que, al cabo de reiteradas frustraciones, se produzca el renacimiento de nuevas fuerzas sociales y el avance de movimientos que resisten a la “globalización neoliberal”. La emergencia de nuevas formas de lucha y grupos de protesta social son también síntomas elocuentes de la progresiva irrelevancia que tuvieron las llamadas instituciones representativas para canalizar las justas aspiraciones ciudadanas, y es lo que lleva a la proliferación de movimientos contrarios al “neoliberalismo”, que se organizan aún en los partidos políticos y en otras organizaciones sociales para impulsar el progreso social.

Termina así el siglo XX y se ha de cerrar también un largo ciclo de la historia nacional que comienza con el golpe de Estado de 1955, y que duró en total más de cincuenta años. En sus distintas etapas, a través del golpe de Estado o de democracias limitadas y formales, los sectores dominantes mantuvieron la esencia de la Constitución **real** que está reflejada en la Constitución **escrita** de 1853, y en sus reformas posteriores. Con proscripciones políticas, manipulación de las ideas desde los hegemónicos medios de comunicación, prevalencia en los centros “académicos” de la concepción del “neoliberalismo” como vía de desarrollo, y la claudicación de la gran mayoría de la dirigencia política y sindical que —ya sea por ignorancia o concupiscencia— dejaron a nuestro país y a su pueblo en una aguda crisis social. Pero no cabe exculpación alguna ante tan deplorable actitud. Porque como nos enseñara Arturo Jauretche con la siguiente sentenciosa frase: “La historia es despiadada y no excusa a los hombres por la buena fe y la ignorancia que los hizo pasibles del engaño. La historia sólo sabe de los que contribuyeron a hacer grande, libre y próspera a una Patria y de los que contribuyeron a empequeñecerla, esclavizarla y expoliarla. No le interesan las intenciones, sino los hechos positivos”.

Transcurrió así una etapa de la historia nacional durante la cual, en la gran mayoría de los años que van hasta finales del siglo XX y aún con la reforma constitucional de 1994, se aplicaron por distintos hombres y equipos políticas económicas similares —con particular intensidad en los gobiernos *de facto* del período—, utilizando el fundamento teórico de los promoto-

res del “neoliberalismo” de turno, aunque con diversos programas y variantes. Queda poner en evidencia también la grave manipulación que se hizo de conceptos jurídicos e institucionales básicos, y cómo por distintas vías se instauró el **seudoconstitucionalismo** por el poder *de facto*, con la definida intención de lograr la apariencia *de iure* —el “color de título”—, que le permitiera justificar el uso de la fuerza para sostener sus políticas carentes de **legitimación democrática**.

En esta nueva etapa que se encuentra transitando la Argentina en este siglo XXI, se hace necesario definir y proponer las bases esenciales para un nuevo proyecto nacional del País de los Argentinos, a fin de que oportunamente se institucionalice al más alto rango normativo por una futura Asamblea Constituyente, con la más amplia participación popular. Los derechos sociales y las normas de política económica constitucional, con nuevos medios institucionales para superar el condicionamiento socioeconómico que impide la vigencia efectiva de esos derechos deben ser parte esencial del debate y contar en él con la participación protagónica del pueblo. La Argentina se encuentra en un momento determinante de su desarrollo social y político. En esta circunstancia histórica que estamos viviendo es imprescindible profundizar el debate político alrededor de estas cuestiones, que no debemos tener temor a enfrentar. Es el único camino para que las expresiones mayoritarias de la Nación tengan participación efectiva y así confluyan orgánicamente en una nueva alternativa de poder político que logre cambiar las bases de la Constitución **real** que nos llevó a la crisis del 2001 y que, en esencia, aún no se pudo modificar sustancialmente. Sólo así, a través de su plena participación podrá lograrse una acción consciente de los distintos sectores sociales, que son quienes finalmente habrán de apoyar y sostener el nuevo proyecto.

En esta determinante cuestión de la vida nacional, el tema de una nueva Constitución no puede restringirse a un reducido grupo de personas, por más importantes que fueren. Será necesario acometer un gran debate en el cual los distintos estamentos de la sociedad defenderán sus juicios y propuestas. Ciertamente, para expresar de la manera más clara y fundada la determinación que se ajuste mejor al interés de la República y al bienestar de su pueblo, es necesario que dicho debate sea anterior al tratamiento de la reforma en el Congreso Nacional. No alcanza el análisis en el plano de los técnicos o especialistas en temas constitucionales. No volvamos a recrear un “patriciado” dominador exclusivo del derecho

y una "plebe" marginada. Por ende, el tratamiento del tema no puede restringirse a un grupo de **notables**, sino que debe ampliarse a un gran debate a lo largo y a lo ancho del país entre los distintos sectores de la sociedad Argentina.

Sin duda, la Ley Fundamental es, lisa y llanamente, un proyecto de nación, sustentado en una ideología y en determinadas relaciones de fuerza. Una Constitución no es sino su consecuencia, y el poder encarna la única instancia capaz de transformar la política en historia. Las constituciones han de revelar una preocupación particular para que los principios insertos en ellas **no sean sólo declaraciones**, sino que además deban procurar impulsarlos para que se cumplan en realidad.

La Constitución que necesitamos tiene que desarrollar una nueva metodología para la parte dogmática y en diversos títulos debe delinear los puntos que hacen a los principios fundamentales de la nación, la presencia de un Estado activo; el régimen económico; los derechos, deberes y garantías básicas, ya sean individuales, políticos o sociales, y la educación y la cultura; la integración con los países hermanos de la Patria Grande; el cuidado de los recursos naturales y el medio ambiente. La reforma deberá incorporar normas para preservar y asegurar la supremacía de la Constitución. Será relevante la participación del pueblo en defensa de sus intereses y en el sostén de la Constitución.

En lo que concierne a la parte orgánica, ha de merecer una revisión atinada la organización y el funcionamiento de los distintos poderes del Estado, cuáles son sus atribuciones, cómo se distribuyen sus funciones y cuáles serán sus relaciones. Es imprescindible hacer efectiva la soberanía jurídica y recuperar la facultad jurisdiccional de la nación, en trascendentes temas que no deben dirimirse ante tribunales o árbitros foráneos. También es tema a encarar la soberanía legislativa que se encuentra encorsetada por Tratados de Promoción y Protección de Inversiones y la telaraña de sus cláusulas que inciden sobre una de las funciones esenciales de un Estado soberano, y por tanto, también ello debe ser prescripto claramente en un nuevo texto constitucional. Se tendrá que democratizar el poder judicial, y alcanzar la transformación de los sistemas y prácticas judiciales. En cuanto a la estructura del Estado nacional, será menester diseñar preceptos acerca de un nuevo federalismo, así esa importante institución coadyuvará a concretar un desarrollo equilibrado y armónico.

Como en su momento señaló Sampay, "en esa Constitución escrita los sectores populares deben instrumentalizar un gobierno democrático con atribuciones necesarias para planificar la utilización de todos los recursos del país, con la finalidad de promover el desarrollo independiente y potente de la economía nacional, sin lo cual no hay posibilidad de efectuar la justicia". Esto es, realizar el fin natural de la comunidad y que la Constitución debe estructurar, para que todos y cada uno de sus miembros puedan perfeccionarse íntegramente conforme a la dignidad humana. Para ello es indispensable la **unidad y organización** de los sectores nacionales y populares. Su indestructible alianza será el camino seguro para lograr tan alto objetivo.

En consecuencia, será tarea principal coadyuvar al cambio de la Constitución **real** que se resiste y obstruye el progreso social en nuestro tiempo contemporáneo. Sin duda que será necesario realizar un esfuerzo creador para construir un orden sociopolítico propio que sirva de base sólida para instaurar un nuevo modelo de sociedad que nos permita hacernos cargo de nuestro propio destino en el mundo **global**. Comenzar el debate sobre las razones que impulsan el nuevo Proyecto será el arma más potente que existe para consolidar, profundizar e institucionalizar el **proyecto nacional y popular**, y enfrentar a los sectores que se oponen al cambio social en la Argentina. Como inmediata consecuencia vendrá la oportunidad de sancionar una nueva Constitución **escrita** para el País de los Argentinos.⁽⁶⁶⁾

(66) Véase CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, "La reforma constitucional y su convocatoria", (palabras liminares a *La Reforma de la Constitución*), en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As, Editorial Docencia, t. 13-4, 2012.

Discurso sobre el derecho constitucional

Colores primarios⁽¹⁾

por RAÚL GUSTAVO FERREYRA⁽²⁾

I | Razones básicas: poder y derecho

Toda comunidad de ciudadanos que alcanza cierto grado de convivencia se encuentra inclinada a la organización constitucional. Hasta podría conjeturarse: todos los hombres se encuentran organizados o desorganizados constitucionalmente; no existiría un tercer estadio. En forma liminar, por constitucional se entiende fundamental; no es necesario que la constitución, en el sentido advertido, sea escrita ni codificada.

Con alguna facilidad se dice que el derecho puede representarse como un árbol; el derecho constitucional que brota de la raíz "constitución" configura el tronco mismo y posee siempre una determinada concepción de la libertad y la autoridad. Sus enunciados acostumbran, por ejemplo: devenir

.....

(1) Dedico esta contribución al Prof. Dr. Raúl A. Serroni Copello.

(2) Abogado y Doctor en Derecho (Facultad de Derecho, UBA). Profesor Titular de Derecho Constitucional y Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros (el último se titula *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*, Porto Alegre, 2012) y 60 artículos sobre Derecho Constitucional en diversas publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas. Conferencista, disertante y panelista. Abogado con ejercicio ininterrumpido ante los tribunales de la República Argentina desde 1984. Desde 1999 es Consultor de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

hostil hacia la libertad y favorecer el arbitrio de la autoridad; fluir hacia la libertad y controlar racionalmente a la autoridad; o lograr el apetecido (e inalcanzable) equilibrio entre autoridad y libertad. Esta última versión nunca ha sido, hasta ahora, el alma fundamental de ninguna organización constitucional que se conozca.

En este escrito se discurre sobre un objeto o material mundano: el derecho constitucional; en particular, el que emana del sistema de la Constitución federal de la República Argentina (en adelante, CFA o CF, sin distinción). Dondequiera que el discurso se presenta, su formación es mediante la razón, ya que la razón es "por naturaleza igual en todos los hombres" y la diversidad de nuestras opiniones no se genera porque unos hombres sean más racionales que otros hombres, sino porque las ideas son trazadas por senderos diferentes y no se tienen en cuenta los mismos estados de cosas.⁽³⁾

La disertación se apoya en dos razones elementales y señeras, que se introducen en forma apodíctica, juntamente con la invitación al lector.

Primera. Descreo de que el estado de cosas del mundo responda a un plan general, así como de que existan entes absolutamente perfectos.⁽⁴⁾ E igualmente descreo de que exista un autor o autores de un programa natural u orden del universo. El hombre forma parte de la naturaleza y todo es resultado de la evolución. Por lo demás, constituye evidencia suficiente que el hombre apoyado en "las luces de su razón"⁽⁵⁾ tiene tendencia a la asociación con otros hombres y/o a la organización comunitaria. La fuente del contrato político reside en el poder de los ciudadanos que integran el pueblo. Ello implica que el poder crea el derecho; esa llama que produce efectos deseados sobre otros hombres. El poder, una de las máximas creaciones del hombre, genera las máximas tensiones comunitarias. El poder público, político, conceptúa o pretende definir el bienestar general, el marco de la vida colectiva. Al mismo tiempo es obra del poder la insinua-

(3) DESCARTES, RENÉ, *Discurso del método. Para dirigir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*, Barcelona, Altaya, 1993, p. 5.

(4) Ver LEINIZ, GOTTFRIED, *Discurso de la metafísica*, Madrid, Alianza, 2002, p. 53.

(5) Ver ROSSEAU, JEAN J., *Discurso sobre las ciencias y las artes*, trad. S. Cano Méndez, Madrid,, Alba, 1987, p. 47.

ción o formulación de la dimensión de la individualidad del hombre, en la sociedad política. El poder produce las reglas que determinan la conducta humana. El poder es unilateral en su actitud de creación del derecho. La primacía de la política es indiscutible. Pero, producido el derecho, se produce el eterno viraje: el poder queda sometido a la regulación jurídica. Comienza, en otro lenguaje y escenario, la tensión inacabada entre autoridad y libertad.

Segunda. Los sistemas⁽⁶⁾ jurídicos estatales son sistemas normativos en cuyo núcleo reside la regla constitucional que intenta determinar, a su vez, al poder. El derecho constitucional emana de la Constitución; su convocatoria traslada a las ideaciones en torno a su definición. Expresado de otro modo: idear el derecho constitucional⁽⁷⁾ implica construir proposiciones que puedan definirlo. Sin anticipar la lectura final, corresponde decir que el derecho constitucional alberga, conforma o da

(6) Mario Bunge enseña que el más simple de los análisis del concepto de sistema incluye los conceptos de composición, entorno, estructura y mecanismo. La composición de un sistema es la colección de sus partes; el entorno del sistema es la colección de las cosas que actúan sobre sus componentes, o a la inversa; la estructura de un sistema es la colección de las relaciones, en particular de vínculos y enlaces entre los componentes del mismo, así como entre éstos y los componentes del entorno; por último, el mecanismo de un sistema está compuesto por los procesos internos que lo hacen funcionar, es decir, cambiar en algunos aspectos, mientras que conserva otros. Ver BUNGE MARIO, *Emergencia y convergencia*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 25/60, y *Filosofía y Sociedad*, México D.F., Siglo XXI editores, 2008, pp. 9/48. Recuérdese que la composición estricta de la CFA fue definida en cuatro partes: a) simples declaraciones; b) derechos y deberes fundamentales; c) poderes del Estado; autoridad y control, y d) la reforma del propio sistema. Las garantías, en esta comprensión, desempeñan el rol de mecanismo. Las referencias sobre las partes y mecanismos de la CFA pueden leerse en FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, "Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos", en *Contextos*, publicación del Seminario de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2012, pp. 68/115. Por su parte, el entorno queda configurado por la democracia, entendida como forma de producción de reglas: método en el que todos los ciudadanos que participan o pueden participar en la configuración quedan sometidos a la regulación determinada (ver Ferreyra, Raúl Gustavo, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*, México D.F., Porrúa, 2007, pp. 32/103). En esta oportunidad, sostengo que la radiografía del sistema de la CFA se trata concretamente de la mostración y comprensión, propia y apropiada, del derecho constitucional mismo. Para ver un gráfico de las ideas expuestas, remito amablemente al lector a la Addenda.

(7) Enseñó el maestro Bidart Campos que el derecho constitucional es una parte del mundo jurídico. Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1996, p. 269. Añado, por mi parte, que el mundo jurídico es una realidad: hechos sociales que tienen lugar en un sistema social. Luego, el derecho —y el mundo jurídico constitucional que forma parte nuclear de él— es un artefacto, es decir, un objeto creado por el hombre.

cuenta de dos ámbitos: un sistema primario de enunciados normativos y no normativos dirigidos a los ciudadanos y a los servidores públicos; y otro, específico e igualmente integrado por enunciados normativos y no normativos, solamente dirigido a las autoridades constitucionales.⁽⁸⁾ El discurso se divide en tres secciones. En las secciones 2, 3 y 4, respectivamente, se explora y se reflexiona sobre tres orientaciones atribuibles a “derecho constitucional”:

- a. el derecho constitucional como el derecho objetivo que concretiza la organización fundamental de los poderes del Estado y que confiere el reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas;
- b. el derecho constitucional como derecho subjetivo: individual, social o grupal, o colectivo, o de incidencia colectiva; y
- c. el derecho constitucional como el saber o la ciencia del sistema constitucional del Estado democrático.

2 | Organización fundamental del Estado y derechos fundamentales

2.1 | Derecho objetivo

Pensar sobre el derecho constitucional significa referir, representar, determinar la existencia de un sistema que marca, por un lado, el punto de llegada del proceso de autodeterminación o soberanía política de los ciudadanos que integran un pueblo, y por otro, la plataforma para el proceso de organización y construcción jurídica del Estado. En este sentido, pues, “derecho constitucional” es sinónimo de “sistema jurídico constitucional” o “derecho objetivo”, es decir, el conjunto de enunciados lingüísticos, normativos y no normativos, que expresan las prescripciones del poder constituyente.

(8) Observa Diego Valadés que la cultura jurídica es una de las claves para que el gobernante sea más recatado y el gobernado menos encogido. Sin cultura jurídica, unos atropellan sin quererlo y otros son atropellados, incluso sin saberlo. Ver VALDÉS, DIEGO, *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua*, México D.F Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

Tengo buenas razones para sostener que el derecho constitucional federal en vigor de la Argentina está integrado por las siguientes disposiciones normativas: las enunciadas en el Preámbulo y las 129 reglas de naturaleza permanente —en realidad, son 130 porque hay una disposición normativa entre los arts. 14 y 15 a la que se ha denominado 14 *bis*, y que fue incluida por la reforma de 1957— y 17 de naturaleza transitoria que se enuncian en la Constitución federal de la Argentina, según la redacción que le ha conferido a su texto normativo y originario el poder constituyente ejercido en los años 1853/60, con las enmiendas de los años 1866, 1898 y 1957, y la reforma constitucional de 1994.

Nótese que la tarea de precisar, objetivamente, el contenido propio del sistema constitucional es tarea compleja. Quiero plantear dos cuestiones relativas a la descripción del objeto, que son tratadas en los próximos apartados: una de ellas relativa al estatus del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito del sistema de la Constitución federal (en adelante, indistintamente DIDH); y la otra acerca de la división clásica entre creación y aplicación del derecho. De ambos encuadres pueden obtenerse sugerentes resultados para la delimitación del cuerpo del sistema de la Constitución federal, porque escribir sobre ello es transmitir al lenguaje la razón de la organización fundamental del Estado.

2.2 | Jerarquía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Ya que no deseo asombrar al lector con variantes inesperadas, adelanto inquietudes: ¿el Derecho Internacional de Derechos Humanos (en adelante, DIDH) se sumó al texto de la CFA? ¿Existe un derecho constitucional de primer rango (CFA) y otro de segundo (DIDH)?

Veamos.

2.2.1. Sistema de la CFA: sus enunciados

Hay quienes (desde la dogmática o la práctica judicial) entienden que la reforma constitucional de 1994 incorporó (es decir, “sumó”) en el texto constitucional varios centenares de disposiciones jurídicas provenientes

de los once instrumentos⁽⁹⁾ (hoy trece)⁽¹⁰⁾ del DIDH que gozan de jerarquía constitucional según la enumeración efectuada en el art. 75, inc. 22 CF. (“Varios centenares” porque se trataría del mismo número que arroja la suma de la totalidad de disposiciones del DIDH que gozan de jerarquía constitucional). Esos autores consideran que dichas reglas del DIDH, en las condiciones de su vigencia, forman parte de la CFA. Según esta opinión, la reforma de 1994 produjo la expansión del derecho dentro de los propios límites de la Constitución federal. Claramente, ahora, formarían parte de su “propio texto” los enunciados permanentes, transitorios y los que provienen del DIDH.

En cambio, quienes piensan —como yo— que las reglas del derecho internacional de los derechos humanos no han sido “incorporadas”, sino que poseen “jerarquía constitucional”, difícilmente admitirán que ellas integran el tejido del derecho constitucional federal argentino en el sentido que se expone en el párrafo anterior.⁽¹¹⁾ Parece una sutileza, pero no lo es.

(9) Art. 75: “Corresponde al Congreso (...) inc. 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 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”.

(10) La ley 24.820 (BO 29/05/1997) otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del art. 75, inc. 22 CF. La ley 25.778 (BO 03/09/2003) otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por ley 24.584.

(11) Horacio Rosatti identifica un “bloque constitucional”, con los siguientes elementos: a) rígido, en el sentido de que sólo es modificable por el poder constituyente (texto de la CFA); b) semirrígido, en el sentido de que es modificable por el poder constituido: documentos

El sistema de la Constitución federal es único; en su interior no existe ninguna relación de jerarquía entre sus propios enunciados. El derecho constitucional que se origina en el sistema reconoce en él su fuente directa de producción y validación; es decir, el derecho objetivo: los enunciados propiamente redactados por el poder constituyente, las normas y declaraciones permanentes y transitorias formuladas en su texto, que poseen raíz y jerarquía constitucional. El derecho constitucional que se origina en el sistema de la CFA o reconoce en él su fuente directa de validación; el derecho objetivo, los enunciados propiamente adoptados por el poder constituyente: el derecho internacional de los derechos humanos, que goza de membresía constitucional, se trata de las normas detalladas en el art. 75, inciso 22, en las condiciones de vigencia fijadas, que poseen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la CFA y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos.

.....

internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Sugiere que el art. 31 de la CFA debería leerse: "Esta Constitución, los tratados con jerarquía constitucional, el resto de los tratados internacionales y las leyes de la Nación, dictadas por los órganos autorizados y dentro de sus respectivas competencias, constituyen, en ese orden, la ley suprema de la Nación y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...". Ve ROSATTI, HORACIO D., *Tratado de Derecho constitucional*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, T. I, pp. 163/164, 2010.

Unos años antes, el maestro Germán Bidart Campos expresó que por "bloque de constitucionalidad" puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, 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. El bloque de constitucionalidad federal argentino, con idéntica jerarquía constitucional y ocupando la cúspide del ordenamiento, está integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales del art. 75, inc. 22. Tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución federal y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con él su misma supremacía (ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1996, t. I, pp. 276, 342 y 345). En el fondo del asunto se sigue el pensamiento del maestro. No obstante, me permito desarrollarlo; buscar mayor claridad y precisión. El DRAE, entre las ocho acepciones que propone para "bloque", en quinto lugar dice "conjunto coherente de personas o cosas con alguna característica común". Idéntica pesquisa, entre las cuatro propuestas para sistema, la primera dice "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí". Resueltamente, desde el punto de vista de la definición lexicográfica, "sistema" es ampliamente superior a "bloque" al introducir, por definición, a la razón. En el plano epistemológico, "sistema", pese a su amplitud y ambigüedad, es indudablemente una ideación más facilitadora que la de "bloque". Ciertamente, aquí no se debatirán estatutos epistemológicos, si acaso se pudiese, porque toda comparación es desgarradamente borrosa. En la nota al pie de página número 4 se aducen las razones que aconsejaron el apodo de "sistema" para la complejidad que irradia la CFA.

2.2.2. Sobre la jerarquía normativa y la raíz de las reglas del sistema de la CFA

Del mismo modo en que nadie puede recordar la totalidad de su propia vida, no hay forma de conocer todo lo escrito sobre el derecho constitucional. Muchas veces se presenta como una experiencia inabarcable, aunque lógicamente factible. En el fluir de las opiniones, se menciona la que más robustamente intentó aprisionar, a punto de cumplir cuatro años el cambio constitucional de 1994, al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Un juez de la CSJN, en opinión disidente, insinuó el encierro:

“En efecto, los textos mencionados en el art. 75, inc. 22, si bien ‘tienen jerarquía constitucional’, ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’, configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1ra. parte de la Constitución...”.⁽¹²⁾

El poder constituyente reformador de la CFA de agosto de 1994, jamás dispuso la estipulación de “rangos” entre sus normas. Mucho menos primer rango o segundo rango. Las fantasías que se construyen sobre el mundo impiden distinguir, con certeza, lo que realmente se ha de saber o se podrá conocer, precisamente, sobre ese mundo. La prisión es una institución para aislar, aunque nadie pueda explicar, de modo sensato, si cumple o no cumple una finalidad comunitaria. La opinión criticada aísla, separa y fragmenta el mundo conocido.

El DIDH cumple la función de vincular el mundo del derecho. Y aunque siempre propone una estructura compleja de integración, su pretendida inferioridad no fue demarcada por el poder constituyente reformador en 1994. El mensaje prescriptivo contenido en el DIDH es, resueltamente, integrar. Por lo tanto, desintegrar —es decir, determinar normas de primer rango o segundo— no enseña nada porque se opone a la verdad.

(12) Conforme Augusto C. Belluscio *in re* “Petric Domagoj, Antonio c/Diario Página 12”, pronunciado el 16/04/1998, CSJN, Fallos: 321:885. El pronunciamiento fue suscrito por Julio S. Nazareno (por su voto), Eduardo Moliné O’Connor (por su voto), Carlos S. Fayt (por su voto), Antonio Boggiano (por su voto), Enrique S. Petracchi, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo R. Vázquez (por su voto) y la disidencia apuntada. Quince años después, siete de los nueve jueces que integraban la CSJN ya no integran el Más Alto Tribunal de Justicia.

Sin audacia, se concluye este apartado:

- a. Todos los enunciados del derecho constitucional de la Argentina (permanentes y transitorios) tienen la misma jerarquía normativa;
- b. Todos los enunciados del DIDH que gozan de jerarquía constitucional tienen idéntica jerarquía normativa;
- c. Los enunciados del DC y los enunciados del DIDH (descritos en el punto b)) tienen rango jurídico idéntico, aunque difieren en la raíz: unos son producidos por la CFA y otros son validados por ella. Diferente raíz, igual estatura.

2.2.3. Fuente nativa y fuente extranjera

El siglo XXI obliga, constantemente, a la propia actualización de la definición del contenido de derecho constitucional en virtud de que su “internacionalización” parece inevitable. Por dicha razón, y si se reconociere la existencia, para la configuración del contenido abarcado por el término derecho constitucional, de fuentes de producción jurídica estatal y fuentes de producción jurídica supra estatal —categoría conceptual que, hasta mediados del siglo XX, hubiera parecido un despropósito—, se estaría amortiguando el peso de la controversia y, por consiguiente, el DIDH podría hospedarse en el ámbito de la noción derecho constitucional federal argentino, tal como se lo viene delimitando. Desde luego, no dentro del texto de la Constitución, y sí dentro del sistema de la Constitución federal. Esta construcción, “sistema de la constitucional federal”, alberga en su seno conceptual tanto a las reglas estipuladas en el texto constitucional federal como a las que, existiendo originariamente fuera de ella, tienen también igual jerarquía y nivel pero no están sumadas en su marco normativo, pese a que unos y otros comparten la primacía del sistema jurídico estatal.

2.3 | La interpretación judicial

2.3.1. Creación y realización

El sistema de la Constitución federal de la República Argentina significa la creación máxima, suprema y cumbre del derecho vigente. Es la partitura maestra para la realización del derecho. En cuanto definición normativa, se desarrolla en dos espacios y en dos tiempos: el de su producción y el de su realización, respectivamente.

Producida la norma, previa comprensión racional, deberá sobrevenir su acatamiento, es decir, su realización tanto por los ciudadanos como por los poderes del Estado. Refiero, pues, que se presenta un contexto de mera aplicación o ejecución cuando las autoridades federales o los ciudadanos cumplen una regla emanada del sistema de la Constitución federal. Por ejemplo: cuando un ciudadano ejerce o desarrolla un derecho fundamental cualquiera (político, civil o social). Naturalmente, el planteo considera la relatividad de los derechos fundamentales, o dicho de otra forma, de los derechos que no son absolutos. Este acatamiento o despliegue sencillo constituye una simple realización; no necesita una determinación específica de la autoridad constitucional u orientación gubernativa federal que la solvente. Se trata de una realización en el marco de una sociedad abierta, porque el derecho constitucional existente es válido desde el mismo día, hora y lugar que se haya fijado para su entrada en vigencia. El único órgano que puede desdejar la existencia o validez del derecho constitucional es el órgano creador, o sea, el poder constituyente.

También se dirá que existe una mera realización del derecho constitucional cuando se “desarrollan” las previsiones que surgen del sistema. Por ejemplo: toda la legislación, incluida la actividad del poder administrador. En este mismo contexto se enrojan las sentencias y resoluciones judiciales que resuelven cuestiones constitucionales. Para distinguir de la “mera aplicación o simple acatamiento”, ahora se la llamará “realización propia” y, en el afán de claridad, en el caso de la realización (propia) que cumplen los jueces, “interpretación judicial”.

Un tercer contexto de realización es la actividad dogmática, tanto en sus fases de investigación como de disertación académica. Este conocimiento o cuerpo de conocimientos sobre el derecho constitucional, que se estudia más adelante, constituye un contexto científico.

La realización del derecho constitucional, en cualquiera de los contextos descritos, será siempre, pues, concreción o ejecución de derecho creado. Sin embargo, existen situaciones excepcionales que desbordan este modelo de realización —como, por ejemplo, cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, también CSJN) asocia o disocia un significado, en un caso concreto, con pretensiones de generalidad normativa—.

2.3.2. Resoluciones de la CSJN

Resulta controvertido determinar si la interpretación judicial —que, en su caso, la CSJN haya decidido atribuir como significado al texto normativo constitucional, o al sistema jurídico *lato sensu*—, constituye una fuente de producción de disposiciones jurídicas de alcance general. Es decir, si sus fallos, o las prescripciones de algunos de sus fallos, o determinados fallos —y éstos aun también bajo determinadas condiciones— que han sido elaborados en el ámbito del sistema jurídico constitucional pasan o no pasan a integrar el elenco de disposiciones normativas del derecho constitucional federal argentino.

Escojo, en el ámbito de una literatura vastísima, dos destacadas opiniones de juristas; luego, ensayo la propia.

Germán Bidart Campos sostuvo que cuando la CSJN dicta sentencias en las que se lleva a cabo interpretación constitucional, sobre todo si se arriba a una declaración de inconstitucionalidad, esa interpretación de la Constitución adquiere el mismo rango de la Constitución interpretada y compone con ella una unidad.⁽¹³⁾ Desde otra óptica, un tanto más genérica pero no menos precisa, Eugenio Bulygin sostiene que solamente la actividad del juez es fuente de derecho, y por ello es capaz de ser integrada al sistema jurídico cuando la sentencia judicial crea norma/s general/es.⁽¹⁴⁾ Es decir, el juez crea derecho cuando la norma general mediante la que justifica su decisión no fue creada por el legislador constituyente.⁽¹⁵⁾

2.3.3. Análisis o construcción y destrucción del objeto

Uno. Se observa que las disposiciones o enunciados que constituyen el derecho constitucional de un Estado responden habitualmente a dos fi-

(13) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, p. 421.

(14) BULYGIN, EUGENIO, "Sentencia Judicial y Creación de Derecho", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales 1991, pp. 366/367.

(15) BULYGIN, EUGENIO, "Creación y aplicación de Derecho", contribución obrante en mi archivo, gentilmente entregada por el autor. Inédita.

nalidades: arquitectura de sus poderes, y conferir reconocimiento a los derechos fundamentales y los deberes correlativos.

Dos. El orden coactivo que impone el derecho —el derecho constitucional no escapa a la regla— se expresa, o mejor dicho, tiene como soporte al lenguaje, que en nuestro Estado es escrito. Toda la planificación prescriptiva que realiza el Derecho constitucional se programa por intermedio del lenguaje escrito proveniente de las fuentes de producción. El derecho constitucional argentino es una manifestación del lenguaje escrito.

Tres. Si, además, se repara en que el lenguaje prescriptivo en el cual está expresado el Derecho constitucional, más bien todo el Derecho, no es completo sino que necesita ser completado, se advertirá sin complicaciones que las tareas de interpretación constitucional no sólo pueden consistir en el análisis del lenguaje, en virtud de que la obra de integración de los segmentos o sectores incompletos contribuye —siempre en forma complementaria— a construir (o destruir) el objeto. Por este motivo, dichas decisiones interpretativas también entrarán a formar parte del elenco de disposiciones normativas.⁽¹⁶⁾

Cuatro. El lenguaje jurídico tiene las mismas propiedades que los lenguajes naturales. Las palabras que aparecen en las reglas jurídicas tienen una zona de penumbra; es decir, son potencialmente vagas. La vaguedad se pone de manifiesto frente al caso atípico. Quien trate de orientar o apreciar dicha conducta se sentiría desconcertado debido a que el caso no está incluido en el área de significado central donde se congregan los casos típicos, ni claramente excluido de ella. Por lo tanto, cualquier descripción honesta de lo que ocurre cuando un juez trata de determinar si un caso concreto está o no comprendido por el significado actual de la regla tiene que admitir que no todos los casos son del mismo tipo ni suscitan

(16) Norberto Bobbio se preguntó qué es, en efecto, la interpretación de la ley sino el análisis del lenguaje del legislador, de ese lenguaje en el que se expresan las normas jurídicas (p. 187). Agregó, más adelante, que el lenguaje del legislador es incompleto, y esta falta de plenitud puede ser completada (p. 193). Esta obra de integración es la llamada interpretación extensiva, considerada expresamente como una modalidad de la analogía (p. 195). Así concebida, la interpretación extensiva no es un acto creativo, sino una operación lógica en sentido estricto que no se sale de la consideración de la interpretación jurídica como análisis del lenguaje; es una de las operaciones con las que se efectúa ese análisis lingüístico del derecho en que consiste la ciencia del derecho (p. 195). Ver, en este sentido, BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Torres Editor, 1980.

iguales problemas. Dicha descripción debe distinguir entre estos dos tipos de casos: aquéllos cuyos hechos constitutivos están claramente comprendidos por el área de significado central de los términos o expresiones en que la regla consiste; y aquéllos a los que Herbert Hart denominó “zona de penumbra”, es decir, atípicos en cualquiera de las formas en que éstos puedan ocurrir.⁽¹⁷⁾

Cinco. El derecho constitucional es, por regla, objeto de interpretación. La interpretación judicial, en el marco de una sociedad abierta, es una de las formas que asume la realización del derecho constitucional.

Por lo pronto, asevero que la interpretación del derecho constitucional es una tarea que consiste en analizar el discurso de las fuentes de producción, el cual puede, eventualmente, ser incompleto. Cuando las operaciones se realizan sobre el objeto constituido, es decir, cuando se determina que las disposiciones normativas están completas —situación que autoriza o posibilita la descripción de su significado—, se está privilegiando el empleo de métodos de tipo cognitivo, cuyo resultado más evidente y palpable es el hallazgo y la consiguiente aplicación del significado objetivo de la regla de derecho constitucional en análisis. En estos casos, la comprensión del significado central de la regla de Derecho constitucional consiste en hallar el sentido que quiso efectivamente poner el legislador constitucional, debidamente respaldado y actualizado con la realidad respecto de cuya aplicación y ordenación se trata, ya que ella es la única que le puede dar soporte racional a la tarea misma de interpretación jurídica. La interpretación constitucional se orienta a la descripción de significados y la actividad consiste en la conjetura respecto del significado de una regla constitucional, aplicada desde luego a un caso. Defino de este modo a la interpretación constitucional analítica; tarea que no tiene, nunca, aptitud constitutiva del objeto. Simplemente lo realiza, ejecuta o aplica.

Seis. Sin embargo, la falta de plenitud, o ausencia de completitud, del propio discurso programado por el derecho constitucional pone de manifiesto que, en oportunidades, las tareas de análisis del lenguaje de las fuentes son insuficientes o no puedan dar respuesta al significado central del término bajo examen. En estos supuestos, el intérprete no descubre sino que decide el sentido de la regla; se enfrenta a los casos atípicos, y la ads-

(17) CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1994, pp. 55/58.

cripción (introducción) que él proponga como significado de la expresión de la disposición constitucional, en puridad de verdad, estará creando un nuevo significado. Se habla así, pues, de interpretación constitucional correctiva. La naturaleza de las proposiciones que el intérprete construye es normativa porque su actividad es susceptible de ser caracterizada como creadora de disposiciones jurídicas de alcance general.

Siete. Cuando el intérprete transita por los campos de la interpretación constitucional analítica, describe los significados de las reglas constitucionales que examina. En cambio, cuando lo hace ocasionalmente —“en casos contados con los dedos de las manos”— en los territorios de la interpretación correctiva, el intérprete asocia (también disocia) o reconstruye (pero también puede destruir) un nuevo significado a la expresión o texto, cuya oscuridad era la nota más característica de su fisonomía hasta que se produjo su intervención, por lo menos para dicho caso. En rigor: se la apoda “interpretación correctiva” por comodidad lingüística; ajustadamente, se trata de creación, positiva o negativa, de derecho constitucional. En modo inicial, en la interpretación correctiva se encuentra ausente la deliberación, en tanto planificación y voluntad de alcanzar el bienestar general⁽¹⁸⁾ —atributos del poder político para crear derecho constitucional—. En paralelo, también se encuentra ausente su codificación normativa. Si bien estas ausencias no devalúan su actividad creadora, aconsejan mantener el apodo “interpretación”, pese a que se sepa que ella es el puente para crear. Creadores del derecho constitucional despliegan actos políticos en su formación. También realizadores del derecho constitucional, pero en otro sentido: mantienen y desarrollan un sistema jurídico. Toda creación de derecho constitucional es política; las resoluciones judiciales, en el contexto apuntado, comparten la filiación política.

Ocho. Analizar y decidir son, entonces, las consignas del intérprete judicial cuando realiza el derecho constitucional. Cuando se apela a la interpretación correctiva, los jueces contribuyen a la “reconstrucción” del

(18) El bienestar general es una de las seis afirmaciones básicas del sistema de la CFA contenida, elegante y prolijamente, en el Preámbulo. Es el propósito dentro de los propósitos. Todas las autoridades constitucionales tienen por obligación desarrollar, mantener, alcanzar o aspirar al bienestar general. La actividad de los departamentos político, ejecutivo y judicial se caracteriza por la generalidad y universalidad de sus tareas; en cambio, por definición, el Poder Judicial atiende en casos puntuales, individualizados, a pedido de parte, nunca en abstracto. Por ende, no legisla y resuelve asunto por asunto, con el objetivo del bienestar general.

sistema de la Constitución federal porque introducen (aunque también pueden sustraer) de dicho sistema una disposición de naturaleza prescriptiva que el legislador constituyente, si bien expresamente no había incluido, tampoco había prohibido. Por ello, debe entenderse que el poder constituyente —originario o derivado— brindó la plataforma de sustentación para que la interpretación sea luego la que, en última instancia, pudiere configurar y concretizar la vigencia y el alcance de la propuesta normativa constitucional.

Nueve. Parece bastante claro que las técnicas de interpretación correctiva, en todas sus variantes estratégicas, tienen por objeto usual ampliar el campo de los significados del sistema jurídico constitucional. Cuando son utilizadas de este modo, resultan útiles para propiciar la evolución del derecho. Debe advertirse, sin embargo, que también pertenece a esta familia la interpretación constitucional restrictiva que, en ocasiones, produce resultados que pueden conducir a la reducción irracional del campo de aplicación de los significados centrales consignados en las disposiciones del sistema de la CFA, cuya objetividad incontrovertible hubiese sido asegurada por una interpretación analítica. La interpretación restrictiva circunscribe el marco de aplicación de una regla constitucional, excluyendo de su campo de actuación supuestos de hecho que racionalmente deberían quedar comprendidos y concretizados por la labor del intérprete. La implementación de este mecanismo de interpretación constitucional puede producir la involución del derecho, ubicando en una delicada situación a importantes sectores de la configuración llevada a cabo por la Constitución.

Las estrategias interpretativas de filiación correctiva desarrolladas por la CSJN han demostrado tener aptitud para poner en evidencia que el producto de la actividad ponderativa también, y al mismo tiempo, fue capaz de constituir una fuente de producción normativa del sistema de la CFA, debido a la expansión generalizada de la coactividad que emanaba de tales prescripciones resolutorias. Del propio repertorio de decisiones judiciales de la CSJN se puede citar una variada gama de fallos que tienen una ligazón importante, desde el punto de vista empírico, con las estipulaciones formuladas. Así, en una brevísima lista de ejemplos, puede advertirse el poder creativo de derecho constitucional, por parte del Más Alto Tribunal de Justicia de la Nación. Simplemente,

a título de ejemplo: a) el otorgamiento de ciudadanía constitucional a la acción de amparo, en el caso “Siri” (1957); b) el reconocimiento de jerarquía supralegal de los tratados, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” (1992);⁽¹⁹⁾ c) las bases para la elaboración de la doctrina de arbitrariedad de sentencias, en el caso “Rey c/Rocha” (1909);⁽²⁰⁾ d) el acceso a la justicia y mención sobre la regulación de las acciones de clase, en la causa “Halabi” (2009);⁽²¹⁾ e) enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad, en el caso “Simón” (2005):⁽²²⁾ posiblemente, el fallo más relevante, si existiese tal mención, en toda la historia política del Más Alto Tribunal de Justicia de la República:

“...3. Declarar, a todo evento, de ningún efecto las leyes 23.492 [autoamnistía de la dictadura militar] y 23.521 [obediencia debida] y cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan, o al juzgamiento y eventual condena de los responsables [civiles y militares], u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la [República] Argentina...”.

Todas estas interpretaciones constituyen actos de lealtad constitucional. El intérprete genera una nueva regulación normativa que, antes de su decisión, no existía descrita como el intérprete (creador, no ya realizador) ahora regiamente dispone.

Sin embargo, no todo es virtuosismo judicial. Narrar la deslealtad constitucional constituye una obligación. Rastrear su configuración requiere

(19) CSJN, Fallos: 315: 1492 (1992). El pronunciamiento fue suscrito el 07/07/1992 por los jueces Mariano A. Cavagna Martínez, Rodolfo Barra, Carlos Fayt, Julio Nazareno y Antonio Boggiano.

(20) CSJN, Fallos: 112:384 (1909), “Rey, Celestino c/Rocha, Alfredo et al”, pronunciada el 02/12/1909 y suscrita por los jueces A. Bermejo, N. González del Solar y M.Daract.

(21) CSJN, “Halabi, Ernesto”, sentencia suscrita el 24/02/2009 por los jueces R. Lorenzetti, E. H. de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni y en disidencia parcial por los jueces C. Argibay, E. Petracchi y C.S. Fayt.

(22) Ver in re “Simón, Julio et al”, CSJN, Fallos: 328:2056, 14/06/2005, parte dispositiva reproducida en el texto, arriba, fue suscrita por E. Petracchi, A. Boggiano, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, E. Highton de Nolasco, R. L. Lorenzetti y C. Argibay; C. Fayt, en disidencia.

precisión. ¿Cómo se hiere a un sistema constitucional? ¿Cómo ha de ser posible tanta hostilidad? ¿Cómo ha de ser factible herir y mantenerse en el propio cargo constitucional? Líneas abajo, el dibujo de la trama y la mención de los personajes.

Probablemente, el peor acto jurídico de la CSJN en toda su historia no fue un fallo judicial. Las fuerzas de la soledad en el Derecho, la peligrosa vía de la incomunicación, concretamente el dominio de la irracionalidad, tiene una radiografía específica: la “Acordada de la CSJN”, pronunciada el 10 de septiembre de 1930, suscrita por cuatro jueces de la CSJN y el procurador general, quienes abjuraron del derecho constitucional, sin contemplación.⁽²³⁾

.....

(23) El texto completo de la Acordada se reproduce porque debe significar un “nunca más” en el derecho constitucional de la República Argentina. La pieza quiebra el vínculo entre razón y derecho, porque es solamente fuerza, pura, sin razón que la hilvane, sostenga o fundamente. Se encuentra recogida en CSJN, Fallos: 158:290.

En Buenos Aires (...), reunidos en acuerdo extraordinario los señores ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) y el señor Procurador General de la Nación, con el fin de tomar en consideración la comunicación dirigida por el señor presidente del Poder Ejecutivo provisional, teniente general don José F. Uriburu, haciendo saber a esta Corte la constitución de un gobierno provisional para la Nación, dijeron:

1) Que la susodicha comunicación pone en conocimiento oficial de esta Corte Suprema la constitución de un gobierno provisional emanado de la revolución triunfante de 6 de septiembre del corriente año (...)

2) Que ese gobierno se encuentra en posesión de las fuerzas militares y policiales necesarias para asegurar la paz y el orden de la Nación, y por consiguiente para proteger la libertad, la vida y la propiedad de las personas, y ha declarado, además, en actos públicos, que mantendrá la supremacía de la Constitución y de las leyes del país, en el ejercicio del poder (...)

Que tales antecedentes caracterizan, sin duda, un gobierno de hecho en cuanto a su constitución, y de cuya naturaleza participan los funcionarios que lo integran actualmente o que se designen en lo sucesivo con todas las consecuencias de la doctrina de los gobiernos de facto respecto a la posibilidad de realizar válidamente los actos necesarios para el cumplimiento de los fines perseguidos por él (...)

Que esta Corte ha declarado, respecto de los funcionarios de hecho, (...) que la doctrina constitucional e internacional se uniforma en el sentido de dar validez a sus actos, cualquiera que pueda ser el vicio o deficiencia de sus nombramientos o de su elección, fundándose en razones de policía y de necesidad y con el fin de mantener protegido al público y a los individuos cuyos intereses puedan ser afectados, ya que no les sería posible a estos últimos realizar investigaciones ni discutir la legalidad de las designaciones de funcionarios que se hallan en aparente posesión de sus poderes y funciones”. CONSTANTINEAU, *Public officers and the facto doctrine*, Fallos: 148:303.

También fue una interpretación correctiva pero de orientación restrictiva la que resolvió la nulidad de una disposición de la Constitución federal incorporada por obra del poder constituyente, como hiciera en 1999 la CSJN, en el sonado caso "Fayt",⁽²⁴⁾ circunstancia que comportó un quebrantamiento constitucional.⁽²⁵⁾ En rigor, la interpretación judicial correctiva (restrictiva) es denominada así para lograr claridad lingüística porque, en estos casos, la coartada no funciona: lo fáctico, el decisionismo o pura voluntad no puede ocultar su prevalencia sobre el ámbito de comprensión delimitado específicamente por la propia normatividad constitucional, incluyendo todas sus posibles realizaciones racionales.

Existen otras formas de deshacer el derecho constitucional, aunque no con la intensidad ni profundidad del poder de destrucción que supuso el caso "Fayt". Resulta inimaginable una resolución judicial con semejante poder de demolición del sistema de la CFA. Estas especies suavizadas de

.....

Que, el gobierno provisional que acaba de constituirse en el país, es, pues, un gobierno de facto cuyo título no puede ser judicialmente discutido con éxito por las personas en cuanto ejercita la función administrativa y política derivada de su posesión de la fuerza como resorte de orden y de seguridad social (...)

Que ello no obstante, si normalizada la situación, en el desenvolvimiento de la acción del gobierno de facto, los funcionarios que lo integran desconocieran las garantías individuales o las de la propiedad u otras de las aseguradas por la Constitución, la administración de justicia encargada de hacer cumplir ésta las restablecería en las mismas condiciones y con el mismo alcance que lo habría hecho con el Poder Ejecutivo de derecho (...)

Y esta última conclusión, impuesta por la propia organización del Poder Judicial, se halla confirmada en el caso por las declaraciones del gobierno provisional, que al asumir el cargo se ha apresurado a prestar el juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes fundamentales de la Nación, decisión que comporta la consecuencia de hallarse dispuesto a prestar el auxilio de la fuerza de que dispone para obtener el cumplimiento de las sentencias judiciales (...)

En mérito de estas consideraciones, el Tribunal resolvió acusar recibo al gobierno provisional, en el día, de la comunicación de referencia mediante el envío de la nota acordada, ordenando se publicase y registrase en el libro correspondiente...". Suscribieron los jueces J. Figueroa Alcorta; Roberto Repetto; R. Guido Lavalle y Antonio Sagarna; también firmó el procurador general, H. R. Larreta.

(24) CSJN, Fallos: 322:1616 (1999), sentencia pronunciada el 19/09/1999, suscrita por los jueces Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto C. Belluscio, Antonio Boggiano, Gustavo A. Bossert (disidencia parcial), Guillermo A. F. López y Adolfo R. Vázquez (según su voto).

(25) Ver FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judiciabilidad de la enmienda*, México DF, Porrúa, 2007.

interpretación judicial restrictiva se hacen presentes en la causa “Bussi” (2007)⁽²⁶⁾ al permitir el examen judicial —por mayoría— de una competencia privativa y excluyente del Congreso de la Nación y no aplicar como correspondía la doctrina de las cuestiones políticas. Una forma también suavizada de interpretación judicial restrictiva se hace presente, recientemente, en la jurisprudencia del Más Alto Tribunal en la causa “Rodríguez Pereyra” (2012);⁽²⁷⁾ allí la CSJN asumió y confirió la potestad de los jueces de efectuar el control de constitucionalidad aunque no exista petición expresa de parte en la causa. No existe fundamento para que los jueces, un poder contramayoritario, controlen de oficio, y por su propia voluntad, la constitucionalidad de los actos de los poderes políticos. El control de oficio —en un sistema difuso— puede abrir la puerta al judicialismo porque es susceptible de inducir un aguijón en la distribución de los poderes del Estado, al no encontrarse expresamente detallado como competencia constitucional. Además, se establece una potestad notoriamente desbalanceada en favor del Poder Judicial y legislada por los propios jueces, sin fundamento deliberativo y desgarrando la idea de que una ley debe ser cambiada por otra ley; precedida de información a la ciudadanía, y elección y debate en el ágora (Congreso), antes que en un proceso judicial sin control ni decisión del cuerpo electoral.

Diez. Determinadas decisiones judiciales de la CSJN son susceptibles de pasar a integrar el sistema de la CFA siempre que fueren capaces de satisfacer las siguientes condiciones: a) que la interpretación de la Constitución o del segmento del sistema constitucional de que se trate —es decir, cuando se decide judicialmente atribuir un significado al texto normativo, con preferencia sobre otros, por lo que se crea un nuevo significado— haya servido, o bien que existan razones para pronosticar que la ponderación normativa servirá de pauta o estándar racional para su seguimiento habitual por el propio tribunal y los tribunales inferiores de la República en el futuro; y b) que el contenido de la norma producida por el más Alto Tribunal de Justicia no sea idéntico al de alguna otra re-

(26) CSJN, Fallos: 330: 3160 (2007), sentencia pronunciada el 13/7/2007, suscrita por los jueces R. L. Lorenzetti, C. S. Fayt, E. R. Zaffaroni (según su voto), C. Argibay, E. H. de Nolasco y, en particular, la disidencia de J. C. Maqueda.

(27) CSJN, “Rodríguez Pereyra”, resuelta el 27/11/2012, suscrita por los jueces R. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, E. R. Zaffaroni, J. C. Maqueda, C. Fayt (por su voto) y Enrique S. Petracchi (en disidencia).

gla perteneciente al sistema jurídico constitucional, aunque sí deducible lógicamente del mismo.

Desde la perspectiva planteada, sólo puede admitirse que, en determinadas situaciones, condiciones y presupuestos, la tarea de los jueces de la Corte puede tener también como propiedad la de ser una usina generadora de reglas de derecho de alcance general. Así sólo cabría admitirse que, en determinadas situaciones, condiciones y presupuestos, los jueces de la Corte pueden crear piezas componentes del sistema de la CFA. La aseveración tiene un radio de acción muy limitado y es radicalmente distinta del grito de batalla de ciertas corrientes afines al realismo jurídico que han llegado a sugerir que la Corte Suprema es algo así como una convención constituyente en sesión permanente; o que estamos regidos por una Constitución, pero ella es lo que los jueces dicen que es. Tesis equivocada, suficientemente refutada en este escrito.

Por su parte, la interpretación judicial restrictiva, no tiene defensas.

2.4 | Dos consignas: hecho y regla⁽²⁸⁾

El derecho es producido por el poder que emana de los ciudadanos que integran un pueblo. Se trata, claramente, de un hecho social que produce un conglomerado o combinación de reglas jurídicas generales, abstractas, obligatorias y universales, comúnmente asociadas en un sistema. Los hechos sociales se encuentran en el mundo y merecen ser tratados, por tanto, como cosas, es decir: objetivamente.⁽²⁹⁾ Doy por sentado la existencia del derecho constitucional y me pregunto sobre las posibilidades en torno a su conocimiento y aplicación. Una vez creado, la sensibilidad del ciudadano o del intérprete no constituye el objeto derecho constitucional (con la salvedad apuntada en el apartado 2.3.3.).

La creación del sistema inaugura, al mismo tiempo, las propias posibilidades de su coactividad. Dícese, pues, que derecho es una determina-

(28) Ver RAZ, JOSEPH, *La autoridad del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 5.

(29) Ver BUNGE, MARIO, *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, Barcelona, Gedisa, p. 91, con cita de la exhortación de Émile Durkheim en *Las reglas del método sociológico*, Bs. As., Gradifco, 2011 [1901], pp. 13 y 31/76.

ción fáctica que dispone un orden específico. Normatividad instaurada por reglas,⁽³⁰⁾ porque el deber de obediencia se encuentra en el ADN del derecho constitucional, en el sentido que su sistema genera directamente prescriptividad, o que a partir de él pueden generarse reglas prescriptivas.

2.4.1. Un hecho empírico

El derecho constitucional se formaliza en el lenguaje del legislador que ejerce el poder constituyente, a lo que debe adicionarse, con las puntualizaciones y advertencias, tanto el discurso del intérprete judicial —en el caso argentino, la CSJN (ver *ut supra* sección 2.3.3.)—, como así también el proveniente de la fuente internacional de los derechos humanos que goza de jerarquía constitucional (ver art. 75, inc. 22, de la Constitución federal, ver *ut supra* sección 2.3.2.).

2.4.2. Un sistema de reglas

Porque considero que el lenguaje es de naturaleza prescriptiva,⁽³¹⁾ su función elemental no es la de transmitir información, sino la de modificar, influenciar, organizar o dirigir la conducta de las personas que componen la sociedad. La coactividad o fuerza normativa es una cualidad definitoria del derecho constitucional, en igual sintonía que lo es del sistema jurídico del cual él forma parte. El derecho constitucional posee fuerza obligatoria, es vinculante y también, a su modo, participa de la nota de coercibilidad, propiedad dominante y sobresaliente del sistema jurídico del Estado que lo contiene. Por dicha razón, como bien indicó Bidart Campos, el derecho de la Constitución reviste naturaleza de norma jurídica, y no un mero carácter declarativo u orientativo.⁽³²⁾ Un derecho constitucional ideado o instrumentado por reglas significa que éstas se han de cumplir o no cumplir —se siguen o no se siguen—; no

(30) Ver RAZ, JOSEPH, *La autoridad del Derecho*, op. y loc. cit.

(31) Jerzy Wróblewski señaló con certeza que, teóricamente, la discusión relativa a la normatividad del texto constitucional sólo es significativa después de definir el término “normatividad”. Si por normatividad se entiende que las reglas constitucionales son, o bien directamente aplicables, o aplicables tras construir otras disposiciones jurídicas a partir de sus propias reglas, se puede decir que las reglas constitucionales colman dicha definición. Ver WROBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985, p. 104.

(32) BIDART, CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995, pp. 11, 19 y 31.

hay una tercera alternativa, si se ha de pretender que el sistema cumpla las tareas nucleares para el cual ha sido ideado: formación de la unidad política del Estado, organización, mantenimiento y dirección de todo el sistema jurídico. La proposición capital tiene un ámbito de validez: el sistema constitucional tiene fuerza normativa, obligatoria, en todas sus partes.

El derecho constitucional nace de la CFA, con la siguiente singularidad: la CFA es la fuente de producción de las normas permanentes y transitorias, de raíz constitucional, cobijadas dentro las cuatro esquinas de su texto. Fuera de su texto, al mismo tiempo, por aplicación del art. 75, inc. 22 (producido por el poder constituyente en 1994), la Constitución es fuente de aplicación y validación del DIDH, que goza de jerarquía constitucional. En consecuencia, existe un derecho constitucional federal de la Argentina de raíz y jerarquía constitucional; existe también otro subsistema que no tiene raíz constitucional, pero sí tiene jerarquía: el DIDH, validado jerárquicamente por el art. 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación aquí tratada: la interpretación judicial, especialmente la de la CSJN, al asociar un significado y crear derecho constitucional. Este nuevo momento inaugura el "sistema de la Constitución federal", que queda integrado por los tres elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF, las provenientes del DIDH y las generadas por la CSJN. No hay más derecho constitucional de la República Argentina.

Las normas del derecho constitucional son la fuente u origen de la validez jurídica positiva de todas las normas jurídicas, producidas por vía legislativa y, excepcionalmente, de la costumbre o de un fallo judicial.

En resumen, el sistema de la Constitución federal es la única fuente del derecho constitucional (el derecho de raíz y jerarquía constitucional); en pocas palabras: el origen de las fuentes. La CFA es la fuente del derecho constitucional, y éste, del derecho argentino.

¿Qué es pues, en sentido mundano, el derecho constitucional? Una verdadera tecnología social, en ciernes.⁽³³⁾

(33) Ver BUNGE, MARIO, *Las ciencias sociales en discusión*, Bs. As., Sudamericana, 1999, p. 323 y ss.

Se esquematiza el discurso desarrollado en este apartado. En consecuencia, el sistema de la Constitución federal de la República Argentina origina y/o valida, según el caso, los siguientes enunciados o productos normativos y no normativos:

Origen y creación del Derecho constitucional	$\left\{ \begin{array}{l} \text{Fuente nativa} \\ \\ \text{Fuente extranjera} \end{array} \right.$	$\left\{ \begin{array}{l} \bullet \text{ Poder constituyente} \\ \bullet \text{ Excepcionales fallos} \end{array} \right.$
		$\left\{ \begin{array}{l} \text{DDHH establecidos} \\ \text{en el art. 75, inc. 22 CF} \end{array} \right.$

2.5 | Entreacto: temporalidad y especialidad del derecho constitucional

Comprender el derecho constitucional significa determinar los ámbitos de realización de sus reglas. Todos los artefactos que produce el hombre se desarrollan en el tiempo y en el espacio.

Con relación al tiempo, algunas breves consideraciones sobre el propio Derecho constitucional. Su fundamento es la organización comunitaria. La formación jurídica pertenece al presente; todas las reglas del derecho constitucional deberían formularse en tiempo “presente”, porque la demanda de organización fundamental, su concreta determinación, es una exigencia del presente. Por ejemplo, al disponerse en el art. 1 constitucional que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal...” se trata de un presente continuo, una decisión permanente. La idea republicana, como forma de gobierno, es una tarea constante, sin pausas, un “ahora comunitario” que no concluye nunca, ni cede, pero progresa.

Otras reglas se refieren, significativamente y de diferente modo, al pasado. En el art. 15 constitucional se dispone: “En la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución...”. Quienes estaban sumidos en el pasado, son libres. Otra referencia, con gran trascendencia al pasado, se libera del art. 14 constitucional: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: (...) de usar y disponer de la propiedad...”. Una regla ecuménica de la CFA portadora

de la perspectiva de quienes suscribieron el contrato original, en 1853. La conclusión es lacónica: “usar” y “disponer” es una facultad exclusiva de quienes tienen la propiedad. En el momento originario existió, por lo tanto, una decisión hegemónica en relación con la propiedad: la distribución, según pautas determinadas por los propios redactores de la CFA, según texto de 1853/60, que produce, por supuesto, una significativa y marcada desigualdad ciudadana porque la distribución fue liberal y no igualitaria; porque se construyó un mundo para incluidos, que presupuso la existencia de excluidos. Sugiero, por tanto, que el derecho constitucional que surge de la CFA de 1853 propugna un modelo para ciudadanos libremente iguales y socialmente desiguales.⁽³⁴⁾

También se encuentra descrito el viaje al futuro. Así, en el art. 25 constitucional se instaló una clave: “El gobierno federal fomentará la inmigración europea...”. En forma semejante, el futuro se encuentra en otra regla cimerá, enunciada en el art. 28 constitucional: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Concretamente: en el momento de la fundación constitucional —es decir, a partir de 1853— existe un “estado de cosas constitucional”, una ontología del mundo constitucional fundamental, básica e insustituible, que el legislador no podrá traspasar, violar, sin caer en inconstitucionalidad por irracionalidad en su proceder.

Sin embargo, en este breve intervalo se llama la atención del lector sobre las cuestiones vinculadas al espacio. No hay que ser experto en derecho constitucional para determinar que, si existen reglas de derecho constitucional, es porque son dirigidas a determinados sujetos que viven en determinada comunidad, localizada y establecida en determinado territorio. No es decisivo que las Naciones Unidas confieran el reconocimiento de

.....

(34) ¿Los frutos son de todos? ¿La tierra es de todos? ¿Nacemos socialmente desiguales, pero igualmente libres? ¿Qué es lo que se observa en el mundo? Con inigualable claridad literaria y auténtico pesimismo, en 1754 J. J. Rousseau, en su *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, afirmó que la desigualdad fue nula en el estado de naturaleza, pero sacó sus fuerzas y crecimiento del propio desarrollo de las facultades de los hombres y de los progresos del espíritu humano, para llegar a ser por fin “estable y legítima por el establecimiento de la propiedad y las leyes”. Previamente, anunció: “El primero al que, habiendo cercado un terreno, se le ocurrió decir esto es mío y encontró gente lo bastante simple como para creerle, fue el verdadero fundador de la sociedad civil”. Ver ROSSEAU, JEAN J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Bs. As., Prometeo, pp. 131 y 101, respectivamente.

Estado, pero suele existir semejanza entre la configuración del ente político y su asiento en la ONU.

El derecho constitucional, una vez creado, fluye. Pero, ¿hacia quiénes?, ¿hacia los ciudadanos?, ¿hacia los servidores públicos?, ¿hacia ciudadanos y servidores públicos?

Se entiende por “ciudadano” a la persona que se encuentra sometida a un orden jurídico y participa de su desarrollo y/o formación, siempre que se acepte su leal acatamiento; se entiende por “servidor público” a aquella persona que, por elección del cuerpo elector o designación de los poderes del Estado, legisla, administra o juzga; en fin: cumple una tarea fijada por la CFA en representación del pueblo.

Aseguro la noticia; luego, su explicación. El derecho constitucional de la Argentina organiza dos subsistemas normativos: primario, del ciudadano y los servidores públicos, y secundario, de los servidores públicos. Nótese que la mirada se centraliza en la persona, no en la institución.⁽³⁵⁾

Ciudadanos y servidores públicos. La regla contenida en el art. 19 constitucional es una vía de acero: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. El beneficio y porvenir de la libertad constitucional se condensa en la regla; todos, absolutamente todos, disfrutan de la libertad fundamental. La normatividad de la regla es universal: ciudadanos y servidores públicos. No se aplica a quienes no se encuentren en el ámbito de la normatividad de la CFA; si lo están, su rigurosidad y solvencia caen sin excepciones. Toda la libertad constitucional se organiza por intermedio de esta regla; es fundamento de todo, y para todos, dentro de las reglas fundamentales.

.....

(35) En 1975 Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin llamaron la atención sobre la centralización de la función jurisdiccional. Opinaron que la existencia de funcionarios especializados da lugar a la existencia de dos sistemas normativos paralelos, pero interdependientes: el sistema de normas que regula la conducta de los sujetos del derecho, sistema primario; y el sistema de normas que regula la conducta de los jueces y demás órganos jurisdiccionales, sistema del juez. Ver ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, “Algunos problemas metodológicos de la ciencia del Derecho”, en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As, Astrea, p. 208.

La regla de la libertad, descrita maravillosamente en el art. 19, demuestra, por sí misma, que no es necesario un presidente, legislador o juez la realice. No es necesario una sentencia, una ley o un decreto; todos los productos mencionados, en su elaboración, tienen que adaptarse a la regla de la libertad. Su disponibilidad es inmediata, opera en cada instante para beneficio de todos los integrantes de la comunidad, sin distinción.

Otras reglas se dirigen, inocultablemente, a los ciudadanos que cumplen con la función republicana, como por ejemplo la contenida en el art. 99 constitucional: "El presidente tiene las siguientes atribuciones....", o la dispuesta en el art. 75 constitucional: "Corresponde al Congreso...", o la fijada en el art. 116: "Corresponde a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas...". Estas reglas constituyen otro blanco específico, un sistema de reglas secundario que confiere poderes y/o atribuciones para concretar y desarrollar la organización comunitaria de los ciudadanos.

De abajo hacia arriba, la existencia de, al menos, dos sistemas desmiente la idea de que el derecho constitucional sólo sea o fuese lo que la autoridad judicial (o cualquier otra autoridad) afirmó, afirma o afirmare; nada más erróneo. El paradigma de la sociedad abierta conduce como un rayo a esta conclusión: o todos realizamos el derecho constitucional, o el derecho constitucional es simplemente una nueva forma de dominación —en este caso, de la aristocracia de cierto saber no elegido directamente por los ciudadanos que integran el pueblo, cuya sabiduría nunca podrá ser puesta a prueba—. Obviamente, la referencia alude al gobierno de los jueces, única forma nunca instaurada, felizmente, hasta el día de hoy.⁽³⁶⁾

.....

(36) La posición desarrollada no tiene enredaderas: el discurso constitucional se origina en el poder constituyente: existe, porque fue creado. Luego, el campo de su realización continúa de este modo: ciudadanos, autoridades, ciudadanos y autoridades —entre éstas últimas, los jueces—. Los jueces no son los únicos ni principales realizadores. Una norma abierta en una sociedad abierta. Naturalmente, existen otros puntos de vista, entre los que escojo, por su solidez, el de Juan V. Sola: el contenido del estudio del derecho constitucional debe estar orientado hacia los precedentes judiciales; las leyes y las normas; la función del juez, en relación con la norma constitucional, no tiene carácter declarativo; el tribunal no se limita a formular un derecho ya existente. Tanto al establecer la presencia de los supuestos de la norma constitucional en el caso concreto, como al estipular la sanción, la decisión tiene un carácter constitutivo. Ver SOLA, JUAN V., *Derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2006, pp. 23/40. La partitura argumental descrita en la sección 2 de esta pieza es materia propia y suficiente. No obstante, se considera que, al mismo tiempo, corresponde dejar introducido otro enfoque, máxime cuando se comparte con Sola que "nuestra socie-

3 | Derecho constitucional como derecho subjetivo individual, social o colectivo; los derechos fundamentales

3.1 | Letras preliminares

En otros escritos se han plantado una serie de tesis, que ahora deseo referir:

1. Los derechos fundamentales, cuyo estatus es conferido por las constituciones, significan líneas de acción para el uso de la fuerza estatal. Se trata de “razones de derecho constitucional” concebidas objetivamente para asegurar el uso correcto de la fuerza estatal. Así formalizados, constituyen directivas de la vida estatal porque contienen la reglamentación jurídica elemental para la vida comunitaria en libertad.⁽³⁷⁾
2. Los derechos fundamentales, ahora enfocados subjetivamente, son “derechos” porque resultan conferidos a los hombres por normas e implican poderes jurídicos que emplazan facultades o expectativas individuales, plurales o colectivas. Creados por el hombre, no gozan de eternidad⁽³⁸⁾ y tienen siempre una única matriz filosófica: el propio ser humano, sujeto con idéntica libertad e igualdad que cada uno de sus congéneres.⁽³⁹⁾

.....
dad no es igualitaria, por el contrario contiene desigualdades que pueden ser chocantes” (ver su afirmación, *op. cit.*, p. 35).

(37) Ver FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “El Derecho, la razón de la fuerza. Sobre la constitución y los derechos fundamentales”, en *Contextos*, publicación del seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, n° 1, 2011, Buenos Aires, pp. 40/89. También en lengua portuguesa: “*Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*”, trad. de Carolina Machado Cyrillo da Silva y David Leal da Silva, Porto Alegre, Linus, 2012. Y en lengua inglesa: “An Approach to the Legal World. Constitution and Fundamental Rights”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 60, Mohr Siebeck, Alemania, 2012, pp. 21/38.

(38) En 1872, Rudolph Von Ihering dijo que la idea del derecho será “eternamente el mudar; así lo que existe debe ceder pronto su puesto al nuevo cambio, porque, como advierte el célebre autor [Johann Wolfgang von Goethe] del *Fausto*, “Todo lo que nace debe volver a la nada”. Ver VON IHERING, RUDOLPH, *La Lucha por el Derecho*, Madrid, versión española de A. Posada, Librería de Victoriano Suárez, 1921, p. 13.

(39) Ver FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos”, en *Contextos*, publicación del seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, n° 4, 2012, Bs As., pp. 100/02.

La doble dimensión o dualidad que atraviesa a los derechos fundamentales sugiere, por supuesto, no alejarme de ninguna de las afirmaciones. Paralelamente, el enfoque subjetivo sobre los derechos fundamentales plantea cuestiones cuya enumeración es compleja, problemática e inexacta: conceptualización, organización, limitación y delimitación; desarrollo, valoración y realización. En próximos apartados se insinúan afirmaciones sobre el concepto en el modelo de la Argentina, ya que, parafraseando al sofista, el sistema de la CFA es la medida de todos los derechos fundamentales: de los que son en cuanto que son y de los que no son en cuanto que no son; léase: por medida, el perímetro constitucional, y por derechos fundamentales, las regulaciones normativas.⁽⁴⁰⁾

3.2 | Noción

“Derechos constitucionales” y “derechos fundamentales” suelen emplearse con semejante campo semántico. Así, se observa en el ágora que un ciudadano manifieste su “derecho de trabajar”, o su “derecho de usar y disponer de la propiedad”, o su “derecho de enseñar y aprender”, o su “derecho de intimidad o derecho de privacidad”. En estas referencias normativas, como en tantísimas otras, el término “derecho constitucional” es utilizado para designar las atribuciones que la/s persona/s individual/es o grupos de personas tienen para dar, hacer o no hacer algo postulando una competencia, inmunidad o privilegio, cuyo reconocimiento es conferido por el sistema de la CFA. En esta formulación, “derecho constitucional” se entiende como derecho subjetivo: individual, social o colectivo; es decir, la persona física (o jurídica, si correspondiere por su especialidad) tiene derecho constitucional de libertad de expresión, de propiedad, al trabajo, a la educación, a la salud, al ambiente sano, a la juridicidad constitucional, etc. Aunque para evitar el empleo del mismo nombre con “derecho constitucional” (como se describe en la sección 2.), se prefiere emplear “derechos fundamentales”, en lugar de derecho/s constitucional/es.

(40) Es decir, el *homo mensura*, una de las célebres afirmaciones de Protágoras. Ver PROTÁGORAS, GORGÍAS, *Fragmentos y testimonios*, Bs. As., Orbis, 1984, p. 51.

3.3 | Concepto de derechos fundamentales

Toda organización constitucional siempre posee una concepción o idea del estado de cosas que existe en el mundo al momento constituyente y de cómo deberían ser en el porvenir. Aunque el mundo no se construye sólo a partir de la experiencia, existen estados de cosas que merecen ser referidos por su omnipresencia: la libertad, la igualdad, la participación política, el trabajo, el desarrollo solidario y la propiedad, y su función social. Expresamente, no se menciona la vida, porque ella es el fundamento de todo; sin ella, todo es irreal, no tiene existencia ni presencia.

Mencionar los estados de cosas constitucionales no es contar una historia. O, en todo caso, genuinamente: es un relato, sin final, sobre el hombre. Las personas interactúan unas con otras, otras sobre otras, en una sucesión indefinida de procesos indeterminados. Los grupos de personas, los núcleos de ciudadanos actuarán siempre “motivados o impulsados por intereses”;⁽⁴¹⁾ las contiendas y negociaciones muestran, de modo cotidiano, la imposibilidad empírica de satisfacer todos los intereses al mismo tiempo. Además, con alardes o sin ellos, ciudadanos, agentes o dirigentes siempre insistirán en mostrar la mejor fórmula con relación al progreso o conservación de cada uno de los siete estados de cosas referidos, o bienes anhelados, o situaciones preferidas. Implicaría un reduccionismo sostener que todo grupo propone alcanzar, conservar o perfeccionar cada uno de esos estados de cosas porque hay muchos otros bienes por alcanzar. La mención de algunos de ellos cumple una función meramente descriptiva, ilustrativa, generadora para la articulación discursiva.

Los derechos fundamentales son el resultado de acciones humanas guiadas o no guiadas. Dichas acciones procuran la construcción de un estado de cosas nuevo en relación al pasado porque pretende reflejar o significar profundamente la conquista de un nuevo Estado que conserva, mejora o desarrolla las condiciones políticas de la existencia humana. Los derechos fundamentales constituyen, concretamente, un puente entre el sujeto o los sujetos y un estado de cosas. Desde tiempo inmemorial el hombre ha construido puentes, con todo tipo de materiales para vincular, intermediar,

(41) BUNGE, MARIO, *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009, p. 137.

cohesionar; en fin, comunicar un espacio con otro espacio territorial. Los derechos fundamentales cumplen la función —inacabada— de vincular un espacio decisional (la política en su estado más puro y rudimentario) con otro espacio (la concreta producción de efectos deseados sobre determinados estados de cosas o bienes que se desea proteger y/o promover). Por eso son puentes: se dirigen a un bien o bienes, y tienen como punto de partida una decisión del poder político. Los derechos fundamentales facultan al sujeto o producen en él la expectativa entre el desarrollo de la decisión política y el concreto goce o disfrute de un bien que jurídicamente quedará protegido o tutelado.⁽⁴²⁾ Significan, entonces, el paso más racional, la construcción humana más perfecta de las conocidas hasta hoy, para superar la zanja abierta entre la decisión política y el bien jurídico constitucionalmente tutelado.

Naturalmente, en todas las comunidades existen notables discrepancias y diferencias entre los bienes y la cotización que merecen. Persisten estos desacuerdos sobre cada uno de ellos, tanto en el imaginario individual de cada uno de los ciudadanos como en el imaginario de la comunidad. Resulta de imposible acceso la idea de que son los derechos fundamentales los que configuran los bienes; más entendible e ilusoria es la vía inversa, es decir, primero, en el ágora democrática se definen los estados de cosas, se prefieren los bienes que se desea mejorar o conservar y, luego, siempre luego, se trazan los puentes —la definición jurídica— para la asequibilidad al bienestar o la seguridad. En palabras bien sencillas: primero, filosofar; luego, decidir; más tarde, organizar jurídicamente.

3.3.1. Justificación de los derechos fundamentales: ¿son los que el Estado define constitucionalmente?

Los derechos fundamentales son constituidos por el sistema de la CFA.⁽⁴³⁾ El poder constituyente produjo una cantidad de derechos fundamentales, alojados en el propio cuerpo de la Constitución federal; otro grupo

(42) Sobre el concepto de bien jurídico, ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL et. al., *Manual de Derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006, pp. 370/378.

(43) El maestro Germán J. Bidart Campos mantuvo otra opinión. En efecto, realizó una enumeración de posibles "fundamentos objetivos" para luego afirmar que el derecho constitucional debía remitirse a uno o más de ellos con el objeto de hacer aterrizar en su ámbito a los derechos fundamentales. Mencionó, entre otros, al orden natural, la naturaleza humana, la idea racional de Derecho justo, la ética, la moral, los valores objetivos y trascendentes, el consenso social generalizado, la tradición histórica de la sociedad y las necesidades humanas en cada

de derechos fundamentales fueron producidos en el ámbito internacional de los derechos fundamentales y gozan de jerarquía constitucional en la República Argentina, al ser validados constitucionalmente en el art. 75, inc. 22, tal como hemos referido en varias oportunidades. Si la finalidad fuese pedagógica, correspondería decir: derechos fundamentales, con raíz constitucional y derechos fundamentales, con jerarquía constitucional, respectivamente.

La génesis de los derechos fundamentales, en la Argentina, se encuentra ilustrada desde 1853 (con el empalme institucional de 1860, que completó la unidad jurídica). Una definición normativa concreta y repleta de racionalidad. En efecto, en la parte primera, capítulo único de la Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el 1 de mayo de 1853, fue definida por el poder constituyente originario la constancia, en el epígrafe "Declaraciones, derechos y garantías". Siete años más tarde, la Constitución federal tuvo adiciones; una regla, el nuevo art. 33 constitucional: "Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumeradas; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". A buen entendedor, sobran las palabras.

La legitimación, específicamente sobre el origen, no se encuentra abierta a debate, porque la propia Constitución federal es autorreferencial; en el art. 31 constitucional, recuérdese, se asevera: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...". Significa que la Constitución federal se refiere a sí misma para concretar el origen de los derechos fundamentales, porque ella misma, la Ley Mayor, es producto de la soberanía de los ciudadanos que integran el mismo pueblo que la engendró y reunió, redactó y, en fin, postuló, en el señalado art. 31, la supremacía de la propia norma constitucional y su consagración como vínculo ineludible para referenciar y reconocer la compatibilidad jurídica de la totalidad de los enunciados del orden jurídico que se escalona debajo.

.....

situación concreta. Añadió, también, que la regla sobre derechos implícitos del art. 33 constitucional prestaba ayuda importante a su estructura argumental. Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de Derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1996, Tomo I, pp. 478/479.

Pienso que “soberanía del pueblo” debería ser leída comprensivamente como el poder de los ciudadanos para producir y realizar la Constitución federal; premisa que se traduce en la reunión explícita de todas las facultades y expectativas ciudadanas, el poder detrás del derecho. Se trata, ni más ni menos, que del derecho de libre determinación para la configuración política y estipulación de las reglas para el desarrollo biológico, económico y cultural de la comunidad.

En conclusión, “forma republicana de gobierno” se traduce normativamente en división del Poder, participación y elección de los gobernantes. Los derechos fundamentales, pues, en cierto sentido, son resultado de la participación política y la concreción normativa institucionalizada. Los derechos fundamentales han sido caracterizados, de modo inteligente, como “fragmentos de la soberanía”.⁽⁴⁴⁾ En el caso de la Argentina, significa soberanía popular más republicanismo.

3.3.2. Derechos fundamentales, derechos subjetivos

Los derechos son derechos subjetivos porque enlazan al ser humano. El ser humano es sujeto de derecho, no objeto. Los derechos fundamentales nacen “cuando deben o pueden nacer”.⁽⁴⁵⁾ La Constitución federal, a partir de 1853, fue tajante en sus definiciones normativas relacionadas con la centralidad de la persona humana: la cabecera del sistema de derechos. Léanse algunos ejemplos: a) en el art. 14 constitucional se refirió: “Todos los habitantes de la Confederación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio...”; b) en el art. 15: “En la Confederación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de la Constitución”; c) seguidamente, en el art. 16, se estableció otra regla capital: “...Todos sus habitantes son iguales ante la ley...”; d) todo ello se coronó con la regla de la libertad contenida en el art. 19 constitucional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero (...) Ningún habitante de la Confederación

(44) Ver BASTIDA, FRANCISCO, “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales”, en la obra colegiada *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 35/38.

(45) Ver BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, pp. 18/19.

será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".⁽⁴⁶⁾

Las constituciones delimitan el mundo jurídicamente posible del mundo jurídicamente indeterminado, que queda fuera de la naturaleza imperativa que establecen sus textos. El hombre se constituyó en el centro del universo del mundo jurídico constitucional, en la Argentina, a partir de su fundación jurídica. La conclusión es lacónica: antropocentrismo constitucional.

Las reglas constitucionales descritas mantienen su validez y vigencia desde 1853 hasta la fecha. El paradigma fue complementado en 1994. A partir de entonces, diferentes reglas alcanzan la jerarquía de Ley Mayor del sistema constitucional de la Argentina. Ensayo, a título de ejemplo, una lectura compartida: a) art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros..."; b) art. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948): "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; c) art. 1, apartado 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): "Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano"; todo ello empalma, de modo concluyente, con d): art. 2, apartado 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto...". Todas estas normas contienen y consagran la idea de que el destinatario, el sujeto de los derechos fundamentales, es el hombre, todos los hombres.

(46) Recientemente, el maestro E. Raúl Zaffaroni ha llamado la atención sobre la pretendida exclusividad del humano como titular de derechos. Al analizar las Constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), respectivamente, refiere que en ambas constituciones la Tierra asume la condición de sujeto de derechos; en forma expresa en la ecuatoriana (Preámbulo y, especialmente, arts. 71 y 72) y algo tácita en la boliviana (Preámbulo y arts. 33 y 34), pero con iguales efectos en ambas: cualquiera puede reclamar por sus derechos, sin que se requiera que sea afectado personalmente, supuesto que sería primario si se la considerase un derecho exclusivo de los humanos. Ver ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *La Pachamama y el humano*, Bs. As., Colihue, 2011, pp. 21, 108, 109, 111 y 134.

Los derechos fundamentales, al igual que el sistema jurídico, son un artificio del cual se sirve el hombre como tecnología de control social,⁽⁴⁷⁾ sin importar si es con fines de conservación o progreso de las condiciones prepolíticas de existencia comunitaria. Los derechos fundamentales son subjetivos porque son atribuidos a los sujetos por el sistema jurídico. Puede haber una larga lista de derechos de los que los seres humanos puedan disponer, de manera independiente de lo que disponga el sistema jurídico positivo del Estado donde viva. Pero, si no están conferidos por el sistema jurídico positivo ni son deducibles implícitamente de él, se trata de derechos morales que quedarán en estado gaseoso, hasta que el ente soberano configure el correspondiente enunciado normativo. Ocurre lo mismo con las garantías respectivas de los derechos. Las garantías, al igual que los derechos, también pueden ser implícitas pero, aun en estos casos, deben ser deducidas a partir del esquema del sistema jurídico cuya ponderación —interpretación mediante— es la que permitiría su reconocimiento.

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico, son conferidos a los hombres por disposiciones jurídicas, es decir, por el sistema de la CFA. Los derechos fundamentales, con su inherente subjetividad, en sentido jurídico, se distinguen de los derechos morales porque los primeros son relativos o pertenecientes al sistema jurídico positivo estatal que los confiere. Los derechos morales también pertenecen a un sistema normativo: el moral. De acuerdo con el lenguaje empleado, los hombres tendrían derechos subjetivos —es decir, derechos fundamentales— cuando los mismos les sean atribuidos —explícita o implícitamente— por el derecho objetivo.⁽⁴⁸⁾

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico constitucional, son conferidos a los sujetos por el Estado y operan ante él y el resto de los habitantes.⁽⁴⁹⁾ Por eso se dice de ellos que son bifrontes o ambivalentes. Básicamente, en sentido jurídico constitucional, un derecho fundamental,

.....

(47) Recuérdese, como bien señalan Ricardo Guibourg y Daniel Mendonca, que el derecho es un medio de control social determinado por la política —es decir, por valores cambiantes, contingentes y a menudo irracionales—, pero para satisfacer el humano afán de seguridad se presenta a sí mismo como un sistema con pretensiones de racionalidad. Ver GUIBOURG, RICARDO y MENDONCA, DANIEL, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 41.

(48) Ver GUASTINI, R., *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 180.

(49) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Bs. As., 2000, tomo I-A, p. 764.

subjetivo, entraña o presupone una obligación correlativa en cabeza de uno u otros sujetos, ya sea el Estado o los particulares, o ambos al mismo tiempo. Naturalmente, las obligaciones podrán ser de hacer o de omitir. Las obligaciones constitucionales que corresponden a los derechos subjetivos, en el caso de los derechos individuales, implican para los sujetos pasivos una obligación de omisión, consistente en que su modalidad de conducta ha de dejar expedita y libre de estorbo el ejercicio del derecho para su titular, absteniéndose de impedirselo, violárselo; en fin, de interferírselo de modo alguno. Las obligaciones constitucionales que reciprocán a los derechos sociales y colectivos consisten, dicho sencillamente, en que el modo de las prestaciones a cargo del sujeto pasivo —el Estado por vía de principio— exige un comportamiento positivo, prestacional, ya sea de hacer o de dar, del mismo a favor del sujeto activo.

Sin embargo, para conferir un derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, no parece bastar con redactar el enunciado normativo atributivo del derecho. El derecho subjetivo, en sentido jurídico constitucional, sólo queda fijado si el deber del sujeto pasivo en cuestión puede ser exigible jurisdiccionalmente. Desde el lado del derecho subjetivo, siempre en sentido jurídico constitucional, puede decirse que el derecho valdrá en forma exacta lo que valgan sus garantías, las que pueden ser entendidas como aquellos mecanismos dispuestos por el sistema jurídico para asegurar la equivalencia entre los enunciados normativos del derecho —en el caso, las disposiciones normativas constitucionales que confieren derechos, presuponiendo la obligación recíproca— y las distintas realizaciones operativas.

3.3.3. Abstenciones y prestaciones

El significado de los derechos fundamentales reside en fijar posiciones o situaciones de la persona en relación con el Estado y también los particulares. Los derechos pueden existir antes de la constitucionalización jurídica, pero la positividad, su validez jurídica, su normatividad, la adquieren a partir de su regulación. Los derechos subjetivos constitucionales son una entidad del sistema de la CFA y gozan de su rasgo de fundamentalidad, precisamente, por su producción y/o validación. No hay derechos fundamentales fuera del sistema de la CFA. Podrán ser legales, pero derechos fundamentales, en sentido jurídico, son los referidos o deducibles de la propia enunciación en la reglamentación constitucional. Más claro: hay de-

rechos constitucionales y derechos legales, pero la fundamentalidad sólo es atribuible a los normados en la Ley Mayor; la calificación constitucional es decisiva.

Los derechos fundamentales contienen la disponibilidad de un poder jurídico. Este apoderamiento jurídico tiene en las letras constitucionales diferentes despliegues, porque los derechos fundamentales trazan la posibilidad de diferentes acciones humanas. En el lenguaje constitucional, los derechos fundamentales involucran acciones humanas. Es muy difícil establecer todos los recorridos. Sin embargo, con fines didácticos es posible imaginar diádas, caminos que pueden transitarse. Dicho de modo comprensivo: permisos y esperanzas; facultades y expectativas; pretensiones y fomentos; libertades y poderes, o abstenciones y prestaciones. Todas ellas contienen una "pizca" de verdad. Tal vez, en la sociedad que precisamente hoy podemos observar —comunidad en la que vivimos—, la fórmula abstenciones (facultades) y prestaciones (expectativas) sería la que mejor dibuja el círculo de los derechos fundamentales; círculo relevante al momento que deba determinarse el correspondiente núcleo y la correspondiente periferia del derecho que se tratare.

Abstenciones, por ejemplo, porque existe una facultad de la persona a que nadie se entrometa en su libertad, o a realizar su propio plan existencial y vital. Prestaciones, por ejemplo, porque envuelven ciertos deberes del Estado, cuya expectativa la persona aguarda con esperanza. Siempre los derechos fundamentales implican un deber; si existe una facultad a realizar mi propio plan de vida, es porque existe una prohibición: un deber de no hacer, estatal y/o privado; si existe una expectativa o ilusión sobre un derecho que implica una prestación, es porque existe un deber estatal de cumplir con la figura.⁽⁵⁰⁾

3.3.4. Derechos enumerados y derechos no enumerados

En el régimen organizado hoy por la Constitución federal hay derechos expresamente enumerados o reconocidos; por ejemplo, los enunciados en los arts. 14 (civiles y participación), 14 bis (sociales y seguridad social), 16 (igualdad jurídica), 17 (propiedad), 18 (acceso a la jurisdicción), 19 (ju-

(50) Ver FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 860/862.

ridicidad, intimidad y privacidad), 20 (extranjeros), 36 (defensa del orden constitucional),⁽⁵¹⁾ 37 (políticos: sufragio), 38 (partidos políticos), 39 (participación democrática, iniciativa), 40 (participación democrática, consulta), 41 (ambiente y contrato generacional), 42 (usuarios y consumidores de bienes y servicios) y 43 (amparo e incidencia colectiva). Hay también derechos y garantías no enumerados o implícitos que nacen, conjuntamente, de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, según la disposición formulada por el art. 33 de la Constitución federal.

3.3.5. Contenidos

Desde otra perspectiva, no ya su mera enumeración o descripción literaria, los derechos fundamentales se distinguen entre: a) los enunciados y producidos propiamente por el poder constituyente en la Constitución federal de la República Argentina, y b) aquellos que son validados por la Constitución federal (también el poder constituyente reformador), en las condiciones de su vigencia y siempre que no deroguen artículo alguno de su primera parte, de conformidad con el art. 75, inc. 22. Ambos grupos, con idéntica jerarquía, componen el sistema de la CFA.

Ateniéndonos estrictamente a la regulación realizada con exclusividad en la Constitución federal, se ha mencionado que en ella se distinguen, por imperativo del art. 20, los derechos civiles de los derechos no civiles.⁽⁵²⁾

.....

(51) "Artículo 36 - Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el artículo 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo.

Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

(52) Ver SAGÜES, NÉSTOR P., *Manual de Derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2012, p. 545.

Este criterio es interesante y correcto, aunque en estas líneas se pretende una distinción de la materia o contenido de los derechos fundamentales alojados con exclusividad en la Constitución federal que siga, a su vez, o se corresponda, precisamente, con los bienes individuales o colectivos sugeridos en el inicio de esta sección 3. (ver 3.3.), cuya preservación, promoción o protección el legislador constituyente decidió producir por deliberación y derecho propio.

A título de ejemplo, se puede recorrer el texto de la Constitución federal. Pese a que el encuentro en esta sección 3 es solamente sobre el concepto de los derechos fundamentales, se ha creído oportuno consignar al pie de página un fallo judicial significativo, trascendente o representativo de la materia pertinente, pronunciado por la CSJN durante el siglo XXI. Por de pronto, la nomenclatura constitucional en el cuerpo principal y, accesoriamente, un aspecto de su realización normativa.

1. Derechos de libertad civil⁽⁵³⁾ y de acceso a la jurisdicción, en paradigma: arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 75, inc. 17.
2. Derechos de libertad y participación política:⁽⁵⁴⁾ arts. 1, 21, 22, 29, 36, 37, 38, 39 y 40.

.....

(53) La CSJN, el 25/08/2009, en la causa "Arriola, Sebastián y otros", con sustento en la doctrina del fallo "Bazterrica" (Fallos: 308:1392) y el DIDH, declaró que el art. 14, párr. 2, de la ley 23.737 debía ser invalidado, pues conculca el art. 19 de la Constitución federal, en la medida en que invade la esfera de la libertad personal excluida de la autoridad de los órganos estatales. La declaración de inconstitucionalidad de esa disposición legal en cuanto incrimina la tenencia de estupefacientes para uso personal que se realice en condiciones tales que no traigan aparejado un peligro concreto o un daño a derechos o bienes de terceros y la exhortación a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país, fue firmada por los jueces Elena Highton de Nolasco, E. S. Petracchi (según su voto), R. L. Lorenzetti (según su voto), C. S. Fayt. (según su voto), E. R. Zaffaroni (según su voto) y C. Argibay (según su voto). Doctrina registrada en CSJN, Fallos: 332:1963.

(54) El 17/03/2009 la CSJN, en los autos "Partido Nuevo Triunfo", consideró que la decisión del tribunal de alzada de negar reconocimiento político a una agrupación que se basa en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, y que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc. por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida, no hace otra cosa que respetar estrictamente el mandato de la Constitución y los instrumentos internacionales de DDHH. Con el voto de los jueces R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, E. S. Petracchi, J. C.

3. Derecho de igualdad:⁽⁵⁵⁾ art. 16; igualdad real de oportunidades: art. 75, inc. 23, primer apartado.
4. Derechos sociales; trabajo⁽⁵⁶⁾ y la seguridad social:⁽⁵⁷⁾ arts. 14 bis y 75, inc. 23.

Maqueda, E. R. Zaffaroni, C. Argibay y C. Fayt, se confirmó la sentencia en cuanto fue materia de apelación federal. Ver CSJN, Fallos: 332: 433.

(55) En la causa "Gottschau" la CSJN, el 08/08/2006 afirmó que el art. 16 de la Constitución federal, en lo que interesa, dispone: "Todos sus habitantes [de la República Argentina] son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad...". Esta norma impone un principio genérico (igualdad ante la ley de todos los habitantes) que no impide la existencia de diferencias legítimas. El Tribunal lo ha dicho desde antaño: la igualdad establecida por el art. 16 de la Constitución no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros). El ámbito del art. 16 de la Constitución federal admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación. Todo ello en tanto no se altere lo central del principio que consagra: la igualdad entre nacionales y extranjeros, todos ellos "habitantes de la República". La resolución fue suscrita por los jueces E. S. Petracchi, C. S. Fayt, E. R. Zaffaroni, R. L. Lorenzetti, C. Argibay, E. I. Highton de Nolasco y J. C. Maqueda, según sus votos, respectivamente; registrado en CSJN, Fallos: 329:2986.

(56) La CSJN, en la causa "Vizzoti", el 14/09/2004, aseveró que los derechos constitucionales tienen, naturalmente, un contenido que, por cierto, lo proporciona la propia Constitución Federal. De lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra el mentado control: que la Constitución federal de la República Argentina enuncia derechos huecos a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Todo ello explica que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional. Explica también que, al reglamentar un derecho constitucional, el llamado a hacerlo no pueda obrar con otra finalidad que no sea la de dar a aquél toda la plenitud que le reconozca la Constitución federal. Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28, Constitución federal), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (art. 75, inc. 23, Constitución federal). El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto (Fallos: 301:319, 324/325, considerando 5). El fallo fue suscrito por los jueces A. C. Belluscio, E. Petracchi, C. Fayt, A. Boggiano, J. C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni y E. I. Highton de Nolasco, y se encuentra registrado en CSJN, Fallos: 327:3677.

(57) En la causa "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios", la CSJN (registrada en Fallos: 330: 4866), el 26/11/2007, reputó que la Constitución federal ha reconocido el derecho a la movilidad en el beneficio jubilatorio, no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo. Ese mandato debe ser cumplido con el alcance exigido por el art. 14 bis de la Constitución federal, razón por la

5. Derecho al ambiente⁽⁵⁸⁾ y contrato generacional,⁽⁵⁹⁾ en el modelo constitucional contenido en el art. 41.
6. Derechos de incidencia colectiva,⁽⁶⁰⁾ desarrollo científico, progreso económico con justicia social: arts. 43 y 75, incs. 18 y 19.
7. Derecho de propiedad⁽⁶¹⁾ y su función social: arts. 14, 17 y 75, incs. 18, 19 y 23.

.....

cual, para conferir eficacia a la finalidad protectora de la ley fundamental, su reglamentación debe guardar una razonable vinculación con los cambios que afectan al estándar de vida que se pretende resguardar, lo que no sucede si el régimen en cuestión termina desconociendo la realidad que debe atender, con correcciones en los haberes que se apartan por completo de los indicadores económicos. La sentencia fue suscrita por los jueces R. Lorenzetti, E. I. Highton de Nolasco, C. S. Fayt, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni.

(58) En la causa "Mendoza", del 08/07/2008, la CSJN consideró que la recomposición y prevención de daños al ambiente, de conformidad al art. 43 de la Constitución federal, obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. La resolución fue suscrita por los jueces R. L. Lorenzetti, C. S. Fayt, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni, C. Argibay y E. I. Highton de Nolasco; registrada en CSJN, Fallos: 331:1622.

(59) El 26/03/2009, en la causa "Salas", los jueces consideraron que el principio precautorio en materia ambiental, arraigado en la Constitución federal, produce una previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. La aplicación de este principio implica armonizar la tutela del ambiente y el desarrollo mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso sino, por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras, en los términos prescritos por el art. 41 constitucional. Suscribieron el fallo los jueces R. L. Lorenzetti, E. I. Highton de Nolasco, C. S. Fayt, E. S. Petracchi, J. C. Maqueda y E. R. Zaffaroni; registrado en CSJN, Fallos: 332:663.

(60) En la causa "Halabi" los jueces de la CSJN entendieron que correspondía delimitar con precisión, sobre la base del art. 43, tres categorías de derechos descritos por la Constitución federal: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. En el supuesto de los derechos mencionados en tercer término, al advertir que no existe en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase para protegerlos, con la necesidad de dar una respuesta jurisdiccional y sin reservas, el Más Alto Tribunal insinuó en su fallo los datos normativos "elementales" que debería contener la futura regulación normativa de la materia a cargo del Congreso federal. CSJN, Fallos: 332:111, causa resuelta el 24/02/2009, pronunciamiento suscrito por los jueces R. L. Lorenzetti, E. Highton de Nolasco, J. C. Maqueda, E. R. Zaffaroni; en disidencia parcial: C. Fayt, C. Argibay y E. S. Petracchi.

(61) En la causa "Provincia de San Luis" la CSJN, el 05/03/2003, dijo que la controversia que subyacía en ese proceso se había visto reiterada en más de cien mil causas que tramitaban ante los tribunales de todo el país, reveladoras de la aguda tensión existente entre una cantidad significativa de ahorristas, el Estado Nacional y las entidades financieras. Desde esa perspectiva consideró que, si bien el Estado puede reglamentar el derecho de propiedad (art. 28, Constitución federal), el ejercicio de esa facultad no puede conducir a disminuir sustancialmente el valor de una cosa. Reiteró sus propios precedentes: el contenido del derecho fundamental de propiedad se vincula con la noción de derechos adquiridos, o sea, de derechos definitivamente incorporados al patrimonio de una persona (Fallos: 312:1121). De ahí que también el Tribunal

3.3.6. Invención

Finalmente, en el orden instaurado por el sistema de la CFA, las personas y, excepcionalmente, los grupos de personas —o sea, quienes integran la población del Estado— son quienes titularizan activamente los derechos y garantías, de fuente directa o de jerarquía constitucional. Ello, sin que implique reducción, pues, derecho constitucional —entendido como derecho subjetivo fundamental cuyo reconocimiento el sistema confiere a los sujetos de derechos— es acuñado por éste como derechos de libertad, igualdad y solidaridad. Al fin y al cabo, es una de las invenciones más importantes del pensamiento ilustrado de los siglos XVII y XVIII, que se puede formular normativamente con amplitud y realizar, en forma parcial, por nuestros días. Porque, fundamentalmente, todos somos iguales en libertad; no hay escritura o formulación más simple: soberanos de nuestra ciudadanía, individual, inalienable, indisputable y disponible para concretar el ideal republicano y el democrático, como un debate permanente sobre sus propios fundamentos.

4 | Discurso del saber que describe o prescribe sobre la Constitución

4.1 |

La delimitación propuesta en la sección 1 ahora se aprecia con gran intensidad. “Derecho constitucional” ofrece un tercer sentido, un tercer campo

.....
 haya sostenido que “cuando bajo la vigencia de una ley un particular ha cumplido todos los actos y obligaciones sustanciales y requisitos formales previstos en ella para ser titular de un derecho, debe tenérselo por adquirido, y es inadmisibles su modificación por una norma posterior sin agravar el derecho constitucional de propiedad” (Fallos: 296:737; 299:379; 303: 1835 y 1877; 307:305). También se puntualizó que la CSJN, desde antiguo, ha admitido restricciones al ejercicio del derecho de propiedad —no a su sustancia— en situaciones de emergencia, reconociendo la validez de la fijación de plazos o la concesión de esperas como una forma de hacer posible el cumplimiento de las obligaciones a la vez que de atenuar su gravitación negativa sobre el orden económico e institucional y la sociedad en su conjunto (Fallos: 136:161). Aun en situaciones de normalidad institucional, ha aceptado la validez de los límites en la afectación del patrimonio más allá de los cuales se encontraría comprometida la garantía del art. 17 de la Constitución federal (Fallos: 210:172; 220:699; 234:129; 239:157) y ha sentado pautas por las que, en situaciones de grave crisis, el perjuicio debe ser soportado, en alguna medida, por todos los integrantes de la sociedad (Fallos: 313: 1513, considerandos 58 y 59). La resolución judicial fue suscrita por los jueces G. López y E. Moliné O’Connor, C. Fayt (según su voto), A. Vázquez (según su voto) y J. Nazareno (según su voto); registrada en CSJN, Fallos: 326:417.

con significado propio, en lo que pareciera una polisemia compleja de contener. En cualquier caso, precisamente, las diversas significaciones son las que justifican, de modo profundo, las razones y observaciones comprendidas en este escrito.

Fijar con precisión el sentido de “derecho constitucional”, empleado como rama del saber o ciencia jurídica, es la tarea en esta sección. Si en la sección 2 las descripciones se realizan sobre un “objeto de estudio”, ahora es el momento de decidir la entidad y algunas propiedades del estudio del objeto. Pocas disciplinas, rigurosamente, afrontan esta delicada calificación en la que el estudio del objeto y el objeto del estudio pueden asomarse con el mismo apodo. Sin adelantar: “derecho constitucional” se emplea también para designar o distinguir la disciplina, es decir, la ciencia o saber que hace de la conformación, variaciones y/o postulaciones sobre la realidad constitucional su objeto de estudio. De manera más simple todavía: si el derecho constitucional es una combinación de enunciados normativos y no normativos sobre la organización fundamental del Estado, su conocimiento (derecho constitucional) se lleva a cabo por intermedio de declaraciones (descripciones) o determinaciones (prescripciones); en fin: ideas expresadas, mayormente, como proposiciones. Es verdad: “una conciencia agudizada de las palabras”⁽⁶²⁾ aumenta nuestras posibilidades de conocer el mundo. Nótese la importancia de las conceptualizaciones o formulaciones terminológicas, siempre que no contengan el pecado original de la caída en la regresión infinita; es decir, cuando la definición no autoriza avanzar en el conocimiento. El jurista no se encuentra preocupado sólo por el buen o mal uso del lenguaje; su tarea principal es la construcción de modelos que, significativamente, se apodan “teóricos”.

Para explicar la realidad propuesta por la norma constitucional, un discurso explicativo, fundado en soportes más vigorosos que el mero conocimiento vulgar.

4.2 |

Se renuncia de antemano a reducir todos los significados de derecho constitucional, en la inteligencia o referencia que pueda proponer o acon-

(62) La frase se le atribuye a J. L. Austin y su cita proviene de HART, H., *El concepto de derecho*, trad. de G. Carrió, Bs. As., Abeledo Perrot, 1992, p. 12.

sejar a su apodo como estudio del objeto. Se discurre, en estas líneas, por los que comprensivamente se vinculan y atesoran en los estatutos propios del escrito, porque todo conocimiento del mundo es siempre incompleto y falible.

4.3 |

Conocer el “derecho constitucional” exige delinear una realidad jurídica. Más simplemente: determinar qué entes serán estudiados y qué entes no lo serán. Dado que la fijación ontológica o la determinación del “universo de entes” decide el ámbito de comprensión y de proyección del propio saber, corresponde distinguir con claridad los entes abarcados y los entes excluidos.⁽⁶³⁾ Pero esa distinción no genera la construcción de los entes porque el objeto de estudio ya existe. El discurso que delimita es un discurso de presentación o descripción, no de construcción del objeto de estudio, ya que la regla es que el estudio del objeto no puede constituir el objeto, salvo inconsistencia fatal y terminal (queda a salvo, desde luego, la consideración que se formaliza, adelante, en el parágrafo 4.10). La constitución alinea los entes; el discurso los describe, a veces, con abstracciones prescriptivas.

4.4 |

Para llevar adelante su tarea, los constitucionalistas, los juristas —en fin, los estudiosos del derecho— germinan un discurso sobre el programa prescriptivo que compone el sistema jurídico constitucional de un Estado. Aunque también se puede leer más abajo otras tareas científicas, tales como la historia o los planteos abstractos generales con sesgos o pretensiones de universalidad.

4.5 |

En la sección 2 se concreta una significada determinación: el contenido del sistema de la CFA. El derecho constitucional que emana del sistema de la CFA es creado por el poder constituyente o tiene validación seme-

(63) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL et. al., *Derecho Penal*, Bs. As., Ediar, 2006, pp. 23/30.

jante por él. Ciertamente: las reglas constitucionales muchas veces son ambiguas, pero dicha cualidad no autoriza discernir o suprimir la distancia existente entre la creación o formulación de una regla y su realización por la vía de la interpretación, o simple acatamiento o cumplimiento. Es decir: la concreción interpretativa que realiza la regla es libre, pero se entiende por sí solo que dicha libertad tiene como limitación el propio sentido finito de la regla constitucional dada, creada, configurada, producida, sancionada y publicada. ¿O acaso es tarea semejante o idéntica formular, establecer que interpretar, discernir el sentido de la regulación normativa? La distinción fundamental no plantea un aviso insensato, porque demuestra el propio campo de cada tarea jurídica.

4.6 |

Determinar el contenido del sistema de la CFA no constituye ninguna gala incomparable del universo o mundo jurídico; eso sí: despierta la necesidad de fundamentar su análisis y/o evaluación. Sobre el sistema de la CFA o sobre cualquier sistema jurídico se pueden desenvolver dos tareas: su descripción y/o su prescripción.

Describir el sistema de la CFA consiste en presentar o mostrar el campo o ámbito de su regulación normativa. El conglomerado o combinación de reglas del sistema de la CFA tiene una propia entidad; la propia entidad de cada una de sus posibilidades normativas, aunque no sean todas conocidas de antemano, pueden ser conjeturadas, descritas o mostradas. La descripción del sistema de la CFA culmina en el mismo momento que el intérprete abandona el marco de referencia normativo para pasar a postular, según su propio credo, cómo debería ser el sistema.

4.7 |

Si se aceptase que una teoría⁽⁶⁴⁾ es un cuerpo de proposiciones racionales, exactas y verificables, organizadas lógicamente entre sí, que procura adaptarse a una clase de hechos, podría admitirse el empleo de la fórmula

.....

(64) BUNGE, MARIO, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., Sudamericana, 1998, pp. 11, 19 y 35. Ver también del mismo autor, *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1982, p. 179; y *Las ciencias sociales en discusión*, Bs. As., Sudamericana, 1999, p. 383 y ss.

“teoría constitucional” en un sentido muy débil y como sinónimo de “derecho constitucional”, o más concretamente, como el estudio, la concreta descripción organizada del objeto “sistema de la CFA”.

La debilidad manifestada puede consistir en las dificultades que se originan para la resolución de alguno o ambos de estos interrogantes: a) ¿las predicciones o retrodicciones que puede formular la teoría constitucional son comprobables empíricamente?; b) el establecimiento de las relaciones que responden a las tareas de ubicación y, por ende, de jerarquización intrasistémica entre las reglas constitucionales y las reglas infraconstitucionales, ¿es susceptible de ser demostrado científicamente? Nadie saldría herido si se estipulase que el rango epistemológico del discurso de los constitucionalistas sobre su objeto de investigación y estudio —en fin, sobre las tareas que cumplen—, fuera el de doctrina o interpretación; mejor dicho: el de saber constitucional.

4.8 |

Entender la tarea de descripción como un saber⁽⁶⁵⁾ implica su comprensión abierta como un “contacto con la realidad con el fin de discriminarla” y, muchas veces, discernirla. Saber es sustantivo. Puede equipararse a conocimiento pero, para evitar equívocos, se insiste en que se trata de un conocimiento basado en una serie de operaciones definidas, en un desarrollo histórico concreto y en elementos que autorizan la objetivación de lo conocido y la universalización de lo sabido.

Objetivación, porque las tareas lógicas que se deben cumplir para sistematizar los enunciados que conforman el discurso del sistema jurídico constitucional son tan evidentes como indispensables. Esta circunstancia otorga entonces un grado muy importante de plausibilidad a la elección realizada. La concepción del derecho que surge del sistema de la CFA como un sistema lógico importa admitir la existencia de innegables relaciones entre las disposiciones o reglas jurídicas; la referencia: relaciones de deducción o implicación y contradicción.⁽⁶⁶⁾ La suprema-

(65) Ver FERRATER MORA, JOSÉ, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2009, t. IV, p. 3141.

(66) Ver HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 37. También, ALCHOURRÓN, CARLOS y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As. Astrea, 1998, p. 111 y ss.

cía matricialmente ordenada en el art. 31 constitucional configura una firme determinación lógica y establece un escalonamiento de las reglas, cuya aceptación es obligatoria e imposible de esquivar para cualquier intérprete, estudioso o realizador del derecho federal de la República Argentina.

Universalización, porque el discurso de los juristas —específicamente, la literatura producida por los constitucionalistas— es un metadiscurso que tiene por objeto un discurso fuente adoptado universalmente; es decir, el orden propiamente determinado de modo normativo por el poder constituyente en el sistema de la CFA. Paralelamente, se podría asumir que el carácter fáctico de las proposiciones jurídicas que integran el discurso de los juristas, cuando éstos llevan a cabo la descripción del sistema jurídico constitucional, fuese susceptible de corroborarse, hasta cierto punto, y deslindar su gradación de verdad o falsedad. Por ende, el saber constitucional es un conocimiento para la comunidad porque se encuentra en el mismo seno y referido en la misma sociedad en que se produce; sus afirmaciones son vertidas para el universo de ciudadanos que coexisten en la sociedad precisamente elegida.

4.9 |

Radicado en la sospecha ontológica de que la realidad es única y el mundo existente resulta independiente del sujeto cognoscente, en este trabajo se utiliza la fórmula “saber constitucional” en el sentido propuesto. Naturalmente, “dogmática constitucional”, “teoría constitucional” o hasta “interpretación constitucional” juegan como posibilidades; no obstante, aunque el saber constitucional es quizá el resultado de una elección, no por ello pierde el liderazgo emergente de su capitanía.

4.10 |

También sobre el sistema de la CFA pueden realizarse prescripciones; es decir: valoraciones o cotizaciones sobre cómo debería ser la realidad constitucional, no sobre cómo efectivamente es en realidad. Este tipo de formulaciones no describe la realidad constitucional sino que pretende influir en ella. Asume, de modo consistente, la ruta literaria como ideología o política constitucional.

Una vez establecido esto, he aquí que en variadas circunstancias el sistema de la CFA no determina el camino a seguir como si fuese una inexpugnable y certera brújula. La norma constitucional regula abiertamente: no es matemática pero tampoco un viejo carruaje. Nada en la vida el hombre se encuentra totalmente determinado; ergo, las reglas fundamentales por él creadas siempre contendrán un margen provocativo de indeterminación, porque la determinación nunca puede ser “completa”.⁽⁶⁷⁾ Quiero decir, sin remilgos, que entre los “millares de causas entreveradas”⁽⁶⁸⁾ o no entreveradas que puede abarcar el universo de la norma constitucional, existirán o podrán existir operaciones interpretativas claramente basadas en un juicio de valor antes que en una mera descripción. La imperfección del lenguaje normativo y la evolución propia de la comunidad acompañan o dan lugar a este tipo de circunstancias. Se estará en presencia, en estos supuestos, de una teoría normativa (tópica) de la Constitución y no otra cosa, porque ese nombre le doy.

4.II |

Parecerá curioso pero, a pesar del distingo y las precisiones formuladas, la expresión “teoría constitucional” sigue estando provista de complejidades semánticas, ya que admite al menos otros dos significados.⁽⁶⁹⁾

4.11.1

Puede ser utilizada como sinónimo de “teoría general del derecho constitucional”, o teoría general, seca y pulcramente. No tiene apego a un sistema normativo en especial ni particular. Sus tesis, por eso, son generales. Se mencionan singulares disertaciones que pueden constituir un ejemplo preferencial: a) una teoría del control de constitucionalidad de las normas,

(67) KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, 2da. ed., México DF, Porrúa, 1998, p. 350.

(68) BORGES, JORGE LUIS, “El impostor inverosímil de Tom Castro”, en *Obras completas. Tomo IV*, Sudamericana - La Nación, Buenos Aires, 2011, p. 30.

(69) Héctor Fix Zamudio y Salvador Valencia Carmona entienden que el derecho constitucional ha alcanzado una madurez notable, y que los principales aspectos que abarca este estudio enciclopédico y universal son los siguientes: a) derecho constitucional general (teoría de la Constitución); b) derecho constitucional comparado; c) derecho constitucional particular (FIX ZAMUDIO, HÉCTOR y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa, México, D.F., 2001, pp. 41/44).

referencia concreta al debate entre Hans Kelsen y Carl Schmitt;⁽⁷⁰⁾ b) un determinado sistema de gobierno, por ejemplo, cuando Raúl Zaffaroni se refiere al parlamentarismo;⁽⁷¹⁾ c) la realización del derecho constitucional, según la visión de Peter Häberle;⁽⁷²⁾ o d) la propuesta de Bidart Campos sobre las cualidades de la regla constitucional.⁽⁷³⁾

.....

(70) Hans Kelsen participó significativamente en la configuración de la Constitución federal de la República democrática de Austria (1920), cuyas leyes emanaban del pueblo, según se determinó en su art. 1. Especialmente influyó en la formulación de las normas sobre control de constitucionalidad; en sus arts. 137/148, se estableció la centralización, reservando el control constitucional de las leyes y reglamentos a una corte especial, el llamado Tribunal Constitucional. La Constitución confirió a ese Tribunal el poder de anular la ley que hubiera encontrado inconstitucional. En 1928 Kelsen aseveró que la justicia constitucional es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen como fin asegurar el ejercicio de las funciones estatales. Y remató: el control de regularidad constitucional no puede ser confiado a ninguna instancia más que la jurisdicción constitucional (Ver KELSEN, HANS, "La garantía jurisdiccional de la constitución", en *Revista Latinoamericana de Derecho procesal constitucional*, n° 10, 2008, traducción de R. Tamayo Salmorán, corregida por D. García Belaunde, pp. 6 y 26). Por su parte, en 1931 fue publicada *La defensa de la Constitución* de Carl Schmitt, estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución. Su tesis, enrolada en el aniquilamiento de la normatividad, fue que ningún Tribunal de Justicia puede ser el Guardián de la Constitución, y en su lugar sostuvo que el Presidente del Reich, esto es el Jefe del Estado, era quien debía cumplir únicamente con dicha tarea (la obra ha sido publicada en nuestra lengua por Tecnos, Madrid, 1983, con traducción de M. Sánchez Sarto. Ver en especial, pp. 28, 52, 57, 61, 62, 63, 71, 72, 83, 89/93, 100, 114, 213 y ss., 225 y 249-251). La confrontación no se hizo esperar. Pocos meses después, Kelsen le formuló sus observaciones críticas en su trabajo *Quién debe ser el defensor de la Constitución* (publicado también por Tecnos, Madrid, en 1995, con traducción de R. Brie). Para Kelsen, la fórmula propuesta por Schmitt era verdaderamente impensable (p. 14). Insistió en que la defensa de la Constitución puede tener realización a través del control jurisdiccional de la misma, efectuado por un Tribunal Constitucional (pp. 23 y 33), aunque paralelamente advirtió la necesidad de que las constituciones eliminen las fórmulas vagas, imprecisas y genéricas que dan lugar a la libre interpretación del tribunal, lo que supondría el peligro de desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto por la Constitución, hacia una instancia ajena a él, que puede ser la expresión de fuerzas políticas totalmente diversas a las expresadas por el parlamento (p. 34). Kelsen sostuvo que el sistema parlamentario no ha fracasado en absoluto en todas partes, pero que Schmitt pronunció la pena de muerte contra el parlamentarismo, sin limitaciones ni fundamentos (pp. 78/81).

(71) ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, "Elogio del parlamentarismo", en *Le Monde Diplomatique*, Bs. As., agosto de 2007.

(72) HÄBERLE, PETER, "La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y 'procesal' de la Constitución", en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n° 11, Bs. As., Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, pp. 29/61.

(73) BIDART, CAMPOS, GERMÁN, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995.

.....

4.11.2

También es una actividad de la teoría general la elaboración de una noción abstracta de constitución desprovista de las peculiaridades normativas de un sistema jurídico estatal concreto. El mismo itinerario se recorre cuando se formulan inquietantes preguntas respecto de si es verdad que existen especificidades o peculiaridades en la tarea de interpretación constitucional y, en su caso, cuál o cuáles son las propiedades que distinguen la tarea de interpretar el sistema jurídico constitucional del Estado de cualquier otro fragmento o rama del sistema jurídico estatal. Puede advertirse que, en este campo, las dificultades para la estructuración de la teoría general son inmensas; aunque no parecen imposibles de afrontar, por cierto, con moderado éxito.

4.11.3

Se trata, en todos los casos, de categorías jurídicas básicas del Derecho constitucional; sus proposiciones tienen una órbita de aplicación que excede, por vía de principio, el análisis y ponderación de determinado sistema constitucional estatal.⁽⁷⁴⁾ Entre las categorías más destacadas, desde luego, cabe mencionar: derechos fundamentales, sistemas de gobierno, forma política de Estado, modelo de control de constitucionalidad, legislación y participación e incremento del poder de los ciudadanos.

4.12 |

En pie de igualdad con el estudio de las categorías jurídicas básicas, también el derecho constitucional comparado se propone cotejar las disposiciones de los diferentes órdenes constitucionales estatales, tratando de poner en evidencia tanto sus simetrías más características como así también sus asimetrías más relevantes. Por esta vía comparativa se intenta alcanzar la postulación de ciertas regularidades que encuentren efectiva normación o regulación en los diferentes sistemas jurídicos. El saber de la comparación de sistemas constitucionales, el derecho cons-

(74) Manuel García Pelayo puntualizó la existencia de un derecho constitucional general (Teoría General del Derecho Constitucional democrático liberal) que se hizo posible gracias a la extensión de este régimen a todos los Estados y la consiguiente unificación de la imagen jurídica del mundo, expresada en una especie de Derecho constitucional común (ver GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1987, p. 21).

titucional comparado, como bien se advierte,⁽⁷⁵⁾ enfrenta una serie de problemas: a) para qué se compara —problema de la función—; b) qué se compara, —problema del objeto—; y c) cómo comparar —problema del método—. Tener muy en cuenta esta proposición sistemática alienta, sin dudas, el horizonte de proyección y los resultados de la comparación de sistemas constitucionales. Pareciera aconsejable reservar el apodo “derecho constitucional comparado” para esta forma de disertación del pensamiento científico.

4.13 |

En resumen: saber constitucional, teoría (normativa) del derecho constitucional, teoría general del derecho constitucional y derecho constitucional comparado son los apodos o denominaciones de las diferentes rutas discursivas que transita el conocimiento y la disertación sobre el derecho de la constitución. Un saber tópico, si circunscribe su indagación y reflexión al análisis estructural de las reglas que configuran el sistema constitucional específico de un Estado en particular. Un saber con pretensiones universalistas, si se atiene a la meditación de la organización fundamental que intenta instrumentar la constitución.

5 | Comentario final. Colores primarios

Uno. Había empezado a escribir con un objeto: distinguir los ámbitos de comprensión discursiva de “derecho constitucional”. La trama se abrió en las secciones II, III y IV. Ahora, línea tras línea, el discurso se puede retener, simplemente, sin intrusiones, con una representación didáctica, una última invitación que ofrece una analogía con los colores primarios. Desde el siglo XVII⁽⁷⁶⁾ se consideran colores primarios, simples, porque no resultan por composición de ningún otro. En modo equivalente, puede hablarse ya no

(75) Ver DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho constitucional comparado*, Bs. As., Universidad, de Buenos Aires, 2005, p. 2.

(76) En todo discurso existe referencia, un punto de apoyo. Aquí: “A Letter of Mr. Isaac Newton, Professor of the Mathematicks in the University of Cambridge; containing his New Theory about Light and Colors...”, contribución publicada en 1672 en *Philosophical Transactions of the Royal Society*, n° 80, pp. 307573087. Hay una versión en nuestra lengua nativa: DE ASÚA, MIGUEL, “El primer trabajo de Newton sobre su teoría de la luz y los colores”, en *Ciencia Hoy*, Asociación Civil Ciencia hoy, vol. 10, n° 58, 2000, Bs. As., pp. 16/27.

de tres sensaciones de colores primarios, sino de tres orientaciones discursivas: derecho constitucional, derechos fundamentales y saber constitucional.

Dos. Los hombres elaboran constituciones porque necesitan afirmaciones básicas, determinaciones fundamentales. Una suerte de alquimia comunitaria. Edifican determinaciones normativas para poner en cierto orden a la libertad y determinada regulación al poder, con ilusión de igualdad o justicia. Recuerdo inquietudes, que no son tempranas. Tienen más de 2300 años y fueron ensayadas por Platón: ¿puede una Constitución o ley abarcar con exactitud lo mejor y más justo para todos a un tiempo, y prescribir así lo más útil para todos? Admitida la desemejanza e inherente dinámica de las acciones humanas, ¿puede revelarse un arte, cualquiera que fuese, que determine que un asunto sea simple y valga en todos los casos y en todo tiempo?⁽⁷⁷⁾ La estructura y movimiento en este cierre discursivo aliena introducir, también, preguntas, cuya entidad parece perenne, porque ningún ente mundano o universal constituye ni posee “sabiduría suprema e infinita”, contrariamente a aquello ideado.⁽⁷⁸⁾

Tres. “Derecho constitucional” hace referencia al conjunto de disposiciones enunciadas tanto en el texto de la Constitución federal como en las que se encuentran fuera de su texto y provienen de fuentes internacionales que gozan de jerarquía constitucional; a lo que se suma la interpretación judicial que se les haya asociado como significado, tal como se puntualiza más arriba en la sección 2. Todo reunido: el sistema de la CFA.

Cuatro. El sistema de la CFA es básicamente objeto de interpretación porque su delimitación viene determinada por la fuente de producción constituyente. No puede dejar de considerarse que, en contadísimas ocasiones —a veces más de las deseadas— también el derecho constitucional es producido por la vía de la interpretación judicial, en razón de la generalidad normativa de la disposición elaborada por los jueces de la CSJN, generalidad y tipicidad no prevista por el poder constituyente.

Cinco. Se reserva, pues, derecho constitucional para definir a la combinación o conglomerado normativo, tal como se puntualiza en la sección 2; su

.....

(77) PLATÓN, *Político*, Madrid, Gredos, 2007, p. 571.

(78) Ver LEIBNIZ, GOTTFRIED (*Discurso de metafísica*, op. cit., p. 53), quien la atribuye a Dios.

principal deber es poner orden fundamental en la coexistencia humana, reglar la fuerza estatal e imponer que el Estado no cause “daño”⁽⁷⁹⁾ a las personas o que ellas lo causen entre sí, porque ésta es la primera lección de la constitucionalidad.

Seis. Los derechos subjetivos que se presentan en formas de pretensiones, potestades o esperanzas son conferidos, justificados jurídicamente, por los sistemas constitucionales. Se confieren a las personas o a los grupos de ellas. Las constituciones conjugan a tales derechos subjetivos como derechos de libertad —que son derechos o facultades de comportamientos propios a los que corresponden prohibiciones o deberes públicos de no hacer— y derechos sociales —que son derechos o expectativas de comportamientos ajenos a los que deberían corresponder obligaciones o deberes públicos de hacer—. A partir de dicha fórmula descriptiva, cuando un sistema jurídico constitucional no incorpora garantías que aseguren la eficacia del derecho subjetivo, es muy probable que éste quede en estado gaseoso.

Siete. Derechos fundamentales queda reservado, entonces, para la descripción inteligible de los derechos subjetivos, ya sean individuales, plurales o colectivos, cuya fundamentalidad confiere el sistema de la CFA.

Los derechos fundamentales que confiere el texto de la Constitución federal pueden agruparse en un septeto; clase que aumenta en forma notable si se conjugan los propiamente conferidos por el DIDH y que gozan de jerarquía constitucional.

Ocho. “Saber constitucional” es el discurso sobre los entes creados y desarrollados por el sistema de la CFA. Un saber que asume o se presenta, según los casos, en forma de doctrina, interpretación o dogma, y que analiza y/o pondera, empleando la observación, la comprensión o la mera cotización, el sistema de la CFA. Un saber fundamentalmente sobre el derecho constitucional que es; circunstancialmente, del que debe ser. Saber que trata objetivamente una ordenación jurídica positiva, en nuestro caso: el sistema de la CFA.

Nueve. Por su parte, las categorías jurídicas básicas son estudiadas por la teoría general del derecho de la constitución y constituyen un objeto de

(79) CICERÓN, MARCO TULLIO, *Tratado de los deberes*, trad. de J. S. Cruz Teijeiro, Madrid, Editora Nacional, 1975, p. 45.

presentación y/o evaluación. El saber de la propia comparación de los sistemas normativos constitucionales, el derecho constitucional comparado, tiene también su estatus y reconocimiento científico.

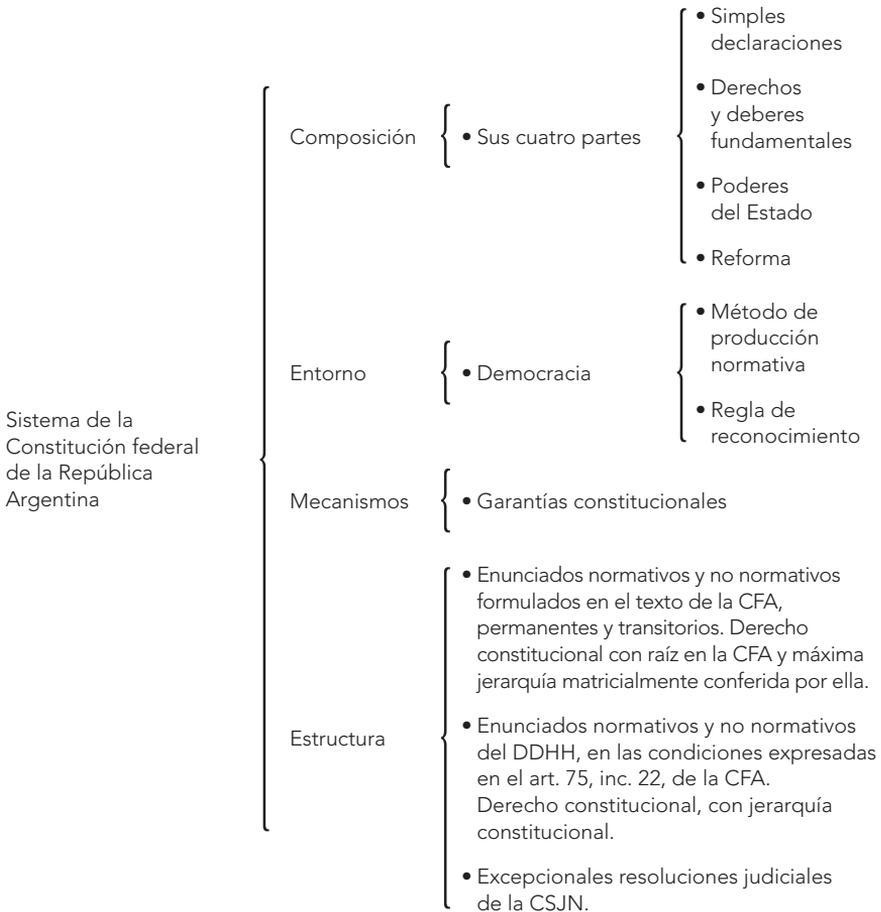
Diez. Finalmente, describir y decidir en torno de los rasgos básicos del derecho constitucional no implica que tales actividades queden sólo en manos de los operadores o científicos del derecho, según el caso: presidentes, legisladores, jueces, fiscales, defensores —en suma, servidores públicos—; abogados, profesores y doctos en la materia. Francamente, comparto la idea de que el significado de la Constitución tiene que descansar en manos de “la sociedad abierta”⁽⁸⁰⁾ de los realizadores “constitucionales”: todos los órganos del Estado, todos los grupos, pero principalmente todos los ciudadanos, tal como se ha postulado, con inteligencia, desde 1975.⁽⁸¹⁾ No debe existir un número cerrado de realizadores de la Constitución, porque su acatamiento, cumplimiento o interpretación es un asunto inherente a toda la ciudadanía, en la medida en que todos los ciudadanos quedan sometidos a la fuerza normativa e imperio de la norma constitucional. Alentar una sociedad abierta de los realizadores del sistema constitucional estimula, sin dudas, el debate público, y éste a su vez pone de manifiesto la participación que, al mostrar signos de cohesión, puede inducir, razonablemente, la estabilidad jurídico-constitucional; es decir, una comunidad dispuesta a vivir, a regirse por reglas, antes que en descuido o inobservancia de ellas. Pensar de este modo no es una herejía ni esperanza fútil: es afirmar que se puede vivir dentro de las cuatro esquinas que determina la norma constitucional. Quizá la eficacia o cumplimiento más o menos acabado o totalizador del derecho constitucional signifique, en el futuro, un “experimento crucial”⁽⁸²⁾ en el ámbito de la imperfección natural de toda obra humana.

(80) Ver POPPER, KARL, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 167/195; en especial: “...aquella en la que los individuos deben adoptar sus propias decisiones personales” (p. 171).

(81) Literatura fundamental, HÄBERLE, PETER, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución” *op. cit.*; en especial, en la p. 61 se expresa que la tesis de Karl Popper esgrimida en 1945 (citada en la nota que antecede) representa el “fundamento último” de su propia tesis acerca de la apertura de los realizadores de la Constitución.

(82) NEWTON, ISAAC, “A Letter of Mr. Isaac Newton, Professor of the Mathematicks in the University of Cambridge; containing his New Theory about Light and Colors...”, *op. cit.*, p. 3078 (*Experimentum Crucis*, en el original).

6 | *Addenda:* Sistema de la Constitución federal de la República Argentina



Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (segunda parte)

por **DIEGO A. DOLABJIAN**⁽¹⁾

I | Continuación

Tal se adelantó en la primera parte del presente trabajo,⁽²⁾ pocos días después de que la Cámara de Diputados de la Confederación Argentina aprobara el Proyecto de ley de la Justicia Federal que explícitamente confería al Poder Judicial la atribución del control de constitucionalidad, la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires debatió también un proyecto de ley que —en ese punto— transitaba una senda similar.

Sin embargo, mientras que en la Confederación el referido proyecto terminó convirtiéndose en ley,⁽³⁾ en el Estado de Buenos Aires ni siquiera logró pasar de la Cámara de origen.

(1) Abogado (UBA). Profesor Derecho Constitucional (UBA).

(2) Ver “Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (primera parte)”, en *Revista de Derecho Público*, año 1, n° 3, 2012, pp. 249 y ss.

(3) “Ley n° 182”, en *ADLA 1852-1880*, La Ley, p. 175. En lo que aquí interesa, dicha ley establecía: Art. 2: “Los Tribunales Federales procederán siempre con arreglo a la Constitución y las leyes nacionales que estén en conformidad con ella” y art. 3: “El primordial objeto de la Justicia Federal es mantener en vigor y observancia la Constitución Nacional en los casos contenciosos que ocurran, interpretando en ellos las leyes uniformemente y aplicándolas conforme a la Constitución, y no de otra suerte”.

A dicho debate, y a los posteriores que se consideran especialmente relevantes para el análisis de nuestro modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad, se dedica esta segunda parte, que concluye el trabajo iniciado en la entrega anterior.⁽⁴⁾

2 | Debates

2.1 | 1858: El Senado del Estado de Buenos Aires

El 14 de agosto de 1858 comenzó en la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires el debate de tres proyectos, uno de los cuales —propuesto por la Comisión de Legislación y suscripto por Sarmiento, Somellera y Alsina— establecía:⁽⁵⁾ Art. 1: “Corresponde al Poder Judicial, y sin limitación alguna en cuanto a la validez de sus decisiones la interpretación de la Constitución y de las leyes, como también el juicio sobre la conformidad de estas y lo que ellas puedan afectar a las disposiciones de aquella, en todos los casos de una aplicación particular que se hallen sujetos al examen y decisión judicial”.

Se dio inicio así a la discusión en general de los proyectos.

Senador Alsina [miembro informante]: “...Teniendo sólo en vista la ley, elevándonos a la altura que nos corresponde en este lugar, y prescindiendo completamente de las personas, se llamen como se llamen, hayan pertenecido o pertenezcan al color político cualquiera, ha creído la Comisión deber aconsejar el proyecto más prudente, más justo y más legal (...) No es posible ocultarse a la Cámara ni al último ciudadano, que por nuestra Constitución en sus artículos 123 y 144, es sólo al Poder Legislativo a quien compete interpretar la Constitución y las leyes. Parece pues, a primera vista, que la Comisión de Legislación se hubiera puesto en abierta pugna con estos artículos; pero debe hacérsele la justicia de no creerla tan poco previsora (...) Para hacerme entender mejor, voy a valerme del jurisconsulto Escriche (...) Este mismo autor, y con él todos los autores elementales, dividen la

(4) Respecto de las transcripciones efectuadas, se aclara que se han mantenido los textos originales introduciendo tan solo mínimas adecuaciones para facilitar su lectura. En relación a los textos originales, se agradece especialmente a la Dirección de Referencia Legislativa de la Biblioteca del Congreso de la Nación Argentina.

(5) Ver *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1858, pp. 161 y ss. Los proyectos en cuestión respondían a una situación particular: en el marco del pleito mantenido entre Pirán y Anchorena, el primero elevó al Congreso una solicitud a fin de que se determinara si cierta ley pudo tener efecto retroactivo respecto de tal controversia.

interpretación en tres clases, auténtica, usual y doctrinal (...) Establecida pues, la necesidad de que la ley más perfecta sea susceptible de interpretación, me consagraré ahora a manifestar la verdadera interpretación a que se refiere el Proyecto de la Comisión de Legislación que no pudo referirse a otra que a la precedente. La interpretación auténtica sólo puede darla el legislador, porque es el único que tiene autoridad para resolver las dudas y fijar el sentido verdadero de la ley (...) La interpretación usual es la que hacen los jueces o tribunales, cuando juzgan del modo que siempre han entendido la ley los mismos jueces en los casos de su necesaria aplicación (...) La doctrinal [es] la doctrina de los juristas más expertos, de los comentadores más hábiles, que con una grande experiencia han explicado y comentado las leyes. La interpretación auténtica por consiguiente tiene fuerza de ley, porque es una ley y obliga a todos, porque es dada por quien tiene autoridad para hacerla. Pero la usual tiene también fuerza de ley, siempre que es hecha con arreglo al uso que he indicado, por una práctica tan antigua que forma ya una jurisprudencia consuetudinaria. La interpretación doctrinal, no tiene más fuerza por sí sola, que la que le dan las razones alegadas por los autores en que se apoya”.

Senador Gamboa: “¿Cuál es el Proyecto que está en discusión? (...) Me parece que el señor Senador se ha desviado del punto de la discusión...”

Senador Alsina: “No sería extraño, siendo como es muy vasta la materia”.

Senador Gamboa: “Ese Proyecto solamente dice que corresponde al Poder Judicial la interpretación sin limitación, etc., por consiguiente tocar estos puntos de que se ocupa el señor Senador es desviarse, a no ser que uno y otro proyecto estén en discusión”.

Senador Lavallol [Presidente]: “...Están en discusión los tres proyectos, con el de la Cámara de Diputados...”.

Senador Alsina: “...Es al Juez, señor Presidente, al que únicamente, en un sistema constitucional como el que felizmente nos rige, compete interpretar esa ley, ver su concordancia con las anteriores, y muy principalmente con la ley de las leyes; la Constitución del Estado. (Para dar respuesta al planteo de Pirán) era por consiguiente necesario erigirse en Tribunal el Poder Legislativo ¡Absurdo, señor Presidente! pero absurdo que ataca por su base la Constitución del Estado, la independencia de los poderes consagrada en el artículo 16 de la Constitución, y la del Poder Judicial en el 118. ¿Cómo pues erigirnos en Tribunal? He ahí lo que resulta de atribuirle al Cuerpo Legislativo funciones exclusivamente destinadas por la Constitución al Poder Judicial. ‘Corresponde sólo al Poder Judicial, sin limitación alguna, en cuanto a la validez de sus decisiones, interpretar la Constitución y las leyes, comparándolas unas con otras y con la Constitución, en los casos particulares que estén sometidos al examen y decisión judicialia’ (...) Por estos fundamentos, y porque como antes he dicho, la interpretación usual (...) es la que facilita la mejor aplicación de las leyes, único objeto de los Tribunales de Justicia, la Comisión ha presentado el proyecto cuya adopción aconseja al Senado”.

Senador Sarmiento: "...Aunque no profeso el derecho, he tenido ocasión antes de ahora de ocuparme de materia constitucional, y afortunadamente en esta cuestión precisamente he dejado escritas algunas páginas en otro tiempo, sobre la parte que la Constitución reserva a los tribunales de Justicia para la resolución de estas cuestiones (...) No es extraño que todos los abogados de nuestro país no estén muy versados en esta clase de cuestiones, porque precisamente han pertenecido a un país, en que como abogados y jueces no han tenido como materia de estudio, sino las leyes ordinarias, pues sólo hace cuatro años que se presentó una ley nueva que es la Constitución; y va a llegar la ocasión, y es ésta, en que el juez tendrá que aplicar dos leyes, en sus juicios, la Constitución y las leyes ordinarias; y en que las Cámaras de Buenos Aires acostumbradas desde el año diez a ejercer las facultades ordinarias y extraordinarias que entonces investían, tienen que someterse a la Constitución que han dado, y saber antes de tomar una resolución, si tienen o no poder para hacerlo. Hágame el gusto el señor Secretario de leer el artículo 130 de la Constitución (...) Señor: la cuestión que nos ocupa es una cuestión simplemente de jurisprudencia; nace de la división de los poderes, nace de la limitación de cada uno de ellos. La soberanía popular está dividida entre nosotros en tres poderes distintos, el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial, todos perfectamente definidos y limitados. Cada uno de ellos ejerce una parte de las funciones públicas (...) Voy ahora, señor Presidente, a exponer las doctrinas que ha seguido la Comisión para establecer la jurisprudencia que envuelve el proyecto de resolución que presenta. Fue siempre, atribución de los Tribunales de Justicia juzgar las leyes. Los parlamentos en Francia durante toda la edad media, y parlamentos se llamaban los Tribunales de Justicia de las diversas provincias, eran el único freno opuesto a la arbitrariedad de los legisladores y de la legislación. Gobiernos absolutos que no tenían contrapeso que los contuviese, a cada momento dictaban leyes absurdas, de donde ha venido el refrán: 'allá van leyes do quieren reyes'. Mas los Tribunales de Francia en el momento de recibir las leyes ponían veto a ellas si no estaban ajustadas a derecho (...) Pero este uso antiguo de los tribunales era turbulento; exponía al Estado a grandes conflictos, porque unos hombres se reservaban el derecho de condenar por sí unas leyes sin que hubiesen venido a su jurisdicción. Cuando los Estados Unidos hubieron de constituirse no dieron ley ninguna especial que no esté en nuestra Constitución, y sin embargo, con la Constitución misma nació esa jurisprudencia fundada por los hombres más competentes en el país, y por los tribunales más acreditados; jurisprudencia sencillísima que establece que el juez tiene por primera y fundamental ley la Constitución y en seguida, las leyes que dicte la Legislatura ordinaria, leyes que pueden ser inconstitucionales porque en ellas influye la pasión, o el error del momento, o el espíritu de partido; y de este modo se ha encontrado un freno aun para los Congresos mismos, en cuanto sus resoluciones tengan aplicación a los individuos, porque las leyes no se pueden aplicar a los individuos por mandato del Poder Ejecutivo ni de la Legislatura, sino por el de los Tribunales de Justicia (...) Es muy distinta la acción de los Tribunales, y se les ha conferido precisamente esa jurisdicción para evitar dos males, la excitación pública que trae a la Cámara el resolver estas cuestiones, y poner un coto al Poder Legislativo, si señor, un freno al desborde del Poder Legislativo. ¿Quién

contiene al Poder Legislativo cuando dicta una ley inconstitucional y el Ejecutivo la sanciona? Para eso no necesita sino tener una mayoría en las Cámaras. Si es inconstitucional esa ley ¿se le iría a preguntar al cuerpo mismo que la dictó? ¿Se le preguntaría a un hombre si son buenos o malos sus actos, y se pasará por lo que él dice? No señor, es otro el que debe resolver sobre la bondad de esos actos; y los Tribunales cuando se presenta un caso, resuelven esa cuestión. Este es el modo más tranquilo de juzgar de la constitucionalidad de la ley. La ley subsiste con su aparente fuerza, hasta que un litis entre partes llama al juez a decidir entre la Constitución y la ley; y como la Constitución es la ley suprema, sus disposiciones son la piedra de toque con que juzga los quilates de la ley dictada. Si el Tribunal halla que la ley no está conforme a la Constitución, sostiene las doctrinas de la Constitución; y de este modo se resuelven todas estas cuestiones (...) No insistiré más sobre este punto, pero creo que debe pensarse bien la resolución que se tome (...) Cuando un partido gobierna no se acuerda de que un día puede estar abajo, y el mismo labra las cadenas con que han de amarrarlo más tarde. Vamos a cerrar la puerta a los que en adelante quisieran erigirse en jueces de las leyes que dictamos...”.

Senador Montes de Oca: “...Yo con un santo temor como acaba de decir un señor Senador; voy a presentar mis dudas que están en oposición a las ideas que han vertido los dos Senadores que me han precedido en la palabra. Parece que se niega el derecho a esa Cámara de interpretar las leyes y por eso pido antes de todo que se lea el artículo 58 de la Constitución (...) Lea el art. 144 (...) Véase aquí Sr., como por estos dos artículos que acaban de leerse, la Cámara está en el deber de interpretar las leyes existentes, como la Constitución también. Ahora no se negará a los que hagan oposición a este proyecto el derecho que tienen de hablar de interpretación. Bien, yo voy a ver si puedo seguir en su discurso al primer señor Senador, miembro informante de la Comisión de Legislación. Él ha dicho que hay tres clases de interpretación: la auténtica; la usual y la doctrinal si mal no recuerdo. Pues bien, señor, autores muy respetables que están al alcance de todos y que cualquiera lee, dicen que la interpretación auténtica es privativa del Cuerpo Legislativo. ¿Qué quiere decir el Proyecto que ha presentado la Comisión? Que la interpretación de la Constitución, que la interpretación de las leyes le compete por esta ley al Poder Judicial. Por manera que nosotros nos despojamos de la autoridad que nos da la ley, que nos da el derecho, y se la concedemos a los Tribunales de Justicia. Yo sé lo que me van a contestar los abogados; que en la aplicación de las leyes todos los días las tienen que interpretar. Esto es cierto, pero también es cierto que siendo la Constitución superior a todas las leyes ordinarias, solo al Cuerpo Legislativo compete su interpretación, y usando de las mismas palabras de un señor Senador, yo diré que la interpretación auténtica solo corresponde al Poder Legislativo. Esto lo dice Escriche y todos los autores que hablan de la materia. Ahora voy a contraerme como pueda al proyecto. El proyecto francamente ni lo entiendo ni lo he entendido, porque me parece que las frases están mal colocadas, comprendiéndose sólo si se une la primera parte con la última. Con este Proyecto, lo que se quiere es evadir la cuestión, a mi modo de ver. Si la interpretación usual y doctrinal de las leyes es lo que quiere dárseles a los tribunales, entonces el proyecto es inútil pues les confiere lo que ya

tienen pero por el —ocúrrase donde corresponda del Proyecto, parece que se da al Poder Judicial la interpretación auténtica de las leyes, lo que es anticonstitucional y por consiguiente ilegal (...) Cuando se juzga un pleito, los abogados toman lo que le conviene a su parte y ocultan lo demás, dejando al abogado contrario la tarea de escudriñar lo que la otra parte ha consignado en autos. Así los Sres. que están por el Proyecto presentado en esta Cámara, han tenido muy buen cuidado de no leer los dos artículos constitucionales, el 58 y el 144 (...) Esto no es extraño, señor, desde que han querido traer aquí un proyecto que, si me es permitido decirlo, no tiene pies ni cabeza, ni salva la dificultad. En vista de todo esto, creo que debe rechazarse completamente el proyecto por inútil, y porque no salva la dificultad. Yo venía dispuesto a votar según la conciencia que formase en virtud de las razones que oyerá a los Sres. de la Comisión, y lejos de tenerla formada, no poseo aún, como me persuado ha sucedido a otros varios Senadores, idea alguna exacta a este respecto: será preciso oír a otros abogados que nos iluminen en la cuestión”.

Senador Alsina: “...Usaré de la palabra para ver si puedo satisfacer en lo principal a las observaciones que ha expuesto el señor Senador que deja la palabra. Parece conveniente agregar a las citas que acaba de hacer de Escriche lo que ese mismo Escriche dice, un párrafo o dos más abajo. Después de hacerse cargo de lo que es interpretación auténtica, cuando entra a explicar la usual o doctrinal, exclusiva de los Tribunales, agrega que cuando los jueces tengan dudas, perplejidad en la aplicación de la ley a un caso dado, al encontrarla oscura, deficiente o dudosa, deben recurrir al Poder Legislativo a consultar esas dudas (...) Después de sentar esos principios, prosigue así: ‘(...) estas prescripciones (...) no facultan al juez para que pueda suspender o diferir el pronunciamiento de la sentencia hasta recibir la respuesta a la consulta (...) se le prescribe por las citadas leyes la consulta al soberano; pero la observación de esta disposición que en algún caso muy raro podría haber tenido lugar en los tiempos antiguos, y que siempre traía inconvenientes, es ahora incompatible con el estado de nuestra legislación sobre procedimientos y con la actual división e independencia de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial’. He ahí la base del proyecto presentado (...) ‘¿Qué sería en efecto, si a pretexto del silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, pudieran detenerse y excusarse de juzgar los jueces y tribunales? La administración de justicia quedaría embarazada a cada paso, y los interesados habrían de estar largos años sin obtener la declaración de sus derechos: el gobierno se vería abrumado con el peso de una multitud inmensa de cuestiones particulares; y el Poder Legislativo, que no puede dar sino disposiciones generales y uniformes para lo sucesivo, o bien tendría que expedir nuevas leyes para que con arreglo a ellas se decidiesen los casos ya basados, o bien habría de descender a tomar conocimiento de cada negocio aislado, invadiendo de este modo las atribuciones judiciales. Obligados están pues los jueces y tribunales, cualesquiera que sean las dudas, y dificultades que se les presenten, a seguir y fallar los pleitos y las causas, recurriendo a las reglas de la buena interpretación; y sólo en abstracto y en general, sin contraerse a negocios pendientes entre partes, podrán hacer consultas (...)’. Esto dice Escriche, y tal es el resumen del proyecto de la Comisión”.

Senador Vélez Sarsfield: "...La ley que se propone por la Cámara de Diputados [es] una ley inútil porque los Tribunales de Justicia no juzgarán por ella en un pleito entre partes. Al contrario, la juzgarán a ella como una ley inconstitucional que jamás deben aplicar quebrantando la primera ley del Estado, la Constitución política que declara, que las leyes no pueden tener efecto retroactivo. Aquí llegó señores, al gran Proyecto de ley que presenta vuestra Comisión de Legislación (...) Se dice que el Proyecto es ininteligible, que es una charada indescifrable. Lo hemos formado señores, con el mayor estudio, tomando cada palabra de Story y del señor Tocqueville. Precisamente se ha dicho lo que preveíamos y queríamos que se dijese: que es un misterio, una resolución incomprensible, porque eso demuestra la necesidad de su sanción, y que lo que no se entiende por algunos es el Poder Judicial que nuestra Constitución ha creado, por la razón que dice el señor Tocqueville, que ningún europeo, ningún francés puede entender el Poder Judicial de una República democrática regida por una Constitución. Los que no lo entienden es porque han vivido hasta hoy con otros principios de legislación y no han atendido a la inmensa alteración que en ellos ha hecho la sanción de la Constitución del Estado (...) Nosotros mismos, después de la emancipación hemos vivido con Cuerpos Legislativos de soberanía absoluta; y los jueces sin duda debían conformar sus sentencias a las leyes todas que se dictaran. Pero se da una Constitución política que limita en precisos términos las facultades del Poder Legislativo y del Poder Judicial y establece derechos individuales que no podrán ser alterados por las leyes. La Constitución domina sobre todos los poderes; ella es una ley superior a todas las leyes que puedan dar los Cuerpos Legislativos, y a ella deben los jueces principalmente ajustar sus decisiones sin aplicar jamás una ley inconstitucional que se diera por el Cuerpo Legislativo. De este nuevo orden político, nacen nuevos principios y nuevos derechos. Si la Constitución es la primera ley a que deban ajustarse las decisiones judiciales, el juez tiene facultad para comparar una nueva ley que se dé y negarle o no su aplicación; es decir, interpretar la Constitución y la ley nueva en el caso del pleito que debe juzgar. El Poder Judicial es el único en quien residen las facultades de juzgar. No puede una ley venir a decirle, en un pleito que ya existe, como ha de entender la Constitución y las nuevas leyes. Él tiene por primer guía la Constitución política; no interpreta las leyes y la Constitución, sino en el caso de un pleito que le está sometido y para sólo ese pleito. No juzga de la ley nueva, sino porque tiene que juzgar un proceso. Él no habla al pueblo, no le impone obligaciones, sino que aplica en silencio y en una causa privada, la Constitución y las leyes. El Poder Judicial es por su naturaleza tranquilo, sin acción; no se mueve como dice el señor Tocqueville sino cuando lo mueven por una demanda o acusación; pero entonces él es el juez único, y nadie puede venir a darle leyes para enseñarle como ha de juzgar una causa sujeta a su examen y decisión. Él no revoca ni la ley inconstitucional, sino que se reduce en un pleito dado a negarle su aplicación. Suponed señores que el Gobierno hace un tratado público con una Nación extranjera permitiendo la introducción de esclavos: que ese tratado es aprobado por el Cuerpo Legislativo y puesto en ejecución, ¿qué dice a esto el Poder Judicial? ¡Nada, nada señores! Está mudo en la materia. Pero llega un día en que uno de esos esclavos introducidos ocurre a un juez llamándose hombre libre. En el juicio

el juez desde que la Constitución del Estado prohíbe la introducción de esclavos, compara el tratado con la Constitución y declara hombre libre al introducido como esclavo. No anula la ley pública que forma un tratado público; puede seguirse introduciendo esclavos; pero se sabrá, que todo esclavo que ocurra a los jueces será declarado libre, y al fin, el tratado público quedará de hecho sin efecto sin que él sea revocado por el Poder Judicial. Ahora se entenderá la charada, el Proyecto incomprensible. Digo más, como la Constitución no ha puesto un tribunal de revisión de las sentencias de los jueces superiores, el Poder Judicial no tiene limitación alguna en cuanto a la validez de sus decisiones; pero éstas pueden ser injustas, contrarias a las leyes, y entonces el juez puede ser acusado ante el Senado por la falta de sus deberes. Así señores, esos oscuros magistrados, encargados sólo de la decisión de pleitos entre partes; son los verdaderos guardianes de la Constitución y de los derechos individuales, sin agitaciones, sin bulla, sin revocación de las mismas leyes inconstitucionales. La Constitución queda a salvo de los avances de los cuerpos deliberantes; y estos saben que hay un poder oscuro pero muy efectivo que dejará sin efecto sus sanciones si ellas atacan los derechos individuales que la Constitución ha garantido. Buenos Aires va a ser así tan libre como la República de los Estados Unidos, y su Constitución tan efectiva como la de aquella República. Pongamos al Poder Judicial en el rol que le da la Constitución, y el Estado de Buenos Aires, será el segundo pueblo del mundo, la segunda República democrática, regida por una Constitución, el ejemplo para las otras Repúblicas y demás pueblos de la tierra. Otro día señor Presidente continuaré sobre la materia”.

Senador Mármol: “...El proyecto de nuestra Comisión se nos presenta bajo dos aspectos: o como una delegación de un derecho que la Constitución ha depositado en el Poder Legislativo solamente, si se refiere a la interpretación auténtica de las leyes, y entonces debemos rechazarlo por incompetencia en nosotros para delegar atribuciones que la Constitución nos ha fijado; o el Proyecto se refiere a la inteligencia usual de la ley, y entonces debemos rechazarlo por inútil porque el derecho de la inteligencia o interpretación usual de la ley existe en nuestros tribunales, como en todos los tribunales del mundo. Por más esfuerzo que haga el talento de los sostenedores de ese Proyecto, no podrán escapar a ese dilema. ¿Es una investidura constitucional lo que se nos pide para el Poder Judicial? No podemos darla, porque no tenemos poderes constituyentes. ¿Es la declaración de un derecho que tiene el Poder Judicial? Se nos pide una cosa inútil y redundante. Según lo que hemos oído, parece que el pensamiento de la Comisión no se extiende sino a la simple interpretación usual de las leyes; pero, al mismo tiempo, se remonta a doctrinas más elevadas y quiere alzar a nuestro Poder Judicial a la altura de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos. No entraré en la cuestión de si nos convendría aceptar o no la organización del Poder Supremo Judicial de la Unión del Norte. Pero sí diré que cualesquiera que sean las ventajas de esa organización, nosotros no podemos darla a nuestro Poder Judicial, por cuanto sus atribuciones han sido fijadas ya por la Constitución del Estado. Ese mismo juez Story que se acaba de citar tantas veces, comentador de la Constitución norteamericana, dice que el objeto de la Constitución era establecer tres grandes

divisiones en el gobierno: el departamento legislativo, el judicial y el ejecutivo; el primero, para hacer la ley; el segundo, para interpretarla y aplicarla; y el tercero para sostenerla y hacerla cumplir. Se ve, pues que esa facultad de interpretar las leyes que residen en la Suprema Corte de Justicia, fue delegada y expresada por la misma Constitución del Estado. El mismo Story dice: el poder de interpretar las leyes que reside en el Poder Judicial, comprende necesariamente el de saber si ellas son conformes o no a la Constitución, y en este último caso, el de declararlas nulas y sin ningún efecto. Pero esa facultad dada al Poder Judicial de la Unión, no solamente es determinada por la Constitución, sino que constituye una especialidad en el mundo, y que no puede por tanto servir de teoría general a los demás poderes judiciales. Mr. Tocqueville hablando del Poder Judicial de los Estados Unidos dice: '(...) no creo que hasta ahora en ninguna Nación esté constituido el Poder Judicial del mismo modo que entre los americanos (...) porque no hay, por decirlo así, evento político en que no oiga llamar la autoridad del juez (...)'. Y Mr. de Tocqueville recapitula todas sus observaciones, de este modo: 'Cuando, examinada circunstancialmente la organización de la Cámara Suprema, se llega a considerar en su complejo las atribuciones que le han sido dadas, se descubre con facilidad que nunca se ha constituido en ningún pueblo un Poder Judicial más inmenso'. Y para que se pueda comprender mejor, Sr. Presidente, la inmensa diferencia que existe entre el Alto Poder Judicial de los Estados Unidos, y el nuestro a quien se pretende investir con la más alta de las facultades de aquél, voy a leer lo que dispone la Constitución federal (...) Véase ahora si hay punto de comparación entre las atribuciones del Poder Judicial de los Estados Unidos con el nuestro, cuyo Más Alto Tribunal es una simple Cámara de Apelaciones que no ejerce superintendencia sino sobre los tribunales inferiores de un solo Estado, y si podemos aceptar, ni como teoría general, una especialidad de una Nación donde todo es especial y sin antecedentes. Luego, pues, si nuestro Poder Judicial no tiene, ni por la Constitución ni por su organización, la facultad de hacer la interpretación auténtica de la ley, que entre nosotros sólo está reservada a los legisladores; y si tiene, como ha tenido siempre y como tienen todos los poderes judiciales del mundo, la facultad de la interpretación usual e inteligente de las leyes, ¿qué es lo que quiere la Comisión de legislación de esta Cámara, cuando nos dice en su Proyecto que corresponde al Poder Judicial la interpretación de las leyes?, ¿quiere hablar de la inteligencia de la ley? Pero eso es lo que se llama interpretación usual, y ese derecho lo tiene, ¿se refiere a la interpretación legislativa? Pero ese derecho no podemos delegarlo en nadie porque la Constitución lo ha depositado en nosotros, ¿qué es pues lo que quiere vuestra Comisión?".

Senador Vélez Sarsfield: "¿Quiere que le conteste? La interpretación auténtica es para el pueblo, la de los tribunales es para el pleito".

Senador Mármol: "Eso es lo que se llama inteligencia de la ley o interpretación usual, y eso hacen los tribunales todos los días, aplicando la ley según la inteligencia y el uso".

Senador Vélez Sarsfield: "La otra auténtica es la que corresponde al legislador".

Senador Mármol: "Ya lo he dicho antes. Pero si le damos esta facultad, ¿constituimos o no al Poder Judicial?; ¿Y si no es una facultad constitucional la que damos al Poder Judicial, si sólo vamos a declarar lo que hace a todas horas, que es el Proyecto de la Comisión sino una cosa inútil y redundante? Si es conveniente la organización que se le ha dado en los Estados Unidos, la oportunidad de tratar ese asunto pasó con el año 54, en que constituíamos nuestros Poderes Públicos, o sería oportuno hoy si previamente nos hubiéramos constituido en Cámara constituyente. Pero con nuestro mandato actual, abrogarnos la facultad de ensanchar la esfera de acción de uno de los Poderes Públicos del Estado, sería un acto evidentemente inconstitucional. A no ser, lo repito, que la Comisión se refiera a la interpretación de uso, lo que hace, como he dicho, completamente inútil este Proyecto".

Senador Vélez Sarsfield: "Es para que lo entiendan".

Senador Mármol: "¿Para que lo entiendan? Pero es que no podemos hacer leyes, Sr. Senador, tan ofensivas a nuestros jueces. Hace tiempo que saben que la interpretación usual de las leyes es de su resorte exclusivo. Cuanto más oigo, más me convenzo de lo insostenible del Proyecto de la Comisión (...): o se trata el Proyecto de dar atribuciones constitucionales al Poder Judicial, y entonces somos incompetentes, o trata de dar el Poder Judicial lo que ha tenido y tiene, y entonces el proyecto es inútil (...) Señor Presidente, fijaríamos el más triste de los antecedentes de este país, y legaríamos al porvenir una fatal herencia, si estableciésemos que los cuerpos legislativos no pueden juzgar los actos legislativos. Pues declaramos con eso, que estos cuerpos políticos tienen el poder de la arbitrariedad y el despotismo, desde que sus actos no pueden ser jamás llamados a juicio de las legislaturas sucesivas. No, no establezcamos ese precedente funesto en el país más conmovido de la América. No establezcamos que las Cámaras son tiranías irresponsables, y sus actos, actos irreparables (...) Voy a concluir Sr. Presidente. Yo rechazo el proyecto de nuestra Comisión de Legislación, por inconstitucional, o por inútil, fundado en las razones que expuse al principio de mi discurso".

La discusión continuó en la sesión siguiente del 17 de agosto de 1858.

Senador Gamboa: "...Estoy en oposición al Proyecto de la Comisión porque lo creo enteramente inconstitucional, o contrario a nuestra carta constitucional. Hay ciertas cosas, dice el muy respetable Benjamin Constant que nadie puede hacer; el pueblo mismo no tiene derecho para ejecutarlas, el pueblo mismo no puede trastornar la independencia de los poderes, no puede alterar las bien deslindadas atribuciones de los poderes políticos o sociales. Si tal sucediese, si se rompiese el equilibrio de esas poderosas palancas, que dan todo el movimiento a la máquina del Estado, desde ese instante no aparecería ni la sombra del poder civil y político garantido por la Constitución. ¡Qué ideas y principios tan ajustados a nuestro presente caso! Por todas nuestras constituciones, por la universalidad de las constituciones del mundo, la interpretación de las leyes corresponde al Poder Legislativo. Es una atribución inmanente en él, es una atribución que le es natural, es una atribución de que no puede despojarse absolutamente. Por todo principio, el que da

la ley es el que debe interpretarla, porque nadie conoce mejor su verdadero valor. Sólo la Asamblea General, dice el artículo 144 de nuestra Constitución, puede resolver las dudas que ocurren acerca de la inteligencia de alguno de los artículos de la Constitución. El Poder Legislativo no puede desprenderse de sus atribuciones y conferir las al Poder Judicial porque para esto no tiene facultad, no tiene poder para trastornar la independencia de los poderes, porque no puede despojarse de una atribución sin la que efectivamente dejaría de existir; porque sólo vive en la independencia, en la armonía de los poderes. Si no es ésta la atribución que la Comisión acuerda al Poder Judicial, no es fácil encontrar cuál es esa otra capaz de dar esa facultad de interpretar sin limitación alguna, no sólo las leyes, sino la Constitución también. La interpretación usual, o práctica, no tiene tanta extensión ni tanto poder; por consiguiente, debemos decir que lo que se le otorga es la misma atribución que tiene el Poder Legislativo o es preciso que digamos que otra es la atribución que le da. Pero, ¿cuál será esa otra que tenga esa extensión de interpretar la Constitución y las leyes? La única interpretación que corresponde al Poder Judicial es la interpretación usual o práctica y ésta no consiste en otra cosa sino en la aplicación de ciertos actos que por su repetición ante los tribunales, han recibido un carácter de disposición legal. Pero véase si esta interpretación puede tener esa extensión de interpretar la Constitución y todas las demás leyes: de ninguna manera. El Poder Judicial no es más que el órgano de las resoluciones del Poder Legislativo. Él tiene que obedecerlas y cumplirlas, tiene que aplicarlas bajo sólo la inteligencia de las disposiciones generales; nunca interpretarlas, porque desde el momento que el Poder Judicial asumiese esa atribución, él se constituiría en legislador y juez, él podría a su antojo o su pasión entrar a interpretarla y dar entendimiento a la ley según los casos que ocurriesen. El Poder Judicial no jura la justicia de la ley, jura solamente su observancia, y aunque la ley sea cruda, cruel y muchas veces repugnante, tiene que aplicarla y obedecer, porque sino echaría por tierra el axioma bien conocido de que, 'no es la ley la que debe subordinarse al magistrado, sino el magistrado a la ley'. Si la interpretación que la Cámara otorga al Poder Judicial, es igual a la que corresponde al Poder Legislativo, véase lo que resultaría de aquí. A los ojos menos previsores se viene el choque que habría entre esos dos poderes, y vendría por tierra toda la independencia de éstos. Los ejemplos que se nos han citado con respecto a la interpretación judicial entre otras naciones, no tiene que ver entre nosotros, desde que no podemos menos que recurrir a nosotros mismos: desde que tenemos que sugerir a lo que nuestro Código y nuestra Constitución ha sancionado. Gloriense en hora buena los Estados Unidos por haber culminado en el progreso de sus instituciones, entre tanto que nosotros no haremos más que someternos a nuestro humilde Estado, a lo que han sancionado nuestras leyes. Llegará [el] día también en que nuestra estrella en el lleno de su esplendor brillará para todos, y nuestra patria se verá admirada, respetada también en el apogeo de su dicha. La interpretación, pues, que se otorga al Poder Judicial, es anticonstitucional, porque le da una facultad que absolutamente le corresponde por su naturaleza. Ese poder entonces revestido de esa atribución, vendría a constituirse en juez y legislador, en árbitro, y toda la aplicación de las leyes vendría a depender del simple arbitrio del juez. Cuando hay dudas sobre una

ley, debe ocurrirse al legislador porque él es quien interpreta, es el único que debe hacerlo; porque es el único que da la ley. Resulta, pues, que el Proyecto de la Comisión es anticonstitucional. Él atribuye al Poder Judicial una facultad que está en contradicción con su misma naturaleza. El Poder Judicial no tiene más atribuciones que entender y conocer las leyes, y aplicarlas según los casos ocurrentes, pero nunca interpretarlas; ni resolver cuando haya oscuridad, porque esto corresponde al Poder Legislativo. El Poder Legislativo no puede sin traicionar sus derechos otorgar al Judicial esa facultad, porque no puede traicionar la independencia de los poderes. El Poder Judicial si tuviese esa facultad, se convertiría en legislador, en juez aplicando la ley, en legislador interpretándola. El Poder Judicial no es más que el ministro de la ley: está obligado a aplicarla, siempre que sea clara y sencilla, y en caso de oscuridad ocurre al legislador para que levante esa oscuridad. Si ambos poderes tuvieran iguales facultades, resultaría el choque contra la armonía de los poderes políticos o sociales, y por último, según todas las constituciones, según la nuestra, sólo incumbe expresamente al cuerpo legislativo la atribución de interpretar las leyes, de darles en su caso el sentido que deben tener, porque sólo el que ha dictado la ley, es el que debe tener esa facultad, pues que como es el que la ha sancionado, está más enterado y al cabo del espíritu e inteligencia que debe darse. Me he limitado, señor Presidente, a demostrar que el Proyecto de la Comisión es inconstitucional, bajo todos respectos, y esto me basta para pedir que no sea admitido...”.

Senador Vélez Sarsfield: “Voy, señores, a decir algo respecto a algunos puntos que tocó el Senador que habló último en la sesión anterior y responder también a las consideraciones que acaban de exponerse (...) La Comisión, señores, no ha pensado en verdad dar otros poderes que los que tiene el Poder Judicial, sino sólo declarar la jurisprudencia que nacía de la Constitución del Estado. En los Estados Unidos no hay una ley semejante a la que propone la Comisión; pero eso mismo se entiende y se observa por la jurisprudencia constitucional que nace de los artículos expresos de la Constitución. El Proyecto lo hemos formado con mucho estudio, tomando cada palabra del magistrado Story y del señor Tocqueville. Siendo tan reciente nuestra Constitución advertíamos que la jurisprudencia que de ella resulta respecto al Poder Judicial no era bien comprendida ni del pueblo ni de muchos de los miembros de las Cámaras; proponíamos sólo hacer una declaración, fijar la jurisprudencia constitucional sobre el Poder Judicial. Causar una discusión, ilustrar entonces la materia, sembrando una semilla que no será perdida. Esto se ha conseguido ya. Los legisladores dudarán de su omnipotencia advirtiéndolo que hay una ley superior a ellos, la Constitución del Estado, y un juez que en los casos particulares pueda dejar sin efecto una ley inconstitucional. El pueblo sentirá asegurados sus derechos individuales sabiendo que no pueden ser violados por ninguna deliberación del Cuerpo Legislativo: que los tribunales de justicia han de decidir al fin entre los derechos individuales garantidos por la Constitución y las leyes nuevas que quieran destruirlos. Esta semilla digo, tirada al campo de la grande inteligencia del pueblo de Buenos Aires ha de producir los efectos de una ley expresa. La Comisión como ya lo habíamos previsto en ella, puede ahora retirar sin

cuidado el proyecto de ley que ya está conseguido su objeto. Si queremos tener la misma jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos respecto al Poder Judicial, es porque en esta parte la Constitución de Buenos Aires es igual a la de aquella República. Si su Poder Judicial es único en el mundo, es porque es la única República democrática que en el mundo hay regida por una Constitución y no por peculiaridades de su territorio o de sus costumbres. Buenos Aires será la segunda. La jurisprudencia respecto al Poder Judicial en la Alta Corte de Justicia en los Estados Unidos descendió como era natural a ser la jurisprudencia de cada Estado particular que no tienen Alta Corte de Justicia como no la tiene Buenos Aires. Pero cada Estado tiene su Constitución como Buenos Aires tiene la suya, en las cuales se manda como manda la de Buenos Aires, que los tribunales se rijan por las leyes existentes y que en adelante se diesen en lo que no sean contrarias a la Constitución. ¿Y quién juzga en un caso privado, sometido al examen de los jueces de la conformidad o disconformidad de la ley nueva a la ley constitucional? El juez, señores, únicamente, porque sólo al Poder Judicial está dada la facultad de juzgar: de otra manera la Constitución del Estado, los derechos individuales podrían cada día ser destruidos por sucesivas leyes inconstitucionales, cuando la primera ley, la Constitución política le prescribe que no aplique leyes contrarias a la Constitución (...). Pero se dice que nuestro Poder Judicial está constituido de otra manera que el de los Estados Unidos. Pero, ¿de qué manera señores? Esto me hace acordar a algunos jueces que en la dificultad de dar una providencia, dicen hágase conforme a derecho; y el mismo no sabe cuál es el derecho. ¿Los jueces acaso como lo ha dicho el último Senador son simples ejecutores, brazos auxiliares del Cuerpo Legislativo? ¿No hay una ley, no hay una Constitución superior al Cuerpo Legislativo que limita sus funciones, que le señala derechos individuales que él no puede alterar? ¿O nuestra Constitución no gobierna, no es superior a los individuos y a los mismos Poderes Públicos? No, señor, no hay diferencia alguna esencial en la Constitución del Poder Judicial en los Estados Unidos, y la que se le da por la Constitución de Buenos Aires, y por esto queremos que rija la misma jurisprudencia que rige allí al Poder Judicial. Indíquese un sistema distinto y en el momento saltará su contradicción con la letra de la Constitución que no hemos dado...”.

Senador Mármol: “He oído que la Comisión piensa retirar su proyecto, si esta idea es efectivamente exacta, facilitaría muchísimo el debate, el que así se hiciera”.

Senador Sarmiento: “En efecto, señor Presidente, la Comisión ha convenido en la posibilidad de retirar este proyecto, porque le ha parecido ya haber obtenido los resultados que se proponía (...) En la solicitud (de) Pirán y sus semejantes, pertenece a los Tribunales decidir los casos en que no están la Constitución y las leyes en armonía (...) ¿Quién es el que decide, en las cuestiones entre individuos si están en contradicción o no con la Constitución? Los jueces, al aplicar las leyes; y la Legislatura, si un tribunal la consulta, porque nadie más puede manifestar dudas sobre el sentido de las leyes. La Legislatura no puede saber cuándo hay dudas en la aplicación de las leyes porque son los tribunales quienes aplican las leyes (...) Por esta razón, es que la Comisión de Legislación, estudiando muy despacio este asunto, dijo: jurisprudencia de este artículo 180 de la Constitución es, que los tri-

bunales decidan cuando están las leyes (...) en contradicción con la Constitución; porque no se ha nombrado un juez especial, ni la legislatura puede avocarse esa clase de cuestiones sin ser solicitada por los tribunales. Se ha dicho porque los que se han opuesto a la idea de la Comisión, o más bien han querido apoyarse en la facultad de interpretar las leyes que da la Constitución a la Legislatura que sólo ella puede interpretar las leyes. Corresponde esta facultad a cada uno de los Poderes Públicos en la órbita de sus funciones. Todo funcionario público es intérprete de la Constitución en cuanto debe antes de obrar saber si tiene la facultad para ejercer un acto, y en seguida sostener la doctrina de la legitimidad de sus actos. Así el Poder Ejecutivo está encargado de saber antes que nadie si los actos que se le proponen son constitucionales o no. Lo mismo sucede en la Legislatura y por eso ésta tiene una Comisión de Negocios Constitucionales a la que todo asunto que se le somete pasa por poco que diga relación con la Constitución y la que antes de entrar a la Cámara declara si es constitucional o no la medida que se le propone. El Poder Judicial tiene absolutamente la misma prerrogativa en su esfera de acción; y la tiene más todavía en los actos de los otros poderes cuando vienen a obrar en un litis particular entre individuos (...) Decir que la Cámara tiene facultad de interpretar todas las leyes, sin que nadie la someta a dudas sobre su sentido es teoría que no puede admitirse. Por todo eso, es que la Comisión propuso simplemente un sistema de jurisprudencia, y con ella no propuso nada de nuevo, ni dio a los tribunales autoridad ninguna. Ni en la Constitución de los Estados Unidos ni en su legislación ordinaria, hay este proyecto que hemos propuesto; no hay sino una jurisprudencia seguida por los tribunales, proclamada por el legislador mismo, y sostenida por todos los comentadores. Los norteamericanos no han encontrado en su Constitución más base para establecer esta definitiva competencia de los tribunales que ésta. La Constitución de los Estados Unidos, sus leyes y tratados son la ley suprema de la tierra. Y estos son también los principios de la Constitución de Buenos Aires, y el principio sentado en la nuestra es claro como la luz del día, y más claro aun, que en la Constitución de los Estados Unidos. Nuestra Constitución ha dicho: 'Cesan las leyes que estén en contradicción con la Constitución'. Así pues, una vez indicada esta jurisprudencia, no tendremos embarazo en retirar el proyecto porque no hay necesidad de que tenga forma de ley, para que los tribunales y el público comprendan ya que esto está en la esencia y naturaleza de las funciones judiciales...".

Senador Mármol: "Pido que se formule claramente si la Comisión retira su Proyecto".

Senador Vélez Sarsfield: "No está retirado todavía".

Senador Agüero: "Me felicito que la Comisión del Senado está muy dispuesta a retirar de su Proyecto la ley declarativa...".

Senador Alsina: "La Comisión no tiene inconveniente alguno en retirar el Proyecto desde que él parece haber ocasionado una alarma que la Comisión está muy distante de querer producir, alarma tanto más seria cuanto que se le atribuye a la Comisión el intento, al menos, de haber invadido las atribuciones de los tribunales...".

Senador Montes de Oca: "Yo he comprendido que la Comisión se consideraba derrotada en este negocio, porque a pesar de todas las razones que se han dado por los miembros de la Comisión, ellos mismos se han considerado derrotados y la prueba es que desean retirar ese proyecto".

Senador Alsina: "Por simplificar".

Senador Vélez Sarsfield: "Estamos vencidos en el proyecto...".

Senador Montes de Oca: "Pero el señor Senador ha dicho una cosa muy importante. Ha dicho que al retirarlo, ha dejado ya sembrado el terreno".

Senador Vélez Sarsfield: "Y muy bien sembrado".

Senador Montes de Oca: "Muy mal".

Senador Vélez Sarsfield: "Si no lo entiende el señor Senador".

Senador Montes de Oca: "Muy mal lo ha sembrado el señor Senador y voy a explicarme porque no quiero que se dejen antecedentes en esta Cámara por los que algún día nos reprochen con justicia nuestra aquiescencia a ellos con el silencio: eso no lo he de permitir nunca, mientras que ocupe un asiento, aunque pobremente como ha dicho el señor Senador, en este lugar. Ha dicho que ha sembrado una doctrina por la que la Cámara de Justicia puede entrar en completa revolución, con el Cuerpo Legislativo. Yo desearía que llegase el día en que dictásemos una ley y que la Cámara de Justicia se presentase en abierta rebelión, ya veríamos entonces a esa Cámara de Justicia. Para eso está el Senado y para eso están los hombres en este lugar, que sabrían...".

Senador Vélez Sarsfield: "La condenarán".

Senador Montes de Oca: "Esto es lo que ha sembrado el señor Senador".

Senador Sarmiento: "Con el ejemplo de las primeras naciones del mundo".

Senador Montes de Oca: "Nosotros no queremos vestirnos con hábitos ajenos".

Senador Sarmiento: "Es preciso aprender...".

Tras ello, se puso a votación si se permitía a la Comisión retirar su Proyecto y así se resolvió por la afirmativa general.

2.2 | 1860: La Convención Examinadora del Estado de Buenos Aires

En 1860, con motivo de la incorporación del Estado de Buenos Aires a la Confederación Argentina, se reunió una Convención para el examen de la Constitución sancionada en 1853.

Allí, entre otras reformas, se decidió la supresión de la disposición que consagraba la revisión de las Constituciones provinciales por parte del Congreso Nacional, afirmándose que “en una Federación constituida sobre las bases de la Constitución Argentina, cada Provincia debe tener el derecho de usar de su soberanía en el límite que le es propio, dándose aquellas leyes que juzgue más convenientes para su felicidad; y que, si esas leyes pueden en algún caso estar en contradicción con la Constitución general, sólo cuando llega ese caso, caen bajo el veto del único poder que tiene autoridad para anularlas, que es la Corte federal; poder establecido para definir los límites de las dos soberanías”.⁽⁶⁾

2.3 | 1862: El Congreso de la República Argentina (I): la ley 27

En 1862, el Congreso Nacional debatió acerca de la organización de la Justicia Federal, sancionando la ley 27,⁽⁷⁾ que siguió la senda de la anterior ley 182 de la Confederación Argentina.

2.3.1. El debate en la Cámara de Senadores

El 27 de septiembre de 1862 comenzó en la Cámara de Senadores el debate del Proyecto que —en lo que aquí interesa— establecía:

Art. 1: “...La justicia nacional procede siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales a la decisión de las causas en que se versen intereses, actos o derechos de ministros o agentes públicos, de simples individuos, de provincias o de la Nación”.

Art. 3: “...Uno de sus objetivos es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquier de los otros poderes nacionales que esté en oposición con ella”.

Se dio inicio así a la discusión en general del Proyecto.

Senador Elizalde: “En antesalas nos hemos reunido varios Senadores, con el objeto de ver si podíamos hacer que se sancione lo antes posible, el Proyecto de ley
.....”

(6) Ver RAVIGNANI, EMILIO (coord.), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Peuser, Bs. As., 1937, T. 4, p. 773.

(7) Ver *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1862, pp. 424 y ss., y pp. 481 y ss.; y *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1862, pp. 253 y ss..

que ha redactado la Comisión de Legislación sobre justicia nacional. Este proyecto de ley ha sido publicado y ha recibido una pública aceptación. Le hemos estudiado detenidamente y creo que la Comisión ha hecho cuanto es posible hacer. De manera que yo propondría que con él se hiciera lo que se practicó con el Código de Comercio, y por eso hemos pensado presentar una moción en ese sentido, con tres pequeñas modificaciones que se indicarán. Pido el apoyo de mis colegas”.

Dicha moción fue apoyada.

Senador Vélez Sarsfield: “Tenemos derecho los abogados para pedir un voto de confianza, con relación a este Proyecto. Así yo estoy conforme enteramente con lo que acaba de proponer el señor Senador, con esas modificaciones que él ha anunciado. Hay, sin embargo, una parte de esa ley, la relativa a los sueldos, con la que no puedo estar conforme (...) Así yo digo que votemos todo el proyecto, menos lo relativo a los sueldos”.

Senador Elizalde: “Muy bien puede dejarse ese punto para discutir, cosa que no será larga, y sancionar por una votación lo demás del proyecto (...) Que se lea la nota de la Comisión”.

“Buenos Aires, Septiembre 25 de 1862. A la Honorable Cámara de Senadores. Larga y penosa ha sido la tarea que la Comisión de Legislación se impuso, con la mira de elaborar un proyecto de ley que organizara completamente el Poder Judicial de la Nación, y aunque ha sido auxiliada por las luces de otros señores Senadores, no se lisonjea con la creencia de haber llegado aquel objeto, en el que tiene el honor de someter a la ilustrada consideración del Senado. Ni debe extrañarse. De los tres altos Poderes que la Constitución reconoce: el Legislativo y el Ejecutivo, son fácilmente organizables porque en cuanto a ellos hace larguísimo tiempo que el país posee principios y prácticas; más en cuanto al Judicial, y mucho más en un sistema federativo de gobierno, sucede todo lo contrario. No hay a su respecto prácticas de ningún género, no hay principios que la generalidad conozca, no hay doctrinas recibidas, no hay antecedentes. Todo es preciso irlo creando a medida que ese Poder se vaya estableciendo. Aun para esto, sólo un modelo encontramos en la historia judicial de las naciones: el de los Estados Unidos. Mas la imitación de ese modelo tiene para nosotros bien serios inconvenientes, nacidos de que nuestra Constitución copió literalmente e irreflexivamente esta parte de la de los Estados Unidos, que tiene mucho de inaplicable a la República Argentina. Más al fin, esa es nuestra ley; la Comisión ha debido acatarla y ajustarse a ella, lo cual ha sido una de las dificultades que ha tocado. Se han agregado a ella las que naturalmente nacían de las especialidades de estos países, de sus

costumbres o hábitos judiciales, de la falta de hombres competentes en el crecido número que habría que emplear y de la actual carencia en el pueblo de nociones teóricas y prácticas en la materia. En vista de esto, la Comisión después de excogitar otros arbitrios, al fin se decidió a proponer la creación de la Corte Suprema y de los juzgados seccionales, suspendiendo por ahora la de las cortes o tribunales de distrito, intermediario entre aquella y éstos. El Congreso se halla perfectamente autorizado por la Constitución para este proceder, pues ella al declarar las diversas atribuciones y funciones del Poder Judicial nacional y de adscribir algunas de ellas precisamente a la Corte Suprema, deja libre la acción del Congreso para crear y organizar los tribunales y juzgados inferiores del modo que mejor lo estime. Por eso es que la Comisión, después de atribuir a la Suprema Corte el conocimiento de aquellas causas que la Constitución le ha atribuido, reparte entre ella y los juzgados seccionales o de primera instancia el conocimiento de todas las demás que correspondan a la jurisdicción nacional. El tiempo y la experiencia señalarán el momento en que sea útil y posible crear las cortes de distrito, y entonces se hará fácilmente una nueva distribución de las funciones indicadas. Por ahora no debemos entrar en el quimérico empeño de andarlo todo de una vez. El Poder Judicial nacional, completado, debe ser la obra de varias leyes sucesivas. Hoy empezamos colocando las grandes bases de este edificio: procuremos que se cimente, que se haga sentir y conocer; mañana emprenderemos darle más altura y extensión (...) Es imposible, señores, implantar de súbito toda una nueva organización judicial en un país que absolutamente no la conoce. Fácil es ordenarlo, trazándolo sobre el papel, no lo es, empero, el realizarla (...) Bien se deducirá de lo expuesto, que la ley que la Comisión propone en materia tan desconocida como complicada, adolece, y debe adolecer necesariamente, de notables deficiencias; porque además de no comprender ella sino la parte esencial de la ley orgánica del Poder Judicial, más no el todo de esta, la Comisión, guiada por los motivos indicados, ha cuidado mucho de no recargarla con menudencias y detalles...”.

El proyecto fue votado en general y resultó aprobado; continuándose con la discusión del artículo relativo a los sueldos.

2.3.2. El debate en la Cámara de Diputados

El 10 de octubre de 1862 comenzó en la Cámara de Diputados la discusión en general del Proyecto.

Diputado García [miembro informante]: "...Las Comisiones han consagrado a este asunto todo el tiempo de que les ha sido dado disponer. Bien se deja ver que ellas han estado muy lejos de profundizar esta grave materia y a su nombre debo decir que ellas no piensan que este proyecto del Senado sea perfecto, mucho le falta para ello, o más propiamente no le es dado informar con aplomo y seguridad hasta dónde es bueno o malo. No puedo, sin embargo, prescindir de exponer a la Honorable Cámara que las Comisiones han creído encontrar en el Proyecto en discusión algunos defectos que pudieran ser corregidos, pero la falta de tiempo le ha imposibilitado de corregirlos sino en algún punto muy esencial que se rozaba con un artículo constitucional. Por otra parte, esos defectos que tenía el Proyecto del Senado, cualesquiera que sean no tenían grande importancia ante la necesidad muy vital de dar al país el tercer Poder que le falta. El Congreso, Señor Presidente, no puede prescindir absolutamente de dar esta ley para completar el Gobierno Nacional. Tenemos el Poder Legislativo y Ejecutivo, falta ahora el tercer Poder que la Constitución ha creado para garantía del pueblo argentino. En una palabra, Señor Presidente, la misión del Poder Judicial es tan importante e indispensable que sin su existencia desaparece la garantía que la Constitución ha consagrado en sus artículos en beneficios del interés público y particular. Bien se deja ver que el Proyecto que la Comisión aconseja no es más que para suplir las necesidades del momento, sólo para plantear el Poder Judicial que falta, que más tarde cuando esta ley se ponga en práctica, cuando esta nos dé algunas lecciones, entonces entraremos a corregirlo, con más tiempo y más elementos de los que, por ahora, podemos disponer..."

El Proyecto fue votado en general y resultó aprobado; dándose comienzo a la discusión en particular que quedó trabada —en lo que aquí interesa— en el art. 1.

Diputado García: "...Desearía que el Señor miembro informante me contestase cómo procedería la Justicia Nacional cuando la ley nacional, o la Constitución, no fueran expresas, sobre las causas de que se trata, porque aquí hay una disposición preceptiva que dice: procederá siempre aplicando la Constitución y las leyes nacionales, ¿y cuando la Constitución y las leyes nacionales hayan callado sobre las causas de que se trata?"

Diputado García [miembro informante]: "Ahí está el Poder Judicial para decidir el punto".

Diputado García: "...Lo que yo digo es cómo procederá la Justicia Nacional acerca de aquellos puntos sobre los que no haya disposición expresa ni en la Constitución ni en las leyes nacionales".

Diputado Torrent: "Iba a decir contestando a las dudas manifestadas por el Señor Diputado por Buenos Aires que la diferencia de la legislación, o más bien que las leyes o la Constitución no sean expresas en un caso que se presente, lo decidirá la Corte Suprema con arreglo a los principios generales..."

Tras continuar la discusión acerca de la jurisdicción federal, se puso a votación el art.1 y resultó aprobado por la mayoría.

También quedaron aprobados los arts. 2 y 3, sin registrarse debate alguno al respecto.

Luego, continuó el debate respecto de los demás artículos del Proyecto, que resultó aprobado con algunas modificaciones.

2.3.3. La sanción de la ley 27

El 13 de octubre de 1862, la Cámara de Senadores recibió el Proyecto aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados.

Senador Vega: “Yo iba a pedir que se considerara sobre tablas el asunto sobre justicia federal”.

Senador Alsina [Presidente]: “Está en discusión”.

Senador Vega: “La Comisión de Legislación se ha hecho cargo de las reformas hechas por la Cámara de Diputados en la ley de justicia nacional, sancionada por la Cámara; y a pesar de que la Comisión no ha variado de opinión respecto a las reformas a que se ajustaba la Suprema Corte de Justicia, cree que ellas deben adoptarse por la premura del tiempo. Ya las sesiones terminan, y es preciso que esta ley quede sancionada (...) Como esta ley se complementará muy luego, la Comisión opina que se deben aceptar las modificaciones tales como han venido de la Cámara de Diputados (...) Por estas razones, la Comisión aconseja al Honorable Senado la adopción de las modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados”.

Luego, tras un breve debate referido a los salarios de los jueces y la competencia originaria de la Corte Suprema, la Cámara de Senadores votó el Proyecto con las modificaciones formuladas, y acabó por aprobarlo, convirtiéndose así en la ley 27 de la República Argentina.⁽⁸⁾

2.4 | 1863: El Congreso de la República Argentina (II): la ley 48

El 18 de octubre de 1862, es decir, dos días después de sancionada la ley 27, el Presidente Bartolomé Mitre nombró a los jueces de la Corte

(8) “Ley n° 27”, en *ADLA 1852-1880, La Ley*, p. 354.

Suprema y al Procurador General; sin embargo, no entraron en funciones sino hasta el año siguiente, ocupándose mientras tanto de la preparación de diversos proyectos de ley para la flamante judicatura que el Poder Ejecutivo envió luego al Congreso para su aprobación.⁽⁹⁾

Así, en 1863, el Congreso Nacional debatió tales Proyectos, sancionando —entre otras— la todavía vigente ley 48,⁽¹⁰⁾ como complemento de la ley 27.

2.4.1. El debate en la Cámara de Senadores

El 27 de junio de 1863, comenzó en la Cámara de Senadores el debate de un conjunto de Proyectos de ley, entre los cuales el primero, referido a la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales, establecía:

Art. 21: “Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones, procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancionase el Congreso, los tratados con naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación y los principios del derecho de gentes, según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido”.⁽¹¹⁾

Se dio inicio así a la discusión en general de los Proyectos.

Senador Navarro [miembro informante]: “...Como miembro informante de la Comisión de Legislación, señor Presidente, tengo el encargo de manifestar a la Cá-

.....

(9) Ver ZAVALIA, CLODOMIRO, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo norteamericano*, Peuser, Bs. As., 1920, p. 57 y ss.

(10) Ver *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, 1863, pp. 190 y ss. y pp. 450 y ss.; y *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, 1863, t. 1, pp. 301 y ss. En el Mensaje del Poder Ejecutivo se expresó: “...La institución de la Justicia federal es una novedad en nuestro sistema político, que carece entre nosotros de precedentes de todo género que pudieran servir de guía. Viene ella a crear una jurisdicción especial, que necesitaba ser claramente deslindada, y cuyo mismo espíritu exigía procedimientos también especiales, que era forzoso fijar. La ley de 16 de octubre, sancionada en los últimos días del anterior período legislativo, bien puede decirse que se limitó a consignar los principios fundamentales que debieran servir de punto de partida a las disposiciones que sucesivamente debían perfeccionar este gran resorte de nuestro sistema político”.

(11) Como puede advertirse, el orden de prelación contemplado en dicho artículo ya no se ajusta a la jerarquía normativa que surge del texto de la Constitución reformada en 1994 (ver arts. 27, 28, 31 y 75 inc. 22).

mara que ella (...) insiste que ese negocio se vote en globo (...) Su objeto (el de la Comisión de Legislación) es que se aprueben por un voto de confianza todos los proyectos que presenta la Corte Suprema (...) Todas las disposiciones que contiene han sido larga y detenidamente discutidas en la Comisión y consultada la Corte Suprema; de consiguiente, la Comisión insiste que sea sancionado el proyecto”.

Los Proyectos fueron aprobados en general, y luego se aprobó puntualmente el Proyecto N°1 sin que, en lo que aquí interesa, se registrara una discusión de relevancia.

2.4.2. El debate en la Cámara de Diputados

El 31 de julio de 1863, comenzó en la Cámara de Diputados la discusión en general de los Proyectos.

Diputado Quintana [miembro informante]: “...Señor Presidente: la República no puede decirse definitivamente organizada mientras no funcione con toda regularidad uno de los tres altos Poderes del Estado en que el pueblo argentino ha delegado el ejercicio de su soberanía ordinaria. Si el Poder Legislativo es la cabeza que dicta las leyes; si el Poder Ejecutivo es el brazo vigoroso que las ejecuta, el Poder Judicial es el que pone en juego esa eficaz combinación que la humanidad ha elaborado a través de los siglos, bajo el nombre de moderno sistema republicano (...) Las libertades todas que la humanidad ha conquistado a fuerza de tantos y tan inmensos sacrificios, serían vanas e ilusorias, faltando los tribunales que hubieran de aplicarlas a los casos ocurrentes. La ley que garante el Poder Judicial Nacional, no es así un simple instrumento de buen gobierno, sino que es una condición indispensable para la estabilidad y desarrollo de una sociedad organizada, a fin de resolver en la práctica ese gran problema de conciliar la seguridad de todos con la más amplia libertad de cada uno. Imbuída la Comisión en estas ideas, no puede menos que prestar su caluroso apoyo a cualquier proyecto tendiente a imprimir la vida o esa institución muerta hasta ahora entre nosotros y cuya existencia durante los últimos diez años debiera haber ahorrado muchos de los escandalosos abusos cuyas fatales consecuencias deploramos aún. Muy lejos está la Comisión de Legislación de abrigar la idea de que los proyectos cuya sanción aconseja a la Cámara, sean la expresión de la perfectibilidad en esta materia, no obstante la competencia de las personas que los han formado, a pesar del examen hecho por el Poder Ejecutivo, a pesar de la sanción de la Cámara de Senadores y de las ligeras modificaciones que la Comisión aconsejó. Pero sí cree la Comisión que los proyectos, tales como los presenta, satisfacen cumplidamente las exigencias del momento, que la experiencia propia será el mejor medio de apreciar sus ventajas y que este año legislativo habría concluido, sin que los tribunales federales funcionaran si ella se hubiera contraído a un estudio tan detenido, como lo requiere una materia tan ardua y espinosa (...) Estas simples indicaciones a las que por ahora se limita la Comisión, son suficientes, a su juicio, para que la Cámara, respondiendo

a una de las necesidades más apremiantes de la situación actual, sancione con su voto unánime los proyectos que están en discusión”.

El Proyecto fue votado en general y resultó aprobado; dándose comienzo a la discusión en particular que quedó trabada —en lo que aquí interesa— en la disposición que fijaba la competencia de los tribunales para actuar cuando la Nación fuera parte actora.

Diputado Zavalía: “...(la disposición) contiene una doctrina abiertamente contraria a mis convicciones sobre la jurisdicción federal (...) Este inciso parece estatuir, Sr. Presidente, que los Tribunales Nacionales sólo se han establecido para que la Nación entable una acción contra sus deudores, o contra aquellos que se niegan al cumplimiento de sus obligaciones, y no para garantir los derechos de los particulares en el caso que tengan que hacer reclamos contra el gobierno. Esta disposición no da jurisdicción a los Tribunales Nacionales en los casos en que la Nación sea parte demandada. Creo que esta doctrina es abiertamente contraria a la Constitución. El artículo de ésta, dice simplemente: la jurisdicción federal se entiende a las contiendas en que la Nación sea parte. Por la interpretación que se ha dado a la palabra ‘parte’, se ha disminuido la mitad de la jurisdicción de los Tribunales Nacionales, limitándolos a sólo aquellos casos en que la Nación se presente como actor. No comprendo francamente cómo se deduce semejante doctrina (...) El Poder Judicial, como lo ha dicho muy bien el Sr. Miembro informante, viene a completar el sistema de Gobierno Republicano estableciendo un contrapeso a los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Es él el que viene a moderar los avances de uno y otro Poder, sin lo cual podría establecerse una tiranía de las más terribles. A este Poder está reservada la facultad de juzgar los actos públicos del gobierno y del Congreso. Siempre que éste dicte una ley inconstitucional o que el primero expida un decreto del mismo carácter, es el Poder Judicial quien está encargado de remediar el daño dejando sin ejecución la ley o el decreto. Esto no se va a conseguir si se deja la jurisdicción limitada al caso sólo en que la Nación sea parte actora. Es muy sencillo, por un ejemplo, hacer ver la inconstitucionalidad de esta disposición. Quiero suponer que el Congreso dicta una ley inconstitucional lo cual es muy factible; que el Poder Ejecutivo le ponga el cúmplase; que sus agentes la ejecutan; que en cumplimiento de ella los bienes de algunos ciudadanos han sido embargados; ¿qué medios tienen de pedir en devolución? Entablan demanda a la Nación (...) y, sin embargo, por la doctrina de esta ley ningún ciudadano puede pedir el desagravio de su ofensa (...) Yo desearía que el señor miembro informante de la Comisión me explicase el alcance de esta disposición, porque tal vez estoy equivocado”.

Diputado Elizalde: “...Esta cuestión (...) es a mi juicio, Sr. Presidente, una de las más graves que se puede ofrecer en este asunto, porque si la idea del Sr. Diputado hubiera de admitirse, vendría a romperse todo el equilibrio constitucional en que están basados los tres Poderes Públicos, en que está dividida la soberanía popular. El Sr. Diputado no solamente sostiene que los actos del Poder Ejecutivo se pueden

demandar (...) sino más aun, que se puede demandar a la Nación, y ahí indudablemente tiene que llegar para sostener sus opiniones. Yo entiendo, Sr. Presidente, que dada nuestra organización política, ninguno de los Poderes del Estado en que está dividida la soberanía popular puede ser juzgado por otro de esos Poderes. El Poder Legislativo dando leyes, el Poder Ejecutivo administrando, el Poder Judicial haciendo cumplir aquellas disposiciones, no están sometidos en la órbita de sus atribuciones, a ningún otro Poder, sino en aquellos expresos casos que la Constitución designa. El Sr. Diputado sostiene que la Nación puede ser demandada; es decir, que tanto el Congreso cuando niegue el pago de una deuda, por ejemplo, como el Gobierno cuando niegue el cumplimiento de un contrato, pueden ser llevados ante el Poder Judicial. Supongo que éstas son las ideas del Sr. Diputado”.

Diputado Zavalía: “Sí, señor”.

Diputado Elizalde: “Yo le digo entonces que hará imposible el ejercicio de un Poder Público (...) Es decir, que el Poder Legislativo de la Nación que en uso de las atribuciones constitucionales niega una cosa, vendría a ser juzgado por un Poder igual, por el Poder Judicial”.

Diputado Zavalía: “Ese es el sistema”.

Diputado Elizalde: “Entonces yo digo al Sr. Diputado, que el equilibrio vendría a romperse. No olvide el Sr. Diputado que el Poder Judicial se compone de cinco jueces que son inamovibles; que una mayoría de ese Tribunal de tres jueces hace resolución y entonces vendría a suceder que a esas tres personas estarían sometidos el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo de la Nación: esto sería gravísimo. Señor, la Comisión ha estudiado mucho este asunto, ha conferenciado detenidamente con el Presidente y el Fiscal de la Suprema Corte de Justicia y estos señores eran unánimes en la opinión de que la Nación no podía ser demandada. La práctica de otras naciones viene en apoyo de las ideas de la Comisión (...) Ahora respecto al caso que ha puesto, cuando el Congreso sancionara una ley estableciendo derechos de exportación, por ejemplo, después del término que la Constitución ha fijado, por su extinción, indudablemente que el Poder Judicial no lo aplicaría, como no aplicaría ninguna que abiertamente violase la Constitución. Si el Sr. Diputado se pone en el caso extremo, es claro que esa disposición no puede ser ley, pues la Constitución a este respecto es terminante”.

Diputado Zavalía: “...La objeción más seria, al parecer, que ha hecho el Sr. Diputado a mis observaciones es la superioridad que parece que se da al Poder Judicial sobre los demás poderes de la Nación; pero esta superioridad, si como tal se comprende, se la da de una manera terminante la Constitución confiándole el poder de interpretar en definitiva la Constitución y de aplicar las leyes de la Nación o cualesquiera medidas dictadas por el Congreso. Esta es la misión importante que tiene el Poder Judicial y que no tiene la Administración de Justicia ni en Francia, ni en Inglaterra. Lo que se quiere hacer, en este caso, es disminuir en la mitad la importancia del Poder Judicial y no sé cómo el Miembro Informante de la Comisión podría justificar esa limitación. ¿Qué se entiende por parte?, ¿sólo en el caso

de actor? No, señor; cuando sea demandante o demandada: así lo entiende la Constitución de los Estados Unidos y la nuestra también...”.

Diputado Zavaleta: “Sr. Presidente, una de las ventajas de haber adoptado entre nosotros el sistema federal, tal como se ha adoptado en la Unión Norteamericana, es, se puede decir, haber incorporado en cierto modo en nuestra Constitución la jurisprudencia que allí se siguen en materias constitucionales. El artículo de la nuestra, que ha organizado el Poder Judicial de la Nación, está textualmente tomado de la de Estados Unidos, puede decirse que no hay la mínima diferencia, y debemos por esta razón entenderlo, como lo entienden allí, donde se han tocado todas estas cuestiones. Se ha tratado de si la Nación podía ser demandada; si los Estados podían serlo igualmente y la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sido constantemente uniforme, y ha consagrado la doctrina de que la Nación no podía ser demandada (...) Así pues, aunque la Constitución usa sólo la palabra ‘parte’, no quiere decir que ha de ser en los dos casos sino únicamente en los que puede serlo (...) El Poder Judicial que debe juzgar y que no tiene los medios de hacer ejecutar sus sentencias, no es Poder Judicial propiamente hablando, y a este resultado llegaríamos si establecemos que la Nación puede ser demandada. Una sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia mandando pagar 10.000 pesos duros, por ejemplo, no sería ejecutada, y entonces la sentencia sería ilusoria; sólo produciría un malestar en la administración de la Nación, gastando uno de sus resortes. La Corte de Justicia no puede disponer de las rentas que por las leyes del Congreso estén afectas a otros objetos y el Poder Ejecutivo no puede entrar a disponer de fondos sino para los objetos que estuviere completamente autorizado, y las resoluciones del Poder Judicial vendrían a chocar con este escollo constitucional. Haré presente también al Sr. Diputado que aunque dice la Constitución que el Poder Judicial conoce las causas que versen sobre puntos regidos por los tratados celebrados con las potencias extranjeras; sin embargo, es doctrina constante en los Estados Unidos que hay muchos casos regidos por los tratados que no son decididos por el Poder Judicial sino por el Ejecutivo. Por ejemplo, un *casus belli*, no es el Poder Judicial sino el Ejecutivo el que decidirá si es llegado o no, y así hay otros más que no puedo recordar en este momento...”.

Diputado García: “...Los Sres. miembros de la Comisión defienden el artículo tal como viene redactado, lo sostienen con el ejemplo de varios países europeos, donde las causas en que está interesado el gobierno o el fisco, son juzgadas por Tribunales dependientes del Poder Ejecutivo y dicen: sería monstruosa la teoría que los actos de uno de los Poderes Públicos fuesen juzgados por otros Poderes (...) Pero en la Comisión de Negocios Constitucionales de esta Cámara hay abogados de Buenos Aires que no pueden haber olvidado que la misma Provincia, por ejemplo, siguiendo el sistema que debe regir en todo país republicano, ha establecido una cosa muy diferente y muy benéfica a los intereses de los participantes. Después de varias discusiones tenidas acerca de ese Proyecto, se ha establecido que en todos los asuntos en lo contencioso administrativo, y en que un particular se cree perjudicado, puede apelar al Superior Tribunal de Justicia, cosa que tiene lugar todos los días, en que los actos del Poder Ejecutivo son confirmados

o revocados, dándoles una grande autoridad moral, o reparando los daños que involuntariamente pudieran causarse, por errores del derecho que todos los hombres pueden cometer. Este es el único sistema que ha establecido la Constitución cuando en el artículo 100 ha dicho: corresponde a la Corte Suprema y a los Tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución (...) La Constitución no ha hecho distinción alguna; no ha dicho si podrá ser parte actora y demandada la Nación, y no nos toca a nosotros, miembros del Congreso, interpretar la Constitución, limitándola en este artículo. Sería solamente la Alta Corte de Justicia, que es el único Poder que puede interpretar la Constitución, la que interpretaría el artículo de que tratamos. La pretensión de los que quieren someter a la Corte Federal todos los asuntos en que el Poder Ejecutivo sea parte, ya actora, ya demandado, no es atentatoria al orden público. La Corte Suprema de Justicia podría hasta no dar cumplimiento a una ley que el Congreso dictara, si fuera contraria a la Constitución (...). Yo me voy a permitir tratar de otro que citó el Sr. Miembro informante de la Comisión para establecer con él la gran conveniencia que hay en que la Corte Suprema, como lo establece la Constitución, pueda entender en los casos en que la Nación sea parte actora o demandante (...) Si el Congreso niega el pago de una deuda, o dicta una ley negando el pago de una deuda, la buena doctrina es que el interesado pueda ir a los Tribunales nacionales a demandar al fisco, sobre el pago de la deuda; y los Tribunales en ese caso, verán ante todo si el Congreso ha podido dictar esa ley; si era o no contraria a la Constitución. Si la ley no era contraria a la Constitución, los Tribunales Federales acatarán a la ley del Congreso; pero si la ley fuese contraria a la Constitución, no la obedecerán, y resolverán como corresponde, porque la Constitución es la primera ley a que deben atenerse todos los poderes. Por consiguiente, el interesado en este caso debe tener derecho de ir a los Tribunales Federales; y los Tribunales Federales, respetando como deben respetar las leyes del Congreso, verán ante todo si la Constitución ha sido o no violada. Esta es la teoría más conforme con los principios que deben regir en un país republicano: sólo aceptando esta teoría, es que se puede decir que el Poder Judicial es la salvaguardia de las garantías y de los derechos del ciudadano. El Poder Judicial como está constituido por ese artículo, no es sino un elemento para que el fisco pueda entablar su acción contra los particulares; no es la salvaguardia del ciudadano para que pueda ir a buscar la protección y el amparo de sus derechos...".

Diputado Zavalía: "...Quiero decir, pues, que cuando la Constitución dice 'en todos los casos en que la Nación sea parte' debe entenderse en que sea parte actora o demandada. La objeción más sería que se ha hecho a la doctrina, que yo sostengo, es que los tribunales no tendrán los medios suficientes para hacer ejecutar esa acción cuando fuese contra el fisco, es decir, cuando la Nación fuese demandada (pero) los tribunales federales, señor, lo mismo que los tribunales ordinarios, siempre que juzguen en causa del fisco, su jurisdicción se limita a una declaración de derechos; nunca se lleva la jurisdicción hasta llevar a juicio al Poder Ejecutivo; pero la sentencia del tribunal declara el derecho, y esa sentencia viene a ejecutarse con el acatamiento que el gobierno debe prestarle...".

Diputado Elizalde: "...El señor Diputado, aludiendo al caso que yo había citado por ejemplo, que cuando el Congreso niega el pago de una deuda, no podía ser demandada la Nación ante el Poder Judicial, el señor Diputado ha sostenido que esto podría hacerse. Yo le digo al señor Diputado que si esa idea se llevara a efecto traería las más funestas consecuencias; porque queriéndose huir de los perjuicios que sufren los particulares, llegaríamos a la tiranía del Poder Judicial, que es la peor de las tiranías pues no hay a quién reclamar. Si el Poder Judicial condena un hombre a muerte, que es lo más grave, no hay a quién reclamar. Lo que los tribunales dicen es la suprema verdad, y esto hace comprender lo delicado que es darles una omnipotencia mayor que la que tienen. Por consiguiente, las precauciones que se quieren tomar contra el Poder Ejecutivo y contra el Poder Legislativo, debemos tomarlas también con mucha más razón contra el Poder Judicial que se compone de una mayoría de tres hombres que duran toda la vida, y bajo la dependencia de esas tres personas vendría a quedar tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Legislativo de la Nación. Yo digo que cuando la Constitución ha dicho clara y terminantemente: el Congreso sea quien resuelva las cuestiones sobre deuda pública, por ejemplo, no se puede venir a sostener que el Poder Judicial tiene derecho de destruir una sanción del Congreso dada en virtud de las atribuciones que la Constitución le da: no se puede sin rebajar la dignidad del Congreso, decir que el Poder Judicial es juez de los actos del Poder Legislativo. Se quiere establecer la garantía de los ciudadanos contra el Poder Ejecutivo y contra el Poder Legislativo, y se crea la tiranía del Poder Judicial. ¿Por dónde ha de ofrecer mayor garantía una resolución del Poder Judicial que la de cualquiera de los otros de los dos Poderes? No, señor, ni puede sostenerse semejante cosa bajo el punto de vista de las garantías constitucionales. Además, señor, si se le diera al Poder Judicial el derecho de juzgar todos los actos del Gobierno y del Poder Legislativo porque un particular cualquiera dijese que se habían violado sus derechos, se le daría al Poder Judicial el derecho de entrometerse en los asuntos que la Constitución le niega. Yo pregunto cómo le ordenaría el Poder Judicial al Gobierno, por ejemplo, que pagase tal deuda [si] el Gobierno no puede gastar sino lo que el presupuesto le ordena; y si el Poder Judicial le ordenara que pagase tal suma fuera del presupuesto, ¿con qué pagaba el Gobierno?, ¿cómo se le compelería? Y así, sin embargo, tendría que ser si se le asigna el rol de demandado. Yo creo, señor, que la Cámara debe fijarse mucho en esto, porque es una cuestión de mucha trascendencia..."

Diputado Gorostiaga: "El Gobierno federal organizado por los Estados de América en 1787, fue efectivamente un grande acontecimiento, un nuevo descubrimiento en la ciencia política. La organización del Poder Judicial bajo este sistema de Gobierno, fue una mayor novedad. Nosotros hemos copiado nuestra Constitución de aquella Constitución. No es de extrañarse, por tanto, Sr. Presidente, que nos encontremos desacordes en la apreciación de las medidas orgánicas del Poder Judicial establecidas por nuestra Constitución, organización que se ha tomado de la Constitución de los Estados Unidos. Entiendo, Sr. Presidente, que el artículo que está en discusión está bien como está. El principio fundamental es la separación de los Poderes Públicos, del Ejecutivo y del Judicial. De ahí resulta que el Poder

Legislativo, es soberano en sus actos legislativos; el ejecutivo, en lo administrativo; y el judicial, en los juicios (...) Tengo aquí las palabras que he copiado del 'Federalista' escritas por Hamilton, quien hablando de esto dice: 'por la naturaleza de la soberanía, los que están revestidos de ella, no pueden ser llevados ante ningún tribunal de justicia sin su consentimiento (...) El Poder Legislativo no puede ser demandado ante el Poder Judicial de la Nación, ni tampoco puede ser demandado el Poder Ejecutivo, sea que se trate de la constitucionalidad de un acto legislativo o de un acto ejecutivo'. En esta cuestión, va envuelta la aplicación de esa ley o de esa medida; pero no es la Nación la demandada, sino que con motivo de la aplicación de una ley o de un tratado, surge la cuestión sobre la constitucionalidad de la medida. Por una y otra Constitución, la Corte Suprema de Justicia es la encargada de declarar la inconstitucionalidad del acto (...) Pero siempre la administración es juez de sus propios actos. De otra manera, la soberanía de los tres Poderes Públicos, quedaría completamente confundida; y por una pendiente fatal, inevitable, llevaríamos a los dos Poderes Públicos, el Legislativo y el Ejecutivo, a someterlos enteramente al Poder Judicial. Entonces se acabaría la división de los Poderes, caería la base fundamental de nuestra Constitución, y podríamos decir que todas las libertades que la Constitución consigna, habrían desaparecido. Está bien, pues, el artículo tal como está y he de votar por él".

Diputado Elizalde: "La Corte Suprema ha formulado estos Proyectos declarando que la Nación no puede ser demandada, el Gobierno ha aceptado la idea y el Senado también; pasó luego a la Comisión, y la Comisión encuentra que suprimir esta palabra, importaría el rechazo de la idea aceptada por la Corte. Después el Sr. Diputado se preocupa solamente del Poder Ejecutivo; fíjese que se trata de los tres Poderes Públicos..."

Diputado García: "He dicho que el fisco puede ser demandado..."

Diputado Elizalde: "Ahora voy a contestar a la última observación del Sr. Diputado, que ha dicho que debemos tomar presente la especialidad de nuestro país. Precisamente esa es una de las razones que deben obrar en el ánimo del Sr. Diputado para mantener el artículo como está. El Cuerpo Legislativo y el Gobierno, se renuevan en periodos determinados por la Constitución. Unas veces, la soberanía del país es representada por unos hombres; otras veces, es representada por otros; pero el Poder Judicial dura toda la vida mientras no se mueran sus miembros. Por consiguiente, ese también es un argumento contraproducente, puesto que bajo la dependencia de los miembros del Tribunal de Justicia, se van a poner todos los otros Poderes".

Diputado Mármol: "Eso es para las demandas; no se van a poner bajo la dependencia del Poder Judicial los demás poderes. En los casos en que el Poder Ejecutivo es persona civil en que contrata con un particular vestuarios, armamentos, etc. y no cumple este contrato..."

Diputado Elizalde: "En primer lugar, el particular ocurre al gobierno; lo natural, es suponer que el Gobierno haga justicia, pero supongamos que no la hace. Enton-

ces ese individuo, hace lo que se hace en los Estados Unidos: se presenta al Congreso y entonces, el Congreso, como gran jurado que es de la Nación, entiende de la causa. Si ve que el gobierno ha cometido una injusticia, sin decir si ha hecho bien o mal, vota una indemnización por los daños causados a aquel individuo pero no somete el otro poder a su jurisdicción”.

Diputado Mármol: “Yo quisiera que el Sr. Diputado me convenciera, porque no tengo ningún motivo para ser tenaz en esta cuestión, ¿qué hace el Congreso cuando examina ese reclamo?”.

Diputado Elizalde: “Examina el asunto”.

Diputado Mármol: “Juzga”.

Diputado Elizalde: “No juzga, vota una indemnización sin entrar a clasificar los actos del Gobierno...”.

Diputado Mármol: “...No será juzgar con escribano, pero es juzgar. Yo le digo que es completamente romper la armonía entre los Poderes Públicos dejar que el Congreso juzgue un caso particular entre el Gobierno y un individuo, porque eso es mucho más peligroso que dejar esa facultad en la Corte Suprema. El Congreso puede juzgar de una manera apasionada, porque frecuentemente hay, cuando menos, una minoría de oposición, y aun cuando no fuera por oposición, podría llegar el caso en que el Congreso declarase que un particular tenía más derecho que el Gobierno (...) Sea el Congreso, sea un tribunal especial —que es el Consejo de Estado en otros países—, sea el tribunal federal, alguien ha de juzgar estas causas”.

Diputado Elizalde: “Entre nosotros es lo mismo; es el Consejo de Ministros, presidido por el Presidente de la República”.

Diputado Mármol: “Entre nosotros no hay Consejo de Ministros...”.

Diputado Elizalde: “Se resuelve bajo la responsabilidad del Presidente y de los Ministros; viene a ser lo mismo”.

Diputado Mármol: “Yo creo que es más desventajoso para la armonía de los Poderes Públicos, traer al conocimiento de las Cámaras los litigios entre el Gobierno y los particulares; lo considero más peligroso que llevarlos a la Corte Suprema. Por esto es que, respetando profundamente la opinión de los señores que han sostenido la doctrina contraria, creo que debemos dejar este punto para que lo interprete la Corte Federal...”.

Ministro de Justicia Costa [que se encontraba presente en la sesión]: “...Yo insisto para que no se suprima la palabra actores, porque si se suprime, en la inteligencia de que la Nación puede ser demandada (...) yo creo que ha de traer grandes inconvenientes (...) El Poder Ejecutivo, en el sistema que nosotros hemos adoptado, administra; el Legislativo, legisla y el Judicial, juzga. Cada uno de estos Poderes en la órbita de sus atribuciones, es independiente de los otros Poderes. De otra

manera, si el Poder Judicial entrara a legislar, por ejemplo, habría confusión de poderes y esto conduciría indudablemente a la pérdida de las libertades públicas. Se dirá que puede haber peligro en esta independencia de los poderes, desde que no hay otro Poder más arriba que juzgue sus actos, puesto que los ciudadanos pueden ser perjudicados. Indudablemente, señor, esto está en la naturaleza humana, porque nadie es infalible. El Poder Legislativo puede abusar de sus facultades; pero es solamente responsable ante el pueblo; ni el Poder Ejecutivo ni ningún otro Poder, puede pedirle cuenta de sus actos, ni eso es compatible con nuestras instituciones, ni con lo que han consagrado los pueblos en la Constitución. Es cierto que la Constitución establece que el Poder administrativo puede ser sometido al juicio del Poder Judicial pero la Constitución ha determinado también el modo como pueden repararse los agravios que pudieran originar estos Poderes. El Poder administrativo puede ser acusado ante el Poder Legislativo, y el Poder Judicial, puede ser también acusado. De manera que si uno u otro se excedían en sus facultades, los males que hubieran podido inferir a los ciudadanos, podían ser fácilmente reparados. Como el Poder Legislativo es renovado periódicamente, los males que él hubiera podido inferir dictando leyes contrarias al interés de los pueblos, estos males podrían ser fácilmente reparados por medio de la renovación periódica. Creo, señor, que estas ligeras observaciones, convencerán a la Cámara que no habría conveniencia alguna en borrar esa palabra, que su acción sea desembarazada, y no podría tener este desembarazo, si tuviera que someter sus actos al Poder Judicial. Hay ciertas ocasiones en que el Poder Ejecutivo necesita proceder ejecutivamente; y si cualquier otro Poder tuviera facultad de intervenir en sus actos, muy pronto se vería en situación de no poder marchar. ¿Qué sería, señor, del Poder Ejecutivo si a cada resolución que dictase un particular cualquiera tuviera derecho de contrariarlo? ¿Sería posible la existencia del Poder administrativo de esta manera? Yo creo, señor, que es perfectamente conforme al espíritu de nuestras instituciones, a su esencia misma, el artículo, tal como lo ha propuesto la Corte de Justicia, como lo ha aceptado el Gobierno y como lo ha propuesto la Comisión. Por estas consideraciones, yo creo que la Cámara debe aceptar el artículo en discusión”.

Diputado Torrent: “...Si el Poder Ejecutivo administrando perjudica los intereses de un individuo, ese Poder es justiciable y debe ser juzgado por la Corte Suprema. La consecuencia, en mi concepto violenta que se ha deducido, me parece que ha sido partiendo de la base de que el Poder Ejecutivo es justiciable por sus actos. Debemos observar que si el Poder Ejecutivo administrando trae perjuicio a los intereses de los particulares, el medio de subsanar estos perjuicios, está en la responsabilidad que tienen los funcionarios de los Poderes Públicos. El Poder Ejecutivo faltando a sus deberes, es acusable ante la Cámara de Diputados; y por consecuencia, el recurso que le queda, la gestión única que debe hacer este individuo particular damnificado, es pedir la indemnización. ¿Quién puede acordar la indemnización?; ¿cuál es la dificultad principal que puede obstar al examen de los derechos de este individuo, y quién tiene el derecho de votar fondos para indemnización? Este derecho sólo le asiste al Poder Legislativo; pero si nosotros de-

claramos que el Poder Ejecutivo es acusable ante la Corte Suprema (...) haríamos descender al Poder Ejecutivo del rango en que la Constitución lo ha colocado, de no ser juzgado sino por las Cámaras, y lo llevaríamos ante el Poder Judicial. Por esta razón yo diré, señor, que para lo que es indemnizar los daños que los intereses de un particular hayan recibido por un acto ilegítimo del Gobierno, sobran las garantías de los derechos de ese particular que la Constitución le acuerda. Desde que el Cuerpo Legislativo tenga facultad de acordar indemnizaciones por intereses que hayan sido damnificados, todas las exigencias de la justicia quedan salvadas con sólo esta garantía. Nada más a mi juicio hay que pedir, porque si hubiera algo más, sería la responsabilidad del funcionario, y ésta ya sabemos cómo se hace efectiva”.

Diputado Zavala: “Veo que el señor Diputado que deja la palabra hace una confusión entre el juicio político y el juicio contencioso (...) Yo creo que el señor Diputado ha partido de una base falsa cuando ha creído que con ese remedio bastaba para garantir los derechos del ciudadano (...) Mucho se ha insistido aquí diciendo que el mayor inconveniente que hay para someter los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo a la decisión del Poder Judicial, es atribuirle una superioridad al Poder Judicial (pero) no hay tal superioridad en este caso...”.

Diputado Vélez: “La objeción capital que se ha hecho por los que sostienen el artículo del proyecto, tal como ha sido pasado por el Senado, es que si se le da al Poder Judicial el derecho de decidir en las cuestiones que ocurren entre un particular y la Nación, cuando ella fuere parte, se le da al Poder Judicial una facultad superior y que vendría de este modo a juzgar, a la vez, los actos de todos los demás poderes que existen en el Gobierno republicano. Yo creo que los que sostienen esto, lo hacen porque no tienen en consideración la manera como el Poder Judicial resuelve estas cuestiones. El Poder Judicial en los Estados Unidos es, digamos así, un poder especial, como debe serlo entre nosotros. Cuando juzga sobre la constitucionalidad de un acto cualquiera, indudablemente puede decirse que es superior al Congreso, puesto que tiene la facultad de declarar, por ejemplo, que tal ley dictada por el Congreso es contra la Constitución. En ese caso, es superior al Congreso, puesto que viene a hacer ineficaz una ley del Congreso. Pero cuando resuelve la Suprema Corte, como cuando resuelven los tribunales federales, no resuelve diciendo que la ley es inconstitucional, sino que resuelve solamente sobre un acto particular; así es que, a pesar de esa gran facultad, el Poder Judicial no llega a hacerse superior a los demás poderes. Lo mismo sucede cuando se presenta una cuestión, juzgando aquel caso particular pero no como un Poder superior al Poder Ejecutivo. Es así, Sr. Presidente, como yo entiendo la cuestión y como, fuera de duda, es entendida en los Estados Unidos. Todos los comentadores de la Constitución de los Estados Unidos, dicen que el Poder Judicial viene a ser un poder político desconocido de todos los demás Poderes de la Nación como se sostiene; eso es, que es un poder único que sólo existe en los Estados Unidos”.

Diputado Gorostiaga: “En los Estados Unidos no es demandada la Nación”.

Diputado Vélez: "Es cierto que no es demandada la Nación; pero esto ha proveni- do o más bien fundándose en razones especiales..."

La discusión continuó en la sesión siguiente del 03 de agosto de 1863.

Diputado Obligado: "...Si la Nación pudiera ser demandada ante los Tribunales Federales, vendría a quedar comprometido el principio constitucional de la inde- pendencia de los tres altos Poderes del Estado; pues de ese modo, los Poderes Ejecutivo y Legislativo quedarían sujetos a las decisiones del Poder Judicial; y la autoridad del Congreso, por ejemplo, para fijar anualmente el presupuesto de gastos, y para arreglar el pago de las deudas de la Nación, vendría a subordinarse a la acción de los Tribunales; así es que éstos podrían ordenar el pago forzoso de una deuda pública, que el Congreso, de acuerdo con el Poder Ejecutivo, hubiese declarado ilegítima; lo cual importaría hacer dependientes del Poder Judicial a los demás Poderes del Estado, lo que la Constitución no ha querido; sino que, por el contrario, ha establecido expresamente su independencia recíproca (...) Aun considerando solamente esta cuestión del punto de vista de la conveniencia, y de los intereses particulares, no podría demostrarse nunca que habría ventaja en someter todos los Poderes públicos a la acción del Poder Judicial. Los actos del Poder Ejecutivo y del Legislativo están sujetos a la más completa publicidad, son discutidos por la prensa y en las Cámaras. El Poder Ejecutivo es responsable ante el Congreso, y los Representantes ante el pueblo que los nombra; mientras los miembros del Poder Judicial son inamovibles, sus actos no están sujetos a una tan grande publicidad como los otros, y no pueden ser juzgados sino en casos muy extraordinarios. Cuando las garantías que ofrecen la publicidad de los actos, la libertad de imprenta y la amovilidad de los magistrados, no sean suficientes para evitar los abusos de los Poderes Públicos, entonces será también ineficaz la acción del Poder Judicial. Así, por ejemplo, en la triste época de la dictadura, ¿cuál habría sido el juez que se hubiera atrevido a anular o condenar una resolución cualquiera tomada por Rosas? Indudablemente que ninguno. Concluiré con una última ob- servación, que me parece decisiva en este caso, y que viene a quitar mucho de su importancia práctica a la cuestión que nos ocupa. La Suprema Corte de Justicia Nacional ha reconocido ya, que sólo le compete conocer en aquellas causas en que la Nación sea parte actora; y como ella es la única autoridad competente para interpretar la Constitución y las leyes, al aplicarlas a los casos particulares, si el Congreso dicta una ley contraria a la inteligencia que ella ya ha dado a una dis- posición constitucional, aplicará la Constitución antes que la ley; por eso he dicho antes que la cuestión actual ha perdido mucho de su importancia práctica".

Diputado Quintana: "...En cuanto al ejemplo que ha aducido un Sr. Diputado sobre la época de Rosas, es muy cierto que el tribunal de entonces se habría guardado bien de revocar una resolución del dictador, pero también lo es que la Cámara ha- bría hecho otro tanto. Yo digo que en el caso de una dictadura, ni las cámaras ni los tribunales serían capaces (...) A mi juicio, los artículos 100 y 101 de la Constitución Nacional difieren a la decisión de los tribunales federales los diversos asuntos en que la Nación o una provincia sea parte. Inútil me parece, Sr. Presidente, insistir

en demostrar que bajo la palabra parte, se comprende parte demandada y demandante (...) basta tener las más ligeras nociones de derecho para saber que tan parte es el demandado como el demandante; y que, por consiguiente, cuando dice la Constitución que los tribunales conocerán en los asuntos en que la Nación sea parte, no ha establecido la restricción que se pretende establecer por medio de esta ley. Se dice, sin embargo, que los Poderes Públicos son independientes en el ejercicio de sus funciones, que esta independencia vendría a ser atacada si la Nación pudiese ser arrastrada ante los Tribunales nacionales, para el cumplimiento de las obligaciones que se hubiera impuesto, como cualesquiera particulares. No me parece que sea razón bastante para justificar la doctrina que se pretende. Es evidente que la Constitución ha establecido la independencia de los poderes para el ejercicio de las acciones o actos de su resorte particular; pero esa independencia, no es una independencia absoluta; por el contrario, ellos están vinculados entre sí para el fin a que todos deben tender: la observancia de la Constitución, la observancia de la ley (...) Por lo demás, es preciso no confundir [el] juicio político con el procedimiento y la condena consiguientes, en virtud de las acciones particulares con el Poder Ejecutivo de la Nación, para el cumplimiento de las obligaciones impuestas por un contrato. Juzgando esas cuestiones, los tribunales, ni se mezclan en los actos administrativos del Poder Ejecutivo, sino que únicamente declaran las acciones que las leyes han garantido y el cumplimiento de las obligaciones que han impuesto (...) Además, señor, más que todos los ejemplos extraños, cuya autoridad parece muy diversa, debemos servirnos de la Provincia de Buenos Aires. Desde que se dictó la Constitución Provincial el Tribunal Superior de Justicia, que no es ni con mucho, el Poder Judicial que establece la Constitución Nacional, conoce en grado de apelación de las resoluciones del Poder Ejecutivo en los asuntos que se versan sobre materias administrativas; y para honor de la Administración de Buenos Aires, se puede decir que jamás el Poder Ejecutivo se ha quejado de las resoluciones del Poder Judicial. A pesar de esto, señor, no se puede decir que en la Provincia de Buenos Aires no haya existido la independencia de los Poderes Públicos, y que no hayan sido tan independientes como en cualquiera otra parte...”.

Diputado Ruiz Moreno: “...Uno de los señores Diputados por Buenos Aires ha dicho que esta cuestión ha perdido mucho de su importancia en la práctica; puesto, dice, que siendo la Corte Suprema la que tiene que interpretar la ley, ya se conoce de antemano su juicio al respecto: que el Superior Tribunal profesa la doctrina de que la Nación no puede ser demandada. Este argumento que se ha sentado como irrefutable, no tiene ninguna fuerza. Para mí la cuestión tiene aún para la práctica toda su importancia. ¿Qué importa que tres miembros de la Corte Suprema hayan dado su opinión sobre el punto que se discute?; ¿puede ser esto bastante para que tan grave y trascendental cuestión haya perdido algo siquiera de su importancia? No, señor. Lo único que importa el argumento del Sr. Diputado Elizalde, es que con él ha puesto en claro que ha sido un mal el que se haya encomendado la confección de estos proyectos a los jueces de la Suprema Corte; porque hoy se hace necesario conceder a los litigantes el derecho de recusar a la mayor parte o a todos los miembros del Tribunal: lo que es un serio inconveniente...”.

Diputado Elizalde: "Sr. Presidente, en esta discusión están en competencia dos grandes principios: uno que sostiene la omnipotencia del Poder Judicial sobre todos los demás Poderes públicos de la Nación, y otro que sostiene la independencia absoluta de los tres Poderes en que está dividida la Soberanía del Pueblo, en la órbita que marca la Constitución. Los Sres. Diputados que combaten el artículo que la Comisión propone, creen que la fuente de toda justicia, que la garantía única que hay para los ciudadanos, en el orden social, estriba en el Poder Judicial; y los que sostenemos el artículo de la Comisión juzgamos que ellas están en la independencia de los tres Poderes, o más bien, que los tres Poderes concurren a ese fin. Es preciso tener presente, Sr. Presidente, el punto de partida de la discusión. El inciso de que nos ocupamos es el 6, que viene hablando de las atribuciones que tienen los jueces de sección que se han de establecer en cada una de las Provincias argentinas, es decir, que no se trata de someter al Gobierno, o a la Nación, a la decisión que dé la Corte Suprema de Justicia; sino que se trata de someter al Gobierno Nacional a la decisión que adopten cualesquiera de los Jueces de Sección. Fíjense en esto los Sres. Diputados, que se está tratando de las atribuciones de los jueces de sección entre las cuales está el inciso 6..."

Diputado Zuviría: "¿Entonces conviene el Sr. Diputado en que puede ser demandada la Nación?"

Diputado Elizalde: "No convengo en nada; estoy estableciendo el orden de la discusión y por eso digo a los Sres. Diputados que se fijen en lo que importa el inciso de que nos ocupamos. No se trata solamente de que pueda ser demandada la Nación, sino que también puede serlo ante un juez de sección, por ejemplo, el de la Rioja y a este punto nos conduciría la teoría de los Sres. Diputados. Si esto se lleva a efecto, si tal cosa se sanciona, ¿cómo se practicará en el caso ocurrente? ¿Quién representa a la Nación en la demanda que se entable? ¿Tendrá que nombrar la Nación un Fiscal que la represente? ¿Y si esto no interpone en tiempo la apelación, queda condenado el Gobierno?...".

Diputado Vélez: "¿Me permite el Sr. Diputado? En caso de que sea demandada la Nación, lo será ante la Corte Suprema de Justicia".

Diputado Elizalde: "Entonces convienen los Sres. Diputados en que la Nación no puede ser demandada ante los jueces de sección, y sin embargo, de esto trata el inciso (...) Hago estas observaciones para que se noten los inconvenientes que habría en que la Nación representada, por actos del Gobierno o por actos del Congreso, pudiera ser llevada ante los Juzgados de Sección de cada una de las Provincias; pero los señores Diputados dicen: lo mismo es que se demande ante los jueces de sección que ante la Corte Suprema de Justicia. Aquí viene, señor, el punto principal de la cuestión, de la divisibilidad de los Poderes. ¿Cómo podemos establecer esta omnipotencia del Poder Judicial, para poner bajo su dependencia los actos del Poder Ejecutivo y del Congreso? (...) Un acto del Gobierno puede ser revocado y aun juzgado, puede decirse, en juicio público por el Congreso mediante los trámites constitucionales; un acto del Congreso, puede ser derogado por el

mismo Congreso, por una ley posterior; pero una resolución del Poder Judicial no hay quien la revoque, jamás; se pueden tomar todas las medidas que se quieran contra las personas que compongan el Poder Judicial, pero de una resolución del Poder Judicial no hay apelación ante nadie. La cosa juzgada, es inconvencible. De aquí viene, señor, que se va a crear una especie de omnipotencia del Poder Judicial, de ese Poder que por la Constitución no tiene ninguna contra pero como tienen todos los demás Poderes Públicos, cuyos actos siempre pueden ser remediados. Debemos pues, ser muy cautos en las atribuciones que le demos al Poder Judicial; no debemos darle sino aquéllas que la Constitución le acuerda, y lo que en todos los países, por más que los Sres. Diputados hayan dicho lo contrario, está establecido. No se puede negar, señor, que en todas partes del mundo, la decisión de los asuntos entre particulares y el Gobierno, al menos yo no conozco país ninguno en que se decida por tribunales establecidos con independencia absoluta del Gobierno (...) El temperamento que el Sr. Diputado ha propuesto, es una novedad, puesto que no ha habido nunca ese derecho en los particulares para demandar el Estado. Esto es una innovación muy grande que se quiere establecer. En el Gobierno de Buenos Aires, no ha habido un solo caso en que se haya interpuesto apelación de un acto del Gobierno, en actos administrativos (...) Todos los actos del Gobierno tienen remedio, porque siempre hay un Poder Público que pueda subsanar los perjuicios; mientras que de un acto del Poder Judicial no hay apelación ante ningún otro Poder. Fíjense, pues, los Sres. Diputados a dónde nos quieren llevar; fíjense bien en la puerta que van a abrir si se deja a todos los particulares el derecho de demandar a la Nación ante la Corte Suprema (...) Yo creo que si establecemos el derecho de que cada particular que se considere perjudicado por un acto del Gobierno o del Congreso, tenga derecho de demandar a la Nación o a cualquiera de los Poderes Públicos, vamos a abrir una puerta que quien sabe dónde nos llevará. Hoy se presenta un individuo al Congreso diciendo que se le pague tal crédito que el Gobierno no le ha querido reconocer. Al día siguiente este individuo lo demanda al Congreso. ¿A dónde iríamos a parar si se da el derecho a cualquier particular que se considere perjudicado por un acto del Gobierno, para llevarlo ante los tribunales de sección ante la Corte Suprema para que le pague?...".

Diputado Quintana: "...El Sr. Diputado dice que nosotros tratamos de abrir una puerta que no sabe hasta dónde nos llevará; pero yo digo: si el Gobierno no quiere absolutamente pagar aquello a que se ha comprometido con un particular, ¿a dónde iríamos a parar? El Congreso no es juez en ninguna parte del mundo. Si un particular ha celebrado un contrato con el Gobierno, si este particular ha adquirido derechos legítimos por este contrato, si este individuo ha cumplido con toda religiosidad por su parte, no tiene por qué venir al Congreso a mendigar una indemnización, sino que tiene derecho de exigir que el Gobierno cumpla a su turno con el compromiso que ha contraído. Por consiguiente, cuando este individuo se queja, no pide limosna, pide justicia. Ya ve pues el Sr. Diputado como nosotros no tratamos de cerrar la puerta, ni tratamos de hacer innovación alguna. Lo que tratamos de hacer nosotros, es evitar que se opere una revolución de tanta

trascendencia y de tanta gravedad como la que se pretende hacer por medio de la sanción del artículo en discusión. Había dicho otro Sr. Diputado por Buenos Aires, que la inamovilidad de los miembros que componen el Poder Judicial, era una razón para sancionar el artículo en discusión (...) Yo le contestaré al Sr. Diputado que precisamente en la inamovilidad de los miembros del Poder Judicial, está la garantía del acierto en sus decisiones. ¿Por qué, señor, en todas partes del mundo se ha establecido la inamovilidad de las personas que componen los tribunales judiciales? Precisamente para garantizar la independencia de esas personas, para obtener mayor acierto y más justicia en la decisión de los miembros del tribunal; puesto que no pudiendo ser removidos al capricho del Poder Ejecutivo sí por el Congreso, tendrían mayor independencia para fallar en las causas que se ofrezcan ante un particular y el Gobierno. Sucede lo contrario con el Poder Legislativo y el Ejecutivo, que por las renovaciones parciales que se operan, no tienen la tranquilidad y la independencia que tienen los tribunales ordinarios de justicia, procediendo más por el sentimiento que por razón...”.

Diputado Vélez: “...Se dice que se le acuerda al Poder Judicial un derecho que le da una inmensa superioridad sobre los demás Poderes. No es así, señor; esta es su esfera, es decir, todo lo contencioso; no se le acuerda más que lo que abraza aquélla, y no hay peligro tampoco en que se comprometa la independencia de los Poderes. Ya he dicho el otro día y he explicado largamente cómo el Poder Judicial resuelve todas las cuestiones que se ofrecen sin embargo de no ser superior: así como resuelve sobre la constitucionalidad de una ley dictada por el Congreso sin ser superior a él, así mismo resolvería, respecto de todas las cuestiones que se suscitan entre un particular y la Nación, sin que por esto sea superior a la Nación...”.

Diputado Zavala: “...Los argumentos que se han hecho contra las doctrinas que se oponen al inciso en discusión, han venido a estrellarse contra el muro de hierro que opone el texto de la Constitución. Se trata de hacer impresión en los ánimos para decidirlos a votar en favor del inciso, amenazando con peligros ocultos, con un abismo en el cual se dice que va a caer la Nación. Se dice que está quebrado el orden constitucional, que se le va a dejar sin base; pero ¿cuál es el peligro, cuál es el abismo? Parecerá extraño que lo diga, pero ese abismo que se tome, señor, es el temor de que se haga justicia. Se está por establecer la institución de los tribunales federales, y se cree que esos tribunales serán buenos para garantizar los derechos de los ciudadanos y, de todos los habitantes del suelo argentino; pero no se cree que serán buenos para garantizar los derechos de la Nación. ¿Qué significa esto? O son buenos para garantizar todos los derechos, o no son buenos para los unos ni para los otros (...) Creo que la discusión está agotada; pero el peligro que se anuncia es completamente imaginario y he querido desvanecerlo”.

Ministro de Justicia Costa: “...Si yo hubiera creído que esta cuestión debiera decidirse por autoridades, hubiera traído las que para mí valen más que todas en esta cuestión, es decir, la de los principales comentadores de la Constitución Norteamericana; hubiera podido leer capítulos enteros del Sr. Hamilton, en apoyo de la doctrina que sostiene la independencia absoluta de los tres Poderes y que

demuestra claramente que ninguno de ellos puede ser subordinado a ninguno de los otros (...) Hay un hecho sobre todas las opiniones, y este hecho es que la Unión americana, no obstante cualquiera opinión que algunos autores hayan podido emitir, sostiene invariablemente la doctrina de que la Nación no puede ser llevada ante los tribunales (...) Debemos, ya que hemos imitado la Constitución Norteamericana, imitarla también en este punto, que es indudablemente de suma importancia (...) Yo aplaudo el interés de los Sres. Diputados que combaten al artículo de la Comisión para defender los derechos de los ciudadanos, y aplaudo también el celo de los otros Sres. Diputados que sostienen el artículo en precaución de los gravísimos inconvenientes que podrían sobrevenir llevando a la Nación ante los tribunales (...) Yo voy a demostrar ahora que no hay inconveniente alguno, que no hay peligro para los intereses particulares en que el artículo sea sancionado tal como está (...) Los miembros del Gobierno, es natural suponerlo, no tienen por norma sino la justicia; no proceden tampoco por capricho, ni por su solo juicio propio; todos sus actos tienen que ir revestidos del parecer de un Fiscal, de un Asesor y de un Consejo de Ministros. Lejos de peligrar los intereses particulares por arbitrariedad del Gobierno, la experiencia nos muestra, Sr. Presidente, que los gobiernos siempre son demasiado débiles; lejos de tener patente de zonzos, como ha dicho muy chistosamente un Sr. Diputado, los que contratan con el Gobierno, la experiencia nos demuestra, que son muy vivos, que en todas partes los que contratan con el Gobierno en Francia, en Rusia, en todas partes, son siempre los que ganan. No hay pues peligro, absolutamente ninguno, en que se deje al Gobierno esa facultad para que él decida en los casos puramente de Administración”.

Diputado Zavalía: “Si el Gobierno es tan buen juez en sus propias causas, ¿para qué vamos a establecer Tribunales Nacionales? Que sea juez el Gobierno en todo lo demás”.

Ministro de Justicia Costa: “...Yo desearía se me dijera si este fallo del gobierno no tiene tanta responsabilidad como el de la Corte Suprema”.

Diputado Zavalía: “El Gobierno no se puede convertir en Tribunal”.

Ministro de Justicia Costa: “Tanto peligro hay en que el Gobierno se equivoque, como lo hay en que se equivoque la Corte Suprema. La Corte Suprema no representa un fallo infalible; puede engañarse como se engañan los hombres (...) Si yo tengo los títulos de propiedad, tanto el Gobierno como la Corte de Justicia, no me lo pueden negar, y para esto tan juez es el Gobierno como cualquiera otro. La experiencia que tengo en estas materias por la época en que he sido Fiscal, me ha demostrado que no hay peligro alguno de que el Gobierno cometa arbitrariedades. Aquí hay muchos abogados que pueden decir si de cien causas de que se ha interpuesto apelación del fallo del Gobierno, se pueden citar dos siquiera en que haya sido revocada la sentencia del Gobierno”.

Diputado Quintana: “Yo le citaré más de tres, precisamente en algunas en que ha tenido parte el Sr. Ministro y que el Sr. Fiscal dijo que el Gobierno debía pagar”.

Ministro de Justicia Costa: “¿Y quién le dice al Sr. Diputado que la Cámara de Justicia tuvo más razón? (...) Nadie puede decir, en definitiva, que la Cámara de Justicia juzgue con más acierto que el Gobierno”.

Diputado Zavalía: “Es que en el Tribunal se forman autos, se dan traslados y se buscan pruebas”.

Ministro de Justicia Costa: “Quiero admitirle al Sr. Diputado que la Corte de Justicia pueda juzgar mejor que el Gobierno; puede ser, convengo en que hombres más versados en estos negocios, por el largo tiempo que han ejercitado la profesión, tengan más conocimientos que el Gobierno; puede ser que sea más acertado el fallo del Tribunal de Justicia que el del Gobierno; puede ser que haya un peligro remoto de que alguna vez sean perjudicados los ciudadanos por el fallo del Gobierno, pero este peligro remoto ¿puede compararse con el peligro gravísimo que habría en que la Corte de Justicia viniera a juzgar de los actos del Gobierno y del Congreso? Pesen los Sres. Diputados los inconvenientes de una y otra cosa y digan si no vale más que se perjudique alguna vez algún ciudadano, que traer una perturbación completa en el orden político. ¿Qué sería de la Nación si todos los acreedores que tiene, o si los acreedores que le dieran dinero para cualquiera empresa, tuvieran la libertad de presentarse ante la Corte de Justicia, y la Corte de Justicia mandara pagar? ¿A dónde iríamos a parar si la Corte de Justicia mandase pagar 300 o 400 millones de pesos? Véase, pues, que si hay un inconveniente pequeño en que el Gobierno sea quien decida en ciertas causas, hay mayores peligros, inconvenientes gravísimos, en que la Corte de Justicia tenga facultades que no puede tener...”.

Diputado Zuviría: “...A mi modo de ver, [la cuestión] debe tratarse preferentemente bajo el punto de vista constitucional, y no sólo a la luz de las conveniencias como se ha estado tratando. Toda la discusión que ha tenido lugar, con muy poca excepción, sería oportuna en una Asamblea Constituyente, al ocuparse de reformar la Constitución, pero no cuando se trata simplemente de si, según ella, la Nación puede o no ser demandada. De consiguiente, lo que nosotros tenemos que examinar, es lo que dice la Constitución, para, según su texto, dictar esta ley porque no podemos proceder de otra manera. ¿Qué dice pues ese Código? Que los Tribunales federales son jueces competentes para conocer de las cuestiones en que la Nación sea parte. Me parece que no hay quien ignore, aun sin ser juriconsulto, que parte es tanto el demandante como el demandado (...) Repito, no podemos salir del texto expreso de la Constitución”.

Diputado Alsina: “...Yo estoy enteramente de acuerdo en cuanto al modo de encarar la cuestión, con el Sr. Diputado que deja la palabra; creo que no debemos salir del terreno de la Constitución (...) Sólo diré que en una ley de esta clase, el Congreso con facultades limitadas, no puede venir a decir: donde la Constitución dice parte, entiéndase solamente parte demandante. Es preciso tener presente que lo que estamos haciendo es organizando el Poder Judicial sobre las bases que la Constitución ha establecido: mal podemos echarlas por tierra. Yo creo que el Congreso no tiene derecho para esto...”.

Diputado Cabral: "...Yo creo, señor, que el artículo es perfectamente constitucional, si no en su letra, en su espíritu porque ni en el espíritu ni en la letra de la Constitución ni en los legisladores, puede suponerse jamás el absurdo. Según los principios representativos democráticos, es sabido que todos los altos Poderes de la Nación son completamente independientes unos de otros en la órbita de sus atribuciones respectivas. Bien, señor, dado el caso de una gestión entre un particular y el Poder Ejecutivo de la Nación, sobre cualquier reclamo que importase intereses pecuniarios, que el Poder Ejecutivo no lo encontrase justo o arreglado a la ley y se negase a pagarlo, en tal caso, el particular o la corporación de que este reclamo nace, tendría que recurrir a la Corte Suprema de Justicia según la doctrina que ha sostenido el Sr. Diputado por Córdoba que trajo esta cuestión al seno de la Cámara. Supongamos que la Corte de Justicia mandara pagar ese crédito y que el Poder Ejecutivo resistiese, o que no lo llevase a efecto, que es lo mismo. Digo yo entonces, señor, ¿qué perturbación, qué caos no traería este incidente en el sistema representativo, en la armonía que debe reinar en los altos Poderes de la Nación? Señor; si hay razón para llevar al Poder Ejecutivo como entidad moral ante la Corte Suprema de Justicia, la misma razón habría para llevar al Congreso como entidad moral ante la Corte Suprema de Justicia, o viceversa, llevar como entidad moral a la Corte Suprema ante el Congreso. Pero esto será un caos, señor, ¡esos que choca a la simple razón y al buen sentido! ¡No es posible Gobierno alguno de esta manera! (...) Las garantías de los derechos y de los intereses particulares de los ciudadanos, están perfectamente provistas en la Constitución. Esos ciudadanos vendrán al Congreso con sus reclamos contra el Gobierno, y si realmente resultan damnificados, el Congreso puede votar una indemnización para reparar los perjuicios que se les haya inferido. Yo creo, señor, que el Congreso es el gran jurado, el tribunal más competente para resolver esos casos (...) Bien, señor, ninguno de los altos Poderes de la Nación, por la Constitución, puede ser arrastrado ante ningún tribunal (...) ¿Sabe el señor Presidente lo que puede venir tras de una resolución como la que pretenden los Sres. Diputados que sostienen el contra? Vendría, señor, una meznada de vampiros que vendrían a suscitar cuestiones al Gobierno y traerían una perturbación completa en la Administración General del país (...) Yo creo, Sr. Presidente, que ni la Corte Suprema de Justicia, ni el Congreso pueden interpretar en un sentido absurdo el artículo de la Constitución de que nos ocupamos...".

Diputado Elizalde: "El Sr. Diputado está muy bien en la cuestión y ve la llaga en que, en definitiva, es la Corte Suprema de Justicia la que va a ejercer un poder inmenso...".

Diputado Ruiz Moreno: "...Él dice que la Corte Suprema puede mandar a pagar todas las deudas pero es confundir las cosas. El poder encargado de votar los fondos para el pago de las deudas, no es la Corte Suprema, ni los que sostenemos la doctrina contraria a la del Sr. Ministro y a la del Sr. Diputado, entendemos semejante cosa. Sabemos perfectamente que los fondos con que se ha de pagar corresponde votarlos al Congreso [pero] Hecho el arreglo de la deuda y dejado

fuera de él algún particular, entonces viene la acción; viene a defender sus derechos adquiridos en virtud de leyes anteriores, pero esto no quiere decir que la Corte Suprema vaya a mandar pagar las deudas, sino que en apelación declara el derecho del individuo como acreedor”.

Diputado Elizalde: “Es decir, la deuda rechazada por el Congreso, viene a ser tal vez aprobada por la Corte Suprema, de manera que, en definitiva, ella es la que decide el punto...”.

Diputado Mármol: “...Señor ¿qué estamos haciendo? estamos interpretando, hace dos días, un artículo constitucional, pero la interpretación no es de nuestra incumbencia (...) Yo repito: ¿Es esto de nuestra incumbencia? ¿No es del resorte exclusivo de la Corte Suprema de Justicia? ¿No sabemos cuál es la opinión de ella? ¿Qué importa que nosotros digamos que la palabra ‘parte’ tiene las dos acepciones, si la Cámara de Justicia dice lo contrario? ¿No he tenido pues razón para decir que la discusión es estéril? ¿Qué remedio hay para esto? (...) Pongamos la palabra tal como está, y dejemos al Poder Judicial encargado de hacerlo, darle la aplicación que deba tener. Cuando un particular se presente demandando al Gobierno, la Corte de Justicia sabrá lo que tiene que hacer. Así pues, yo creo que debemos poner la palabra ‘parte’, acabando esta discusión y pasar adelante...”.

Diputado Gorostiaga: “...Siento, Sr. Presidente, no estar de acuerdo con la deducción que acaba de hacer mi honorable amigo el Sr. Mármol. Entiendo que cada uno de los Poderes constituidos tiene el derecho y el deber de interpretar la Constitución al tiempo de poner en ejecución sus facultades. El Poder Legislativo legislando, interpreta la Constitución; como el Poder Ejecutivo ejecutando, la interpreta también, lo mismo que el Poder Judicial. Al Poder Judicial, señor, nunca le será indiferente el que sus sanciones sean o no conformes a la Constitución (...) Entiendo por tanto que esta Cámara ha estado en su perfecto derecho, y cumple, y ha cumplido, uno de sus más grandes deberes al tratar de fijar cuál es la verdadera inteligencia que tiene el artículo de la Constitución, ordenando que los asuntos en que la Nación sea parte son el resorte del Poder Judicial y que caen bajo su jurisdicción. La cuestión que se ventila desde la sesión anterior, es para mí una de las cuestiones más graves que pueden agitarse en esta Cámara (...) Si la Nación puede ser demandada ante la Corte Suprema de Justicia, los actos que emanan del Poder Ejecutivo como los actos del Poder Legislativo podrían ser llevados ante los Tribunales federales, y todo el Poder Legislativo y Ejecutivo, admitida esta base, por una pendiente fatal e inevitable, pasaría al Poder Judicial. ¿Es este el Gobierno que se ha consagrado en nuestra Constitución? De ninguna manera (...) Si el Congreso, usando del derecho que la Constitución le da para arreglar la deuda interior del país, sancionase una ley no reconociendo una deuda particular, según las doctrinas establecidas por los que se oponen al artículo, ese particular tendría pleno derecho para ocurrir ante la Corte Superior de Justicia, quejándose de la ley que se había sancionado. Señor, desde que se estableció la división de los Poderes Públicos, como base fundamental de los gobiernos libres, es indispensable que el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial obren en la esfera que el pueblo So-

berano les ha marcado, porque esta es la verdadera doctrina en los países democráticos y republicanos. No se venga por interpretaciones a minar por su base los fundamentos en que descansa todo el orden constitucional; no se venga a hacer que dos de los Poderes soberanos queden en definitiva en manos de uno solo. Esto no sería el gobierno constitucional, sería la dictadura, sería la tiranía (...) No hay pues más juez de los actos de la Administración que el administrador mismo, y no haya cuidado que el Poder Ejecutivo administrando cometa grandes injusticias porque no está en sus intereses, pues perdería su reputación como la pierde un individuo cualquiera. Un gobierno que se condujese con dolo y fraude no merecería el nombre de gobierno (...) Si el fraude pasa y llega hasta el conculcamiento de las leyes, hasta el cohecho, en este caso la Constitución ha establecido el juicio político y ha dado a las Cámaras de origen popular, siguiendo la opinión pública el derecho de llevar a ese fraudulento administrador a las bancas del Senado. Esta es la garantía que nuestra Constitución establece (...) Dada la organización de los Poderes Públicos, según nuestra Constitución, si un particular es perjudicado por el Poder Ejecutivo, viene al Legislativo que es el único que por la Constitución puede disponer de los dineros públicos, a pedir una indemnización. El Poder Legislativo votando en un caso dado una indemnización ¿juzgará de las resoluciones del Gobierno? No, señor (...) Este votando una indemnización, no entra a juzgar si aquel ha hecho bien o mal (...) En ninguna parte del mundo existe un Tribunal independiente en lo contencioso-administrativo, y desafío a los Sres. Diputados a que me citen un país donde haya un tribunal independiente con facultades de juzgar soberanamente de los actos de la Administración...”.

Diputado Vélez: “Nadie ha dicho eso”.

Diputado Gorostiaga: “Está bien (...) Los Sres. Diputados que se oponen al artículo creen que tienen de su lado las doctrinas liberales cuando sostienen que es necesario garantizar el derecho de los individuos y darles recursos de las resoluciones de la Administración, para ante los Tribunales particulares. No, señor, es una doctrina liberal falaz. No hay liberalismo cuando la independencia de los Poderes Públicos desaparece o cuando la soberanía de alguno de esos Poderes viene a subordinarse a otro. No hay liberalidad posible desde que haya una dictadura, desde que no haya independencia completa en los tres Poderes. Es preciso dejar al Poder Ejecutivo con todo el peso y responsabilidad de la Administración; al Legislativo, lo mismo y en los casos graves viene, a más de la censura, a más de la opinión pública, el juicio político para castigar al administrador que prevarica...”.

Diputado Zuviría: “Pero, ¿en qué viene a parar la división e independencia de los tres Poderes si se le da facultades judiciales al Poder Ejecutivo? Él juzgará desde que decida de una reclamación particular”.

Diputado Gorostiaga: “El error del Sr. Diputado proviene de confundir cosas enteramente distintas: cuando hay conflictos entre particulares ahí están los tribunales de justicia para declarar quien tiene razón. Pero cuando hay conflicto entre un acto de la Administración y un ciudadano particular, es decir, un acto de la comunidad

que interesa a toda la sociedad, su apoderado que se llama Presidente y Ministros, no tiene apelación ninguna, porque en la Administración común están todos los ciudadanos interesados. El Presidente no trata de asuntos personales, como tampoco ninguno de los Ministros...”

Diputado Vélez: “Eso es otra cosa”.

Diputado Gorostiaga: “Eso se llama ‘administrativo-contencioso’, y eso se llama ‘justicia administrativa’, que no se puede confundir con ninguna otra...”.

Diputado García: “...En las formas que la Constitución establece [se] delega la soberanía en la Corte Suprema de Justicia, para que ella juzgue en los casos en que el Poder Ejecutivo sea parte (...) En las cuestiones contencioso-administrativas (...) sería altamente moralizador, que tenga el ciudadano dónde quejarse, para que el país vea que si sus reclamos no son justos, reciba el merecido desengaño y para que vea también que el Poder Ejecutivo al administrar, se ajusta a las reglas del más estricto derecho. Ni es conveniente tampoco para el Poder Ejecutivo tener esa omnimoda facultad, porque además del peligro que siempre hay de tener a disposición facultades de ese género, se prestaría admirablemente bien a falsas interpretaciones y deducciones...”.

Tras ello, se puso a votación la disposición en cuestión, aprobándose su texto con la supresión de la palabra “actora”.

La discusión de los demás artículos del Proyecto continuó en la sesión siguiente del 05 de agosto de 1863, que resultó aprobado.

2.4.3. La sanción de la ley 48

El 25 de agosto de 1863 la Cámara de Senadores consideró el proyecto aprobado con modificaciones por la Cámara de Diputados.

Senador Navarro [miembro informante]: “Las razones que ha tenido la Comisión, señor Presidente, para aconsejar al Senado la adopción de estas reformas, sin insistir en su primera sanción, son, primera y principal, que las más de esas modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados, se han votado unas por unanimidad y otras por una gran mayoría; de manera que si el Senado insistiese por alguna razón en su primera sanción habría poco fundamento para esperar que su insistencia fuese adoptada por la Cámara de Diputados. De donde resultaría que sólo se perdería tiempo, cuando es preciso terminar este asunto cuanto antes sea posible. Eso sucede con respecto a la primera de las reformas, a la palabra actora: fuera de que en ese punto la materia es bastante controvertible; y a mi juicio particular, no hay razón para que la Nación no pueda ser demandada, es decir, su Fisco; porque propiamente a esto es a lo que vienen a parar las demandas contra la Nación (...) Así es que, aunque pudiese ser repugnante esta admisión de la Nación como demandada, sin embargo, he dicho que esa reforma tiene que

aceptarse, porque nada adelantáramos con que insistiese el Senado, porque la Cámara de Diputados la ha adoptado por unanimidad. Casi otro tanto sucede con las demás...”.

Luego, tras un breve debate referido a la recusación de los jueces, la Cámara de Senadores votó el Proyecto con las modificaciones formuladas, y acabó por aprobarlo, convirtiéndose así en la ley 48 de la República Argentina.⁽¹²⁾

2.5 | 1949: La Reforma constitucional (I)

En 1948, durante la presidencia de Juan D. Perón, se dictó la ley 13.233 declarando la necesidad de la reforma de la Constitución.⁽¹³⁾

El texto de la Constitución sancionado en 1949, en lo que aquí interesa, mantuvo en general las atribuciones del Poder Judicial agregando a la Corte Suprema la competencia para actuar “como Tribunal de Casación” en la interpretación del derecho común y que sus interpretaciones deberían ser seguidas “obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales” (art. 95).

Explicando el sentido de la reforma, Arturo E. Sampay señalaba que la innovación apuntaba al “perfeccionamiento técnico del Poder Judicial, y erección de la Corte Suprema Nacional en tribunal de casación para las cuestiones constitucionales y para la inteligencia de los Códigos y leyes nacionales, pero sólo de las comunes y federales” modificando así “saludablemente” nuestro sistema de control jurisdiccional “en cuanto a los efectos de la sentencia de la Corte Suprema” en cuanto mantenía su carácter de decisión para el caso concreto, pero haciendo que su doctrina fuera obligatoria para todos los tribunales nacionales y provinciales; evitando adoptar el sistema de control jurisdiccional austríaco por entender que dar a la sentencia un efecto derogatorio la convertiría en un acto legislativo, “lo cual presenta graves inconvenientes”.⁽¹⁴⁾

.....

(12) “Ley n° 48”, en *ADLA 1852-1880*, La Ley, p. 364.

(13) “Ley n° 13.233”, en *ADLA 1948*, La Ley, p. 72.

(14) Ver SAMPAY, ARTURO E., *La reforma constitucional*, Laboremus, Bs. As., 1949, p. 66. Asimismo, allí se expresaba que “el carácter rígido de la Constitución vigente (...) hizo surgir la función judicial para salvaguardar la supremacía de la Constitución, dándole estabilidad, en beneficio de los derechos de los gobernados (...) Nuestro Poder Judicial, y especialmente nuestra Corte

Con todo, la Constitución de 1949 fue derogada por una proclama tras el golpe de Estado de 1955.

2.6 | 1986: El Consejo para la Consolidación de la Democracia

En 1985, el Presidente Raúl R. Alfonsín creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia como órgano asesor que —entre otras cosas— dedicó su atención a analizar la conveniencia de diversas reformas al texto de la Constitución.⁽¹⁵⁾

Bajo la coordinación de Carlos S. Nino, dicho Consejo propuso en 1986, en lo que aquí interesa, mantener en general las atribuciones del Poder Judicial agregando a la Corte Suprema la competencia “originaria” para actuar en los “conflictos de competencia que se susciten entre los poderes del gobierno federal” (art. 101).⁽¹⁶⁾

Sin embargo, las propuestas formuladas no lograron plasmarse en una reforma constitucional.

2.7 | 1994: La Reforma constitucional (II)

En 1993, durante la presidencia de Carlos S. Menem, y como consecuencia del “Pacto de Olivos” acordado con Raúl R. Alfonsín, se dictó la ley 24.309, declarando la necesidad de la reforma de la Constitución.⁽¹⁷⁾

.....
Suprema, llenó con acierto su misión porque, al desempeñar moderadamente su contralor y al adoptar la doctrina americana de la ‘injudiciabilidad’ de las cuestiones políticas, pudo salvarse de las candentes pugnas entre los partidos, que llegaban repetidas veces hasta ella demandando corrección para las violaciones constitucionales de índole política...” (pp. 34/35).

(15) “Decreto n° 2446/85”, en ADLA 1986-A, La Ley, p. 15.

(16) Ver CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA: REFORMA CONSTITUCIONAL, *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Eudeba, Bs. As., 1986, pp. 7, 62, 411 y ss. Asimismo, el Consejo consideró que era conveniente mantener el sistema de designación de los jueces, reservar la remoción por juicio político para los jueces de la Corte Suprema, no propiciar la introducción del régimen de casación federal, no propiciar la división de la Corte Suprema en salas, suprimir el juicio por jurados y admitir la jurisdicción de tribunales internacionales.

(17) “Ley n° 24.309”, en ADLA 1994-A, La Ley, p. 89.

El texto de la Constitución sancionado en 1994, en lo que aquí interesa, mantuvo en general las atribuciones del Poder Judicial, pero al regular la "acción de amparo" en su art. 43 explicitó que "en el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva".⁽¹⁸⁾

El 11 de agosto de 1994 comenzó el debate de la nueva disposición.⁽¹⁹⁾

Convencional Díaz: "...Quiero referirme a algunas innovaciones que el texto que proponemos agregar a nuestra jurisprudencia, sobre todo la de la Corte Suprema (...). Se agrega un tema que hasta hace algún tiempo era vastamente debatido, como es la respuesta a la pregunta, ¿puede la Justicia, por la vía de la acción de amparo, declarar la inconstitucionalidad de una norma? Se argumentó de diversos modos. La excepcionalidad, la rapidez, las características sumarisimas y breves, muchas veces habían hecho afirmar que no era adecuada esta clase de acción sobre declaración de inconstitucionalidad, pero nuestra Corte fue cambiando esa jurisprudencia desde hace mucho tiempo. Venía diciendo que era procedente conocer sobre la constitucionalidad de las normas en los casos de amparo, y esto queda claramente establecido en otro *leading case*, el caso 'Peralta', donde dice claramente: 'En fecha relativamente cercana se admitió sin cortapisa alguna que bajo la forma del amparo se pudiesen articular acciones directas de inconstitucionalidad' (...) La incorporación expresa de que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad del caso de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva son un avance importante en el perfil de esta institución y es absolutamente consistente con nuestra tradición jurídica y con la jurisprudencia del principal autor de esta norma, es decir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación..."

Convencional Roque: "...La potestad del juez que previniere de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se fundare el acto u omisión lesiva, es una garantía adicional que se extiende a favor de sus efectos (de la acción de amparo)..."

Convencional Ancarani: "...Se ha receptado la facultad judicial del control constitucional que el Estado no había dado a los jueces por imperio de la legislación vigente. Ahora nuestros magistrados tienen abiertas las puertas para declarar in-

(18) La acción de amparo, tras una primera etapa de desarrollo pretoriano, resultó luego regulada por la ley de facto 16.986, aún vigente, en cuyo art. 2, inc. d) se dispuso: "La acción de amparo no será admisible cuando: (...) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese (...) la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas". Dicha norma fue dictada al poco tiempo de que el Congreso resultara cerrado, por lo que no hubo ningún debate al respecto, encontrándose tan solo una Nota del Poder Ejecutivo de facto aludiendo a "la necesidad de dar vigencia a la institución de los límites pertinentes". Ver, "Ley n° 16.986", en *ADLA 1966*, La Ley, p. 1491. Como puede advertirse, la citada disposición ya no se ajusta al texto de la Constitución reformada en 1994 (ver art. 43).

(19) Ver *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994*, t. IV, p. 4039 y ss.)

constitucional aquella norma que sirva de sustento a cualquier acto u omisión que sea lesivo de algún derecho...”.

La discusión continuó en la sesión siguiente del 12 de agosto de 1994.

Convencional Quiroga Lavié: “...Otra gran novedad de esta norma es la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad a través de la acción de amparo. La doctrina constitucional sostuvo que la ley de facto que estableció el sistema de amparo vigente era la ley del desamparo, porque establecía la prohibición de la declaración de inconstitucionalidad con motivo de la acción de amparo. Nada más contradictorio que sostener, en un sistema jurídico, que el amparo de los derechos no procede cuando el acto de ejecución de la violación se apoya en una norma jurídica, cuando normalmente las autoridades utilizan normas jurídicas, que las pueden dibujar y construir —como una norma general o individual— a efectos de producir la violación. Esto fue visto por la Corte de manera clara en el caso ‘Oulton’, y últimamente lo ha ratificado en el caso ‘Peralta’ con una doctrina traslúcida (...) Pero lo que importa es que (...) siguiendo el sistema americano, en la Argentina la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos entre las partes. Pero la nueva Constitución establece el concepto de la nulidad absoluta en el caso de que existan extralimitaciones por parte del Ejecutivo (...) ¿A qué viene eso? Cuando la inconstitucionalidad la produzca —según mi interpretación— el Poder Ejecutivo como consecuencia de la utilización de potestades legislativas (...) en todos estos casos la declaración de inconstitucionalidad deberá utilizar el efecto de la nulidad absoluta porque no puede quedar en el sistema el vicio de la violación de la Constitución por parte de un Poder del Estado, que no tiene poderes legislativos sino —exclusivamente— poderes ejecutivos. Además, si siguiendo el sistema americano prohibimos el efecto *erga omnes* [se permitiría que dichas normas] se mantengan en el sistema y no caigan bajo los efectos de la nulidad absoluta [y] esto significaría introducir la muerte del sistema, lo cual no puede ser aceptado por la nueva Constitución...”.

Convencional Martino de Rubeo: “...Hace instantes hablaba de lo frustrante que resultaba —además de lo angustiante— presentar un recurso de *hábeas corpus* y encontrar como respuesta, en primer término, que nada se sabía y, después, que un decreto del Poder Ejecutivo Nacional impedía la libertad del ciudadano. Ahora, a través del texto que vamos a sancionar, ello sería absolutamente inconstitucional porque el juez estaría en condiciones de declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva. En relación con este último punto, sugeriría a la Comisión de Redacción que se expresara claramente que esta inconstitucionalidad pueda ser declarada de oficio y no a pedido de parte, como se ha establecido. Sería importante consignar esta facultad, la que de ninguna manera afectaría el espíritu de la norma a incorporar en la Constitución...”.

Convencional Agud: “...Señor presidente, he pedido la palabra al solo efecto de fundamentar una disidencia parcial al despacho de mayoría (...) La disidencia está referida al pedido de supresión de un párrafo del artículo que constitucionaliza el

amparo, que dice: 'En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva'. Una de las facultades más importantes y graves del Poder Judicial es la de declarar la inconstitucionalidad de las leyes. Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ese es uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial. Sin duda se trata de una facultad de control que tiene el Poder Judicial sobre el Poder Legislativo, y aun sobre el Ejecutivo. Esta facultad de control, que a lo largo de la historia ha sido merituada por la doctrina y la jurisprudencia como una facultad que debe utilizarse restrictivamente y en casos de suma gravedad que lesionen la constitucionalidad, en el caso del amparo es incorporada a efectos de que los jueces puedan declarar, en juicios sumarios, la inconstitucionalidad de las normas. Considero que estamos yendo demasiado lejos al darle estas facultades tan importantes a jueces que sin las seguridades del juicio contradictorio, sin escuchar a las partes en el proceso e, incluso, al fiscal —por cuanto las normas presumen su constitucionalidad— pueden derogar, y permítaseme emplear este término, las normas que han sido dictadas por el Poder Legislativo de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en reiteradas oportunidades sobre este problema. Tanto es así que hasta hace poco tiempo la doctrina del Más Alto Tribunal del país fue pacífica al negar estas posibilidades a los jueces. En uno de los primeros casos en que el Poder Judicial resolvió el amparo —el caso 'Kot'—, el doctor Alfredo Orgaz, que fue quien fundó la acción de amparo en la Argentina, decía en su voto: 'Los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia, lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio, a fin de no decidir por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios'. Sin duda el doctor Orgaz estaba estableciendo en aquel fallo que la declaración de inconstitucionalidad supone la seguridad y la garantía del contradictorio, es decir, el juicio en el que las partes pueden expresarse y en el que el juez, además, puede valorar la prueba. Nada obsta a que se cumpla con los fines del amparo si se resolviera no dar a los jueces esta facultad de declarar en el juicio sumario la inconstitucionalidad de la norma, ya que el juez, haciendo lugar por vía del amparo al pedido de las partes, puede poner nuevamente en vigencia el derecho conculcado o violado. No hace falta declarar la inconstitucionalidad de la ley para poner en vigencia el derecho que pueda haberse violado. La ley 16.986, que introdujo legislativamente en la Argentina el tema del amparo, prohíbe expresamente esta declaración de inconstitucionalidad en el inciso d) del artículo 2. Así lo han hecho las Constituciones más importantes en el derecho público provincial (...) En definitiva, hasta hace poco tiempo ha sido pacífica la doctrina de nuestro país de que por vía del amparo no se puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, pero esta reforma que se va a votar permite a los jueces dicha declaración. Por ello, solicito a la Comisión de Redacción que revea esta postura y que se suprima el párrafo que autoriza a los jueces, por vía del amparo, a declarar la inconstitucionalidad de las normas..."

Convencional Carrió: "...Señor presidente, quiero hacer una aclaración con relación a las palabras vertidas por el señor convencional Aguad. Creo que el sentido

de la norma, al sostener que se puede declarar la inconstitucionalidad en que se funda el acto lesivo, está determinando que el objeto de la acción de amparo es la cesación del acto u omisión lesiva, y si para ello el juez debe inaplicar una norma que estima inconstitucional y que funda el acto lesivo, lo puede hacer. Pero no estamos hablando de la acción directa de inconstitucionalidad. La declaración de inconstitucionalidad del sistema jurisdiccional difuso —para este caso concreto— no implica la derogación de la norma sino que es una justificación del juez para apartarse de la aplicación de esa norma, que estima inconstitucional y que funda el acto lesivo. La jurisprudencia argentina no ha sido pacífica en este sentido ya que, a partir del caso 'Oton y Mate Larangeira Méndez', de 1968, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aún estando vigente la ley 16.986, dijo que el artículo 2, inciso d) de esa ley era un principio que admitía excepciones. Es decir, que si funcionaban los demás requisitos del amparo y, básicamente, el daño grave e irreparable de remitir la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, se podía declarar la inconstitucionalidad obviamente en cuanto a la declaración de por qué se inaplica en el caso concreto la ley tachada de inconstitucionalidad. Después acaeció un período en el que la jurisprudencia varió, y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir del caso 'Arenzón', que data de 1983/1984 y que fuera reiterado en el caso 'Peralta' por la actual integración de ella, establece que ya no quedan dudas de que se puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo, pero con la característica de la declaración de inconstitucionalidad a los sistemas jurisdiccionales difusos, y no a la derogación de la norma, con la justificación del juez para inaplicar la norma tildada de inconstitucional en este caso concreto. De tal manera que, para dar tranquilidad a las observaciones formuladas por el señor convencional Aguad, propongo que el despacho explique claramente este caso y, eventualmente, en lugar de utilizar la palabra 'declarar', podamos usar alguna otra que tenga un carácter menos fuerte, pero dejándole la tranquilidad al señor convencional Aguad de que lo que se quiso hacer en la Comisión de Redacción y en el dictamen fue darle la posibilidad al juez de que inaplique la norma que estime inconstitucional. Esto, además, se corresponde con la nueva legislación argentina, porque la ley 16.986 fue dictada por un gobierno de facto y para restringir el amparo. Sin embargo, la ley 23.098, que reglamenta el *hábeas corpus* y que fue objeto de debate entre el Presidente de esta Convención Constituyente y el Senador nacional De la Rúa, autoriza incluso la declaración de inconstitucionalidad de oficio de la ley que funde la detención ilegítima. Es decir, que esto que se consagra constitucionalmente es de menor categoría y fuerza aun que lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 23.098, de *hábeas corpus*. Esta es una norma que hay que preservar, porque cuando el señor convencional Aguad cita el caso 'Kot' y al doctor Orgaz (...) está aludiendo a una cuestión compleja, pero no habla de cuando la norma que funda el acto es obvia y manifiestamente inconstitucional y no hay otra vía en el ordenamiento argentino para preservarlo. Creo que suprimir esta norma como lo propone el señor convencional Aguad sería retroceder en la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en esta materia y posibilitar que por vía del dictado de actos inconstitucionales pueda quedar invalidada la vía de la protección constitucional de los derechos fundamen-

tales mediante la acción de amparo. Pero no me opongo a que se explicité que es sólo para el caso concreto...”.

Convencional Agud: “...Señor Presidente, creo que son atinadas las palabras de la señora convencional preopinante. El vocablo ‘declarar’ tiene un significado fuerte, porque habilita a que los jueces resuelvan declarar la inconstitucionalidad de una norma y esto es lo que hay que evitar y lo que ha señalado la señora convencional Carrió. Las leyes se presumen constitucionales y si un juez, aunque sea para el caso concreto, declara la inconstitucionalidad de la norma, ella va a funcionar con una *capitis diminutio* indudable, precisamente por ese motivo. Creo que la cuestión se puede solucionar, como lo explicó la señora convencional Carrió, en el sentido de que habría que agregar que es para el caso concreto y tal vez cambiar la palabra ‘declarar’ por ‘merituar’, que es más justa, a los efectos de que el juez pueda ‘merituar’ la constitucionalidad de la norma y fundarse en ese mérito para resolver favorablemente el amparo...”.

Convencional Quiroga Lavié: “...Manifiesto que de acuerdo con el sistema de control de constitucionalidad en la Argentina, tal declaración es lo que corresponde. Es decir, que no hay ni falta de fuerza ni debilidad en la declaración de inconstitucionalidad, es así de simple. En consecuencia, cuando el texto dice ‘en el caso’ es obviamente ‘en el caso’, cuando el dictamen dice ‘el juez podrá’ está implicándose la meritución que está solicitando el señor convencional Agud y cuando el juez dice ‘declarar’ está estableciéndose en la Constitución el funcionamiento institucional apropiado para toda la tradición de control de constitucionalidad existente en la Argentina tomado del modelo americano. De manera tal que, desde nuestra perspectiva, de la Comisión especializada, debe mantenerse la redacción tal cual ha sido formulada y aceptada por la Comisión de Redacción...”.

Convencional Cullen: “...Señor Presidente, en realidad, las expresiones del señor convencional Quiroga Lavié son suficientes para aclarar la cuestión y lo ratifico plenamente; pero quiero acotar a lo que manifestó, que desde ningún punto de vista hay que cambiar el verbo ‘declarar’ porque la declaración de inconstitucionalidad es, dentro del sistema de control de constitucionalidad difuso y en el marco de la jerarquía normativa del artículo 31, el único método posible que tiene un juez para preterir la aplicación de una norma que precisamente no aplica porque la declara inconstitucional. Me parece que debe conservarse, como lo dijo el miembro informante de la Comisión de Redacción, con el verbo ‘declarar’, que siempre significa ‘declarar en el caso’ la inconstitucionalidad de la ley...”.

La discusión continuó en la sesión siguiente del 16 de agosto de 1994.

Convencional Martino de Rubeo: “...En el primer párrafo propuse que donde dice: ‘En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva’, diga: ‘En el caso, el juez podrá de oficio declarar la inconstitucionalidad...’, ya que de otro modo tal inconstitucionalidad sólo se podrá declarar a pedido de parte, y sería conveniente que también pudiera ser decretada de oficio...”.

Convencional Agud: "...Señor Presidente, (...) recuerdo a la Comisión de Redacción que al fundar una disidencia parcial sobre el primer período solicité que se suprimiera el párrafo que dice: 'En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva'. Esto fue planteado a los efectos de evitar que los jueces declaren en procedimientos sumarios la inconstitucionalidad de una norma, teniendo en cuenta que nada impide que el juez que conoce sobre el amparo restablezca de inmediato el derecho conculcado y adopte todas las medidas necesarias sin pronunciarse expresamente en la parte resolutive del fallo sobre la declaración de inconstitucionalidad...".

Tras ello, el Proyecto fue votado en general y resultó aprobado; continuándose con su consideración en particular por párrafos.

Convencional Roulet: "...Las Comisiones de Nuevos Derechos y Garantías y de Redacción han considerado el conjunto de modificaciones o adenda sugeridas por los señores Convencionales. Luego del correspondiente análisis, se aprobó incluir en el párrafo primero la expresión 'En el caso concreto'. Quiere decir que quedaría redactado así: 'En el caso concreto, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva'...".

Convencional Barcesat: "...Quiero señalar que decir 'el caso concreto', lo que fue aceptado por la Comisión de Redacción, es un pleonasma y un error técnico ya que el caso es una causa judicial y, por lo tanto, concreta. No hay causas judiciales abstractas. No considero que el agregado de la palabra 'concreto' vaya a distorsionar el sentido pero francamente implicaría un error técnico que no nos va a calificar bien frente a la opinión doctrinaria y jurisprudencial. Por ello, entiendo que la forma en que está redactado el dictamen es suficiente para expresar lo que se debe decir...".

Convencional Roulet: "...Señor Presidente, la Comisión acepta la propuesta y, entonces, se retira la palabra 'concreto'...".

Convencional Hitters: "...Evidentemente, en el sistema de contralor difuso que tenemos en la Argentina la inconstitucionalidad de la ley es siempre para el caso concreto; nunca aboga la ley. Entonces, ratifico la posición expresada por el señor convencional por la Capital...".

Convencional Iturraspe: "...Pienso que dada la obvia conexión entre el amparo, el *hábeas corpus* y el *hábeas data* —que participan de una misma naturaleza, constituyendo los dos últimos un subtipo del primero según el pensamiento de Gimeno Sendra—, no cabe duda de que establecida la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad en el amparo, la misma rige para ambos institutos que constituyen subtipos del primero. Por ello —decía— me parece prudente —y así lo propongo— ubicar el precepto al final del artículo y (...) redactarlo en los siguientes términos: 'En estos casos, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva cuando al momento de dictar sentencia las disposi-

ciones impugnadas aparezcan (...) clara, palmaria y manifiestamente violatorias de las garantías constitucionales que este remedio tiende a proteger'. Para redactar esta modificación me he limitado muy sencillamente a transcribir la parte pertinente del considerando décimo de la mayoría en el caso Peralta...".

Finalmente, se puso a votación el primer párrafo, en la redacción aceptada en el dictamen de mayoría, la cual resultó afirmativa, quedando aprobada la disposición del art. 43 de la Constitución.

3 | Conclusión

En este trabajo se ha tratado de mostrar, por un lado, que en nuestros primeros debates institucionales ya se encuentran muchas de las críticas y defensas que actualmente se formulan en torno al modelo de control jurisdiccional de constitucionalidad vigente y, por otro lado, de advertir que en nuestros debates institucionales más recientes, se encuentran ausentes discusiones de raíz acerca de tal atribución puesta en manos del Poder Judicial.

A su vez, la recorrida efectuada permite notar, con cierta paradoja, que las dos disposiciones básicas vigentes que expresamente consagran el contralor judicial —el art. 3 de la ley 27 y el art. 43 de la Constitución— fueron las menos controvertidas a la hora de su adopción.

En tal sentido, el 150° aniversario de la ley 27 se presenta como una buena ocasión para estimular la reflexión sobre una de las cuestiones fundamentales del Derecho Constitucional.

Independencia interna: la clave de la reforma judicial latinoamericana

Sobre la imperiosa necesidad de discutir el rol de los jueces en el sistema político y en las sociedades latinoamericanas pos-neoliberales

por **GABRIEL MACAGGI**⁽¹⁾

En este texto se ensaya una mirada parcial sobre la imperiosa necesidad de modificar el sistema legal-disciplinario judicial interno en América Latina (AL) y en la Argentina (con la reforma judicial democratizadora consecuente). En paralelo a ello, se propone una interpretación jurídico-política del proceso institucional latinoamericano que fundamenta los motivos de por qué resulta necesaria esa tarea democrática. Luego se traza un análisis sobre la lógica burocrática en general y, en particular, de la burocracia judicial. En el final se adjunta un comentario sobre un modelo de estatuto judicial alternativo de trabajadores, funcionarios y magistrados para la Argentina y América Latina; con su anexo normativo y cuadro esquemático que intenta ser coherente con esta interpretación.

.....

(1) Docente de Teoría del Estado y Sistemas Políticos Contemporáneos (Universidad de Buenos Aires). Agradezco al amigo Fabio Mandile sus observaciones sobre el anexo normativo que aquí se adjunta, liberándolo —claro está— de toda responsabilidad sobre sus contenidos y estilos.

I | Fundamentos históricos de una reforma judicial necesaria

I.I | Primera cuestión: neutralidad excluida

No se pretenderá aquí aparentar neutralidad para valorar los procesos institucionales históricos. Para quien esto escribe, las formas institucionales y jurídicas no pueden juzgarse ni analizarse separadas de sus contenidos históricos y sociales. Es decir, **los procesos sociales y sus instituciones no son mejores ni peores en sí mismos y su valoración histórica nos compromete como sujetos inmersos en éste, nuestro propio drama histórico singular y actual, derivado de aquellos tiempos pretéritos.**⁽²⁾

Hace ya dos siglos Hegel criticaba a Kant por su excesivo formalismo ético —sin “contenidos” ni “determinaciones”— y sus modelos abstractos para construir deberes morales, y sugería que los imperativos categóricos del autor de la *Crítica de la razón pura* podían aplicarse y justificar cualquier cosa.⁽³⁾

Esto resulta fundamental para interpretar los procesos sociales, jurídicos e históricos. Por ejemplo, sabemos que los principios de “juez natural” e “irretroactividad de la ley penal” son principios sustanciales de un estado de derecho que ninguna concepción democrática puede soslayar. Sin embargo, en todos los casos en que se ha podido juzgar a criminales de Estado —desde el Tribunal de Nüremberg a Tokio hasta el Tribunal de la ex Yugoslavia o Camboya— esos principios debieron relativizarse, atento que todos los tiranos (y sus esbirros) pretenden ser juzgados por las leyes y los jueces del régimen genocida derrotado asegurándose de esta manera su impunidad legal. Por lo tanto, no hay principio de juez natural ni irretroactividad de la ley penal *per se*, sino a partir de la forma en que interpretamos el proceso histórico y los distintos significados que le atribuimos.

.....

(2) En el presente trabajo, todos los destacados me pertenecen.

(3) En realidad, la teoría kantiana de la moral no puede escindirse de su teoría del conocimiento, de su concepción de la política, la historia o el derecho. Sobre las críticas de Hegel, véase HEGEL. “Sobre el bien y la conciencia moral”, parágrafo 129 y ss. (HEGEL, 1988). Sobre el debate Kant-Hegel y el imperativo categórico, véase GÓMEZ LENIS, 2004, p. 27.

Esto es válido también para comprender, clarificar y sincerar la cuestión de la independencia o estabilidad judicial que no constituye un valor en sí mismo.

Veamos. No resulta antidemocrático o despótico tomar la decisión político institucional de remover jueces que los regímenes anteriores han instalado de manera ilegítima pero “legal”.⁽⁴⁾ Un sistema político libertino, formalmente democrático, sustentado en el fraude, el clientelismo y la violencia selectiva (como el México del PRI —1960/2000— o la Venezuela Puntofijista —1958/98— no puede alegar “estabilidad institucional” ni “derechos adquiridos” para conservar los cargos prebendarios obtenidos en esa era ilegítima. Tanto el venezolano Hugo Chávez o el argentino Néstor Kirchner o el boliviano Evo Morales decidieron renovar parcialmente las estructuras judiciales que tenían una relación directa con los regímenes anteriores y que invocaban la “estabilidad republicana” para eternizarse en sus cargos.⁽⁵⁾

1.2 | Fracaso anunciado con explicación insuficiente

Cuando se hace referencia a la crisis del Poder Judicial latinoamericano, se suele insistir sobre lo que ya constituye casi un lugar común en los es-

(4) BOBBIO, 1985. En este texto, Bobbio llega en profundidad a la problemática de la “legitimidad” del poder. No es lo mismo requerir el ejercicio de la “legalidad” (sólo el derecho vigente) que invocar “legitimidad”, es decir, el “título”, el “derecho a mandar” que tiene que ver más con los valores, con la historia y con el poder. Para todo jurista, resulta necesario indagar sobre la necesidad de una teoría que le permita construir un criterio determinante para distinguir un Estado de una organización mafiosa. Bobbio, en este texto inolvidable, se permite expresar sus grandes dudas sobre esta cuestión.

(5) En el caso de Venezuela, no debe olvidarse que el sistema político surgido del denominado Pacto de Punto Fijo (1958-1988) consolidó una burocracia política bipartidaria de carácter clientelar y con altísimos niveles de corrupción al que no era ajeno el Poder Judicial sobre el que la mayoría de la población tenía una imagen extremadamente negativa por su ineficiencia y venalidad. El régimen político antidemocrático puntofijista venezolano ha sido comparado al sistema de partido hegemónico priista mexicano (este último se dio hasta el lujo de ganar elecciones locales por el 100% de los votos y obtener a nivel federal la totalidad de las gobernaciones). Por eso fue denominada “la dictadura perfecta” (al respecto, véase ANSALDI, II, p. 473 y ss. y sobre Venezuela, GONZÁLEZ FUENTES, 2003).

Por eso, resultan apresuradas opiniones como las del German Burgos al descalificar la cesantía de 400 jueces venezolanos cuyo merecido desprestigio sugiere hasta el mismo informe de Transparency Internacional que el consultor del Banco Mundial cita. Ver BURGOS SILVA, 2003 y TRANSPARENCY, 2000.

tudios sobre el Poder Judicial: si bien existieron algunos progresos, las reformas judiciales promovidas en América Latina en las dos últimas décadas han fracasado o, en su versión más piadosa, no se han producido los resultados esperados.⁽⁶⁾

La pretensión aséptica que poseen ciertas instituciones multilaterales sobre las cuestiones políticas llevó a que el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo (además de la cooperación de los gobiernos de Estados Unidos, Japón, Reino Unido y agencias gubernamentales y multilaterales de cooperación como el PNUD y la Unión Europea) se preocuparan por financiar y apoyar la reforma judicial durante la autocracia de Alberto Fujimori en Perú que, como dice César Landa, fracasó antes de la caída del régimen dictatorial del hoy condenado ex presidente.⁽⁷⁾

Más común aún —tan común como intelectualmente primitivo— resulta responsabilizar, *in totum* y sin mayores distinciones, a la “clase política” de tal desatino. Esta constituye la sugerencia *standard* de los documentos de las organizaciones internacionales financiadas por los países centrales.

Veámoslo con más detenimiento: La “clase política” (término de por sí impreciso) no existe como tal, por ser un fenómeno social contradictorio y heterogéneo. Sí parece necesario destacar que, a nuestro criterio, la puntualización monotemática, excluyente y reiterada sobre este desprestigiado segmento de la sociedad latinoamericana⁽⁸⁾ suele aparecer a veces con

(6) Ver, por ejemplo, DESHAZO, PETER y VARGAS, JUAN, 2006. En la evaluación general del proceso, estos autores señalan que “...el resultado general es decepcionante: no se satisficieron las grandes expectativas generadas, en gran parte debido a sistemas nuevos que funcionan en forma pobre y lenta, carecen de transparencia, prestan poca atención a los usuarios y carecen de independencia para tomar decisiones...” (p. 15). Luis Pásara comenta la manera ingenua en que han trabajado algunos expertos internacionales en determinados procesos de cooperación internacional y cómo a través de prejuicios y entrevistas a miembros del PJ se asumió, erróneamente, que “...los protagonistas del problema eran los mejores habilitados para formular su explicación...”. (PÁSARA, 2004).

Una interpretación contraria, con una alta dosis de optimismo, fundada en ecuaciones y análisis cuantitativos, se encuentra en SILVIA INCLAN y MARÍA INCLÁN, “Las reformas judiciales en América Latina y la rendición de cuentas del Estado”, 2005.

(7) LANDA, 2003.

(8) Ante la crisis europea de principios de siglo XX, lo “antipolítico” fue el argumento central de los liderazgos autoritarios que se fueron desarrollando. Hitler, Mussolini, Franco, Oliveira Salazar y otros liderazgos similares en el resto de Europa hablaban siempre desde afuera

la finalidad de desviar la atención sobre cuestiones centrales del drama latinoamericano, como ser las causas de la turbulenta historia de su sistema político (preludio de su derrotero), como así también indagar sobre el accionar de los factores de poder (internos y externos, en el pasado y en el presente) evitando por otro lado realizar los cuestionamientos sustanciales al inequitativo y libertino sistema social imperante (con su pasado respectivo).

Como ya se ha sugerido, la desacreditación permanente de la vieja clase política latinoamericana (cuyos deméritos, en general, son —sin duda— irrefutables),⁽⁹⁾ llevan consigo —como ya se ha sostenido— un mensaje

de la “politiquería”, el parlamentarismo y la demagogia. En América Latina fue el “caballito de batalla” de la oligarquía desplazada ante los limitados procesos institucionales de democratización iniciados a principios del siglo XX. También las dictaduras militares de la segunda posguerra, bajo el auspicio de la Doctrina de la Seguridad Nacional, usaron este argumento dado que, supuestamente, las FFAA se mostraban como “ajenas” a los contubernios políticos.

Por supuesto que esta aclaración no tiene por finalidad defender determinados grupos políticos corrompidos que se han perpetuado y enriquecido en el sistema político latinoamericano y que son corresponsables de su crisis, sino que aquí se pretende complejizar la matriz analítica, señalando algunas distorsiones y obviedades reiteradas hasta el cansancio por determinadas usinas ideológicas del conservadurismo latinoamericano —y mundial— que ante la inestabilidad de las instituciones latinoamericanas promocionan una república supuestamente sería utilizando el modelo de los países centrales.

En los años 60, estos mismos sectores proponían el final del estado de derecho y su reemplazo por dictaduras cívico militares, inspirados en las teorías de Samuel Huntington y la Trilateral Comisión que sugerían el fin de las democracias que, “saturadas” de reclamos, no podían dar respuestas a las presiones populares. A partir de los años 80 y 90, estos sectores suavizaron su propuesta promoviendo, en muchos casos, a personajes redentores de la antipolítica que disciplinen al sistema político, invadido por el chusmerío populista, preferentemente millonario y “descontaminado” de la vieja política. Los peruanos, con el plebeyo Alberto Fujimori, o los chilenos con el magnate Sebastián Piñera, los argentinos con el inolvidable Carlos Menem, los porteños argentinos con el empresario contratista estatal Mauricio Macri, los brasileños con el ya destituido Fernando Collor de Mello, o los italianos con Silvio Berlusconi han disfrutado o disfrutaban todavía de estos supuestos *outsider* renovadores de la política que, se sabe, no han estado demasiado obsesionados con la transparencia, las formas legales y la institucionalidad democrática.

(9) La cuestión de la clase política latinoamericana debería ser estudiada debidamente en el contexto histórico respectivo y en paralelo a las conductas de las elites políticas de los países desarrollados. Es decir, a partir de los escándalos ocurridos en el sistema político estadounidense (casos Enron, fraudes financieros 2008, relaciones de la familia Bush y su entorno con la familia Bin Laden y la autocracia saudita y los negocios con las corporaciones armamentísticas, intervenciones telefónicas y allanamientos sin orden judicial, presos sin causa ni condena, etc.), español (el financiamiento ilegal de las estructuras del Partido Popular y Partido Socialista) o italiano (*mani pulite*, la fortuna de Berlusconi, etc.), por citar sólo tres

subliminal de carácter binario, que sugiere lo siguiente: “esto no ocurre en los países desarrollados”. Sobre la seriedad o no del sistema institucional de la Unión Europea y de EEUU no corresponde que me dedique en esta instancia. Para citar sólo alguna literatura contemporánea remito a textos sobre el “Estado Profundo” y el sistema político estadounidense, como los del ex diplomático canadiense Peter Dale Scott y del liberal norteamericano Sheldon Wolin en donde se (de)muestra que el **discurso teórico** sobre la gran democracia del norte, la transparencia, la división de poderes, y los controles institucionales tienen, por lo menos, algunas dificultades de contrastación con la **practica real y efectiva en ese país**.⁽¹⁰⁾

En su análisis comparativo sobre los sistemas políticos, Gianfranco Pasquino explicita la extrema posibilidad de vetos y obstrucciones (de hecho y de derecho) que tiene el sistema institucional norteamericano cuando se pretenden realizar cualquier tipo de cambios de orientación progresiva, lo que lleva en realidad a lo que el politólogo italiano denomina una “parálisis institucional” de carácter permanente. Por eso, la modesta reforma del sistema de salud americano que propone el actual presidente Barak Obama, y que evitaría parte de las 100.000 muertes por año de personas que no tienen seguro médico, sigue sin poder efectivizarse a pesar de haber ganado varias elecciones y de haber sido avalada constitucionalmente por la *Supreme Court*.

No hay, por tanto, países “serios” y países “poco serios”, o Estados donde rige plenamente el estado de derecho y aquéllos en los que no. Hay diferentes sistemas de poder, cada uno en su singularidad histórica y política.

Pues bien, realizado un balance sereno de los objetivos que se habían trazado muchos de los especialistas internacionales que promovieron estas reformas del Poder Judicial (en adelante, PJ) —digamos, despolitizar la selección de jueces, transparentar, horizontalizar, “independentizar” y democratizar internamente la institución— a principios del nuevo siglo se podía inferir, como ya se advirtió, que —con razones de sobra— los loables propósitos no se hallaban realizados.

.....
casos muy gruesos y de fácil verificación, queda claro que faltan estudios comparativos y empíricos serios que permitan aseverar la supuesta superioridad moral de las instituciones y elites desarrolladas sobre las subdesarrolladas.

.....
(10) Ver PETER DALE SCOTT, 2007 y SHELDON WOLIN, 2008.

Sí se había logrado, por ejemplo, un avance significativo en las reformas de los sistemas penales, abandonando algunas vetustas estructuras inquisitivas por sistemas acusatorios, o también, algunos grados de eficiencia a través de la modernización de parte de la estructura judicial con la aplicación de la tecnología de la información.⁽¹¹⁾

Ahora bien, el programa, loable en términos formales y, en alguna medida, generoso en recursos (en una versión, US\$1000 millones)⁽¹²⁾ y cuya promoción más activa tuvo como escenario los imperecederos años 90, tenía cierto grado de esquizofrenia,⁽¹³⁾ **puesto que estos cambios preten-**

(11) *Revista Sistemas Judiciales*, 2012.

(12) Desde los años 90, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, instituciones no gubernamentales y países donantes, entre los que se cuenta a EEUU a través de su Agencia para el Desarrollo Internacional, aportaron cerca de mil millones de dólares en concepto de ayuda financiera para las iniciativas de reforma del sistema de administración de justicia. Las mencionadas contribuciones se aplicaron a proyectos de largo plazo con términos de ejecución de al menos diez años, por lo que muchos de ellos continúan desarrollándose. (DESHAZO y VARGAS, 2006).

Sin compartir los juicios de valor que realiza la autora sobre los procesos latinoamericanos, resulta interesante destacar el texto de LUZ ESTELLA NAGLE (2003) con respecto a este tema:

"El carácter de los sistemas judiciales latinoamericanos es cuestionable. A fin de apaciguar a los países del primer mundo que les procuran su cooperación, los países latinoamericanos han jugado con destreza a la reforma judicial, atrayendo hacia sus magistraturas millones de dólares que, de otro modo, hubiese sido imposible lograr de fuentes internas. No obstante, jueces, fiscales y ciudadanos afectados se preguntan qué sucedió con los millones de dólares en cooperación externa, y con el entrenamiento que había sido dispuesto para mejorar su trabajo y las condiciones laborales (...) En apoyo a la democracia en Latinoamérica, los consultores judiciales y quienes 'untan su pan' con demandas de propuestas de reforma judicial, reaccionan a la menor oportunidad de lograr contratos con las agencias gubernamentales encargadas de ejecutar las políticas norteamericanas. Y en el extraño caso de que no exista un problema particular a ser solucionado, los agentes gubernamentales en busca de enriquecimiento personal a través de la cooperación internacional, o las en exceso entusiastas ONG que necesitan justificar los salarios de sus miembros más antiguos, pueden fácilmente fabricar uno. 'En muchos casos latinoamericanos los sistemas judiciales no requieren ser reformados, mas existen propuestas que solicitan mayores recursos e independencia' (CEIP, 1999). El dinero es el aspecto central que motiva a muchos funcionarios a idear formas para enriquecerse a sí mismos y a la elite social que continúa controlando la democracia representativa en Latinoamérica".

(13) Tomo este término, ya muy utilizado en los ensayos políticos, cuando se pretende dar la idea de incoherencia del pensamiento, la acción o la afectividad, la separación de la realidad con replegamiento sobre sí mismo y predominio de una vida interior entregada a las producciones de fantasía (autismo), actividad delirante más o menos acentuada, siempre mal sistematizada, que evoluciona con signos muy diversos hacia un deterioro intelectual y afectivo, conduciendo a menudo a estado de aspecto demencial (LAPLANCHE, *Diccionario de Psicoanálisis*, 1996, p. 128).

dieron hacerse en paralelo a las transformaciones sociales más inequitativas, ilícitas y “antiestatalistas”⁽¹⁴⁾ jamás realizadas que, a su vez, requerían —necesariamente— la alianza con sectores interesados en un importante grado de flexibilidad ética, jurídica y judicial para llevarlas a cabo.⁽¹⁵⁾

En realidad, las reformas instrumentadas sobre el PJ habían naufragado de la misma manera que las reformas del Estado promovidas por el denominado “Consenso de Washington”. De hecho, se sabe, el neoliberalismo había fracasado en casi todo lo que se había propuesto en AL (y en el resto del mundo también). Sus resultados podían verificarse con facilidad en las bajas tasas de crecimiento de PBI (menos de la mitad de la era “populista” —1940/70—); en que no logró modernizar las economías (se hicieron más primarias y menos industriales); ni fortalecer y moralizar el sistema político; en la reducción de los índices de desigualdad y pobreza, así como tampoco en hacer más eficiente al Estado, etc. Sus únicos éxitos se desplegaron en la reestructuración social del sistema de poder puesto que dejó como resultado una sociedad partida, polarizada, fragmentada en múltiples pedazos y conflictos irresolubles; y se instaló, por mucho tiempo, la idea de que otro modelo de sociedad alternativo era insostenible e impensable.⁽¹⁶⁾

.....

Desde la incoherencia de lo discursivo nunca mejor retratado el discurso de las elites dominantes latinoamericanas que mientras bregaban por la libertad y la democracia promovían dictaduras genocidas como, ahora, y desde el ángulo político, un discurso vacío que encubre brutal y exclusivamente voluntad de poder de una entente facciosa que —como a principios del siglo XX (¡y del siglo XXI!)— no tolera ni siquiera el sufragio universal.

(14) Digo antiestatalistas con el encomillado atento a que el Estado neoliberal no achicó el Estado, sino que sencillamente derivó los gastos sociales hacia otros sectores (armamento, cárceles, sistemas de seguridad, subsidios para grandes grupos económicos, etc.).

(15) Por ejemplo, sobre la violación sistemática de la división de poderes y la conversión del PE con funciones legislativas regulares en la era neoliberal, véase NEGRETTO, 2001.

(16) ANDERSON, 2003. Las palabras de Perry Anderson, en ese texto de 2003, merecen ser transcritas por su exactitud:

“En este sentido, cualquier balance actual del neoliberalismo sólo puede ser provisorio. Se trata de un movimiento inconcluso. Por el momento, a pesar de todo, es posible dar un veredicto sobre su actuación durante casi quince años en los países más ricos del mundo, única área donde sus frutos parecen maduros. Económicamente, el neoliberalismo fracasó. No consiguió ninguna revitalización básica de capitalismo avanzado. Socialmente, por el contrario, ha logrado muchos de sus objetivos, creando sociedades marcadamente más desiguales, aunque no tan desestatizadas como se lo había propuesto

.....

Política e ideológicamente, sin embargo, ha logrado un grado de éxito quizás jamás soñado por sus fundadores, diseminando la simple idea de que no hay alternativas para sus princi-

Sugestivamente, los organismos internacionales propusieron las iniciativas más importantes sobre las reformas judiciales en una “segunda agenda” de reformas (reformas de “segunda generación”) posteriores a las desregulaciones, privatizaciones y aperturismo comercial (“primera generación”), es decir, luego de que las transformaciones sugeridas por el modelo neoconservador del Estado y la sociedad promovidas en los años 90 (y que requerían una alta dosis de ilicitud) estuvieran —supuestamente— consolidadas. Pues bien, la segunda etapa de reformas no llegó o llegó de manera tardía y a destiempo. Y, al igual que las reformas económicas de “primera generación”, fracasarían de manera rotunda.⁽¹⁷⁾

1.3 | La autocracia judicial ausente

Algunos trabajos intentaron ir un poco más allá del trillado concepto de “independencia de los jueces vs. clase política”, al sugerir que, en AL, la

.....
 pios, y que todos, partidarios u opositores, tienen que adaptarse a sus normas. Probablemente, desde principios de siglo, ninguna sabiduría convencional consiguió un predominio de carácter tan abarcativo como hoy lo ha hecho el neoliberalismo. Este fenómeno se llama hegemonía, aunque, naturalmente, millones de personas no crean en sus promesas y resisten cotidianamente a sus terribles efectos. Creo que la tarea de sus opositores es ofrecer otras recetas y preparar otros regímenes. Alternativas que apenas podemos prever cuándo y dónde van a surgir. Históricamente, el momento de viraje de una onda es siempre una sorpresa”.

Sin embargo, dos años después, en 2005, el proyecto librecambista regional ALCA, que la mayor parte de la clase política latinoamericana aceptaba ya de manera resignada, era rechazado por los pueblos de AL en la Ciudad de Mar del Plata. Néstor Kirchner y Hugo Chávez jugarían el papel protagónico decisivo con el aval de Ignacio Lula da Silva. El huracán neoliberal de la recesión y la miseria comenzaría así, el camino hacia su lenta agonía, no sin antes arrasar, como una ironía de la historia, los territorios de algunos países desarrollados en donde había sido concebido. En el año 2008, el largo camino a la crisis, desarrollado a partir de la ofensiva neoconservadora de principios de los 70, mostraría su costado más temible y destructivo (ver ARCEO, *El largo camino a la crisis*, 2012). Ahora la crisis no era sólo de la periferia latina inestable, sino que las hecatombes humanas eran más que nunca visibles en el norte industrializado.

(17) Sobre un balance de las dos generaciones de reformas del denominado Consenso de Washington, véase SANTISO, 2001. En su muy moderado balance, Carlos Santiso, investigador de Johns Hopkins School of Advanced International Studies, Washington DC, sugiere que con el protagonismo de instituciones financieras multilaterales (Banco Mundial, FMI, etc.), el “decretismo”, es decir, la violación sistemática de la institucionalidad del PE sobre las facultades del PL (y su tolerancia por parte del PJ) fue una de las claves de este extraño período latinoamericano denominado de “reformas de primera y segunda generación”. Es decir, otra vez, el neoliberalismo necesitó la ilegalidad permanente para desarrollar su proyecto.

Agreguemos, la actividad groseramente delictual de las elites políticas y sociales fue también un hecho necesario que reclamaba la *real politik* del establishment nacional e internacional.

“identidad corporativa judicial” había constituido uno de los obstáculos más importantes para el logro de esos objetivos, pero los avances doctrinarios del derecho no avanza mucho más que esas declaraciones y algunos ejemplos aislados, poniendo siempre el énfasis en la clase política. En el trabajo ya citado de Deshazo y Vargas, por ejemplo, no existe una sola referencia sustancial a la **autocracia interna** que existe dentro del poder judicial latinoamericano. Lo mismo puede decirse de muchos otros latinoamericanos, que hacen acotaciones mínimas sobre el tema, como así también de excepciones.⁽¹⁸⁾

Para evitar malos entendidos y más lugares comunes destaco aquí que este desolador panorama retratado por los mismos informes de organizaciones internacionales comenzó a esbozarse y problematizarse con anterioridad a la consolidación del —para algunos— novedoso proceso reformista latinoamericano, o para otros que lo consideran como otra versión del vetusto populismo latinoamericano demagógico, caudillesco y autoritario.⁽¹⁹⁾

.....

(18) Entre los trabajos de esos congresos, pueden citarse excepciones como los de Alberto Binder. Por ejemplo, resulta interesante transcribir esta idea:

“Esta dimensión —dice el jurista— exige mucha responsabilidad ya que se ha observado un uso no siempre bien controlado de la dimensión disciplinaria para controlar jueces y producir efectos de corto plazo. Inspectores, supervisores y **prácticas de miedo**, justificadas muchas veces en valores positivos o en problemas reales de las instituciones judiciales, pero que esconden otras finalidades o constituyen remedios desesperados que agravan los problemas. Se debe fomentar un **control externo** fuerte sobre el uso de los sistemas disciplinarios y, en todo caso, asegurar la máxima transparencia y garantías en la aplicación del sistema disciplinario” (resaltados míos). Ver BINDER ALBERTO, 2011. Otra excepción es ZAFFARONI (1994), quien se ha ocupado de la cuestión en muchos trabajos entre ellos algunos aquí citados y sobre lo que volveré más abajo. También, sobre independencia interna, son interesantes los juicios esbozados por SQUELLA, 2007.

Resulta ilustrativo leer este párrafo de VARGAS VIANCO, 2006: “...[L]a carrera judicial —dice Juan Enrique Vargas Vianco— es en extremo jerarquizada, lo que hace depender de la voluntad de los superiores el destino profesional de los jueces, quienes quedan enteramente sujetos a una buena o mala evaluación de su parte o a ser no considerados por ellos para un ascenso. Otro tanto sucede con las facultades disciplinarias e incluso las potestades puramente administrativas y de gestión son en los hechos una prueba más de la concentración del poder en los superiores. Tal situación, naturalmente, tiene consecuencias en el grado de independencia con que cuentan los inferiores para desafiar en sus fallos la opiniones de sus superiores, lo que en definitiva desalienta la innovación y la creatividad. La organización judicial en nuestros países se parece en exceso a la militar”.

(19) Considero que uno de los momentos en que puede considerarse consolidado el nuevo proceso democrático reformista latinoamericano, de carácter pos-neoliberal, es la citada Cumbre de Mar del Plata en 2005 en donde varios liderazgos de Estados latino-

Por otra parte, sería atinado resaltar el otro clásico gran lugar común latinoamericano, hoy muy practicado por la reacción conservadora latinoamericana, que consiste en declarar la “falta de independencia” del PJ sólo cuando a los conservadores les adviene el rol de opositores, reclamándole a los magistrados que neutralicen, a través de fallos judiciales, las decisiones o proyectos que no pueden detener a través de elecciones limpias.

Otro lugar común latinoamericano, pero ahora de parte de los juristas, es expresar que las declaraciones de inconstitucionalidad ocurren cuando los poderes legislativos y ejecutivos violan los principios constitucionales (y sólo el PJ actuaría como “garante” de la Constitución y la Democracia), reconociendo a su vez que el control judicial de la constitucionalidad de las normas jurídicas no puede invadir el espacio de decisión política de los gobiernos (“cuestiones políticas no justiciables”), sin quedar nunca demasiado claro cuáles son los límites precisos de dicho margen, salvo principios abstractos de carácter general que pueden ser útiles para declarar tanto la constitucionalidad como la inconstitucionalidad de una determinada norma. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables —reconoce Sagües— tiene un origen político y pragmático, que no resulta siempre coherente ni uniforme.⁽²⁰⁾

Es que el PJ es un poder político del Estado que —aparte de resolver conflictos entre partes— tiene la facultad de derogar leyes y decisiones políticas, ya fuere para el caso particular o en general, y eso forma parte del sistema de dominación política.

.....

mericanos se opusieron a la conformación de un Área de Libre Comercio con los EEUU. Los trabajos de FLACSO sobre las hipotéticas consecuencias económicas y sociales de un tratado de esta naturaleza eran concluyentes. (véase por ejemplo, ARCEO, 2001). Sin embargo, la cuestión no es ya tan hipotética o abstracta: el TLC existe para México desde hace casi dos décadas (desde 1994) y los resultados no podrían ser más desalentadores. Lo lógica impuesta desde los centros de poder del norte industrial ha sido la de apertura comercial y financiera combinada con la absurda guerra contra el narcotráfico. El resultado anunciado se realizó con creces y no resulta dificultoso verificar empíricamente todo lo ocurrido: desindustrialización, armaduras pseudointerindustriales con extrema polución ambiental, pobreza estructural, importación de maíz con despoblamiento rural e inmigración masiva, fraude electoral, elites políticas y sociales vinculadas a las actividades ilícitas, y 10.000 muertos anuales (ya van 70.000) en una absurda guerra narcótica desatada hace siete años. Ello constituye un balance poco alentador para cualquier emulador que quisiera justificar este extraño modelo de desarrollo.

(20) SAGÜES, 2005.

Nunca se termina de explicar satisfactoriamente cómo personas que están fuera del escrutinio democrático pueden detener las decisiones de los poderes que surgen tras un acto electoral. Se sabe, la idea del control judicial de la constitucionalidad surgió en Estados Unidos cuando los factores de poder oligárquico temían que el aluvión plebeyo en las asambleas democráticas, producto del desarrollo del sufragio universal, pusieran en duda el autoritarismo y las inequidades del sistema social. El carácter contramayoritario del Poder Judicial es una cuestión irresuelta por la teoría política democrática.⁽²¹⁾

Kelsen intentó resolver este problema con la creación de un órgano extra-poder especializado, un “legislador negativo” (con capacidad de derogar normas con efectos generales, *erga omnes*). Así concibió la instalación de un Tribunal Constitucional,⁽²²⁾ cuyos jueces serían designados por el Congreso en sistemas parlamentarios con mandatos limitados, sustrayendo al PJ del control de constitucionalidad de las normas, con el objeto de que —interpreta Sagües— las evaluaciones de las normas guardaren cierta correspondencia ideológica con los cambios que ocurren en la sociedad.⁽²³⁾ Los sistemas políticos europeos, con distinta suerte, han ensayado el modelo kelseneano.

Volviendo a las elites dominantes latinoamericanas, lo que sí ha quedado claro es que las reformas neoconservadoras ocurridas en los años noventa en países como México, Brasil, Argentina, Perú (por citar sólo 4 casos muy conocidos) no sufrieron ningún obstáculo sustancial por parte de los jueces de esa época. Claramente, el PJ (independientemente de honorables casos aislados) fue impotente o ausente para judicializar/sancionar/neutralizar la práctica generalizada de sobornos, actividades monopólicas y gansteriles, la impunidad generalizada de la asociación entre la elite político y económica de la época, la asociación de sectores del Estado con el narcotráfico, por no hablar del desmantelamiento de los derechos económicos, sociales y culturales. etc.

No existieron, por parte de estas elites latinoamericanas, preocupaciones sustanciales sobre la concentración de los medios de comunicación ocurri-

(21) Sobre este carácter contramayoritario del PJ, ver GARGARELLA, 1993, capítulos I y II.

(22) KELSEN, 2008

(23) SAGÜES, 1999, pp. 172 y ss.

da durante los años 80 y 90 (el monopolio atenta contra el libre mercado, es tan antieconómico como ilegal) ni se escucharon demasiados reparos a las restricciones a los derechos humanos o la libertad de prensa durante las dictaduras genocidas de los años 60 y 70.

Por eso, las actuales denuncias sobre el supuesto avasallamiento sobre el PJ por parte de los nuevos liderazgos democrático populistas latinoamericanos deben interpretarse sólo como un simple recurso retórico de esas elites dominantes —cuya influencia hoy está parcialmente desplazada en algunos países— en su despiadado accionar golpista-destituyente y cuyo objetivo es la deposición de esos regímenes —legitimados por elecciones libres en reiteradas oportunidades— a través de cualquier metodología política.⁽²⁴⁾

Sí corresponde destacar que en este último caso las reacciones de la jurisprudencia latinoamericana han sido aisladas pero con desarrollo firme. Los fallos que declaran justiciables los derechos económicos, sociales y culturales (es decir, exigibles ante la justicia que ordena hacerlos efectivos) se consolidan en naciones como Colombia, Argentina, Perú, Ecuador y otros países latinoamericanos, como una reacción casi espontánea de algunos tribunales a los resultados del modelo neoliberal.⁽²⁵⁾

1.4 | Elitismo judicial, su desarrollo histórico

Luego de la emancipación, las elites latinoamericanas durante el denominado Modelo Agro Minero Exportador (1870-80/1930) pudieron consolidarse mediante un sistema institucional no democrático que combina-

(24) Utilizo elecciones libres en el sentido formal en que lo utiliza Dahl para definir los regímenes poliárquicos (elecciones sin proscripciones, con libertad de prensa y asociación, etc.). Por otra parte, es de destacar que la destitución de los presidentes “populistas” como Fernando Lugo en Paraguay o Manuel Zelaya en Honduras (expulsado por orden del Poder Judicial luego de que los mismos jueces declararan ilegal una consulta electoral convocada por Zelaya), o los golpes de Estado fallidos contra Rafael Correa en Ecuador y Hugo Chávez en Venezuela, o las tentativas desestabilizadoras contra los gobiernos de Evo Morales o Cristina Kirchner, demuestran, una vez más, la falta de límites morales o institucionales de las corporaciones latinoamericanas económicas, sociales y mediáticas.

(25) Sobre esta cuestión, ver la compilación de COURTIS, 2001, GARGARELLA, 2006, NOGUEIRA ALCALÁ, 2009. Allí se observa cómo determinados Tribunales —no sólo en AL— han considerado a los derechos económicos, sociales y culturales no sólo como una formal declaración de algunos acuerdos multilaterales, sino como derechos tan fundamentales como los civiles y políticos y que, por lo tanto, pueden ser exigibles ante el PJ cuando el PE y PL se encuentran en estado de morosidad.

ba paternalismo con enormes desigualdades sociales, sufragio universal restringido o nulo, patrimonialismo local y clientelismo, fraude y violencia selectiva o generalizada. El modelo institucional adoptado tuvo en general, como referencia, al sistema presidencialista norteamericano, si bien se combinaba con las viejas estructuras coloniales ibéricas y algunos elementos del derecho público francés. En el caso del PJ, predominó el estilo de justicia vertical clientelar autoritario de origen hispano lusitano que nunca se desmanteló, y su subordinación al Poder Ejecutivo (PE) era casi absoluta o era directamente la misma elite la que ejercía el poder, sólo en teoría separado del PE o Poder Legislativo (PL).

Las desigualdades en la forma de distribución de la tierra (todo lo contrario a los incipientes EEUU) generarían la matriz oligárquica del período y son señaladas hasta por autores norteamericanos insospechables de socialistas o populistas como Seymour Martin Lipset.⁽²⁶⁾ Se puede afirmar que, a mediados del siglo XIX, la preocupación central de las elites latinoamericanas era la conformación de entidades estatales sólidas —“orden y progreso”— para poder integrarse al mercado internacional como proveedores de materias primas.

En realidad, un estudio comparativo de las instituciones de EEUU con las latinoamericanas posee enormes dificultades metodológicas. En América Latina, el sistema social original de EEUU (acceso sencillo a la propiedad y/o distribución de la tierra entre colonos, sociedad civil robusta y descentralizada, tolerancia religiosa y separación de la Iglesia y el Estado, poder militar subordinado al civil, política industrial proteccionista) no fue emulado como el institucional.

Estas “condiciones originales de igualdad” generaron espacios para las clases populares norteamericanas diferentes a lo que dispusieron sus pares latinoamericanos. Así fue que, ocurridos los conflictos, el PJ comenzó a obstruir la soberanía popular al declarar inconstitucionales las leyes que las asambleas legislativas —influenciados por demandas plebeyas— dicitaban a favor de las clases más empobrecidas.⁽²⁷⁾

.....

(26) LIPSET, 1964 y 1996.

(27) GARGARELLA, 1996. Por supuesto que en la igualdad de condiciones debe interpretarse con un proceso limitado que ocurrió en determinadas zonas geográficas (como Nueva Inglaterra) y en determinados momentos históricos. Y no deben contabilizarse, en este reparto,

En AL la concentración de la tierra y la riqueza dio como resultado una débil clase media urbana y rural y una poderosa oligarquía mercantil-minero-terrateniente,⁽²⁸⁾ y provocó en AL que el modelo de las autonomías “federales” fueran más centralizadas, que los poderes separados derivaran en un “presidencialismo hegemónico” y las autonomías o poderes locales —cuando ocurrían— se consolidaran como cacicazgos clientelares/patrimonialistas.⁽²⁹⁾ La separación entre Poderes institucionales, entre sociedad civil y Estado o entre lo público y lo privado resulta muy difícil de distinguir porque los actores son otros. La democracia burguesa necesita burguesía industrial y el estado social de derecho, de clase obrera. Los dos actores que comenzaron a insinuarse en AL recién a principios del siglo XX.

Para entender este proceso político institucional resulta fundamental acudir a la sociología política y la idea de **patrimonialismo** que desarrolló Max Weber para estudiar sociedades con escaso desarrollo económico e institucional. La sociedad colonial latinoamericana ha sido, para muchos autores, sustancialmente patrimonialista, es decir, una de las formas de dominación social tradicional, típica de sociedades precapitalistas, en donde los súbditos asumen el mandato de la tradición como legítimo, y los funcionarios se constituyen como servidores personales del señor. Los cargos de gobierno se originan en la comunidad doméstica, por tanto el cuadro administrativo está subordinado de manera absoluta a la arbitrariedad del jefe, quien refuerza su poder otorgando prebendas a su séquito (como por ejemplo, funciones y cargos que permiten recaudar rentas o impuestos en nombre del señor) y, en el caso de la fuerzas militares, otorgando haciendas a cambio de ocupaciones territoriales.

.....

los afroamericanos, los pueblos originarios, la mujeres, las clases bajas urbanas, etc. Simplemente el acceso sencillo a la tierra dio mejores posibilidades de distribución de riqueza e ingreso en comparación con la sociedad latinoamericana y posibilitó una cierta movilidad social, clases medias rurales y urbanas y las bases para un desarrollo capitalista industrial. (ADAMS, capítulo 1).

(28) El término oligarquía comienza a desarrollarse desde la filosofía política griega antigua (“gobierno de pocos”). En AL, se observa claramente cómo un pequeño grupo privilegiado, continuador de la elite colonizadora, concentra todos los resortes de la vida económica, social y política excluyendo a la gran mayoría de la población, violentamente desapropiada. (ANSALDI, I, 2012, pp. 465 y ss.)

(29) JACQUES LAMBERT (1964) dedicó un grueso tomo a la comparación y estudios de las instituciones latinoamericanas (y en referencia al modelo de EEUU), relacionándolo con sus rasgos sociológicos e históricos. Si bien pueden no compartirse todas sus conclusiones, el texto sigue teniendo una asombrosa vigencia.

En el sistema patrimonialista latinoamericano (que surge en combinación con un desarrollo industrial y comercial precario), los hombres “dependientes” (clases bajas), la propiedad de la tierra y la actividad económica y comercial se encuentra bajo el casi absoluto dominio político y social del jefe patrimonialista, por ello no surgen clases con algún grado de autonomía como los *farmers* norteamericanos, o la nobleza feudal europea “anti estado” (en la Edad Media), ni aparecen las ciudades y la burguesía (en la modernidad) frente al monarca absoluto del viejo continente.

Si bien los casos que estudia Weber son referentes empíricos de poca conexión con AL, las características del patrimonialismo latinoamericano muestran sensibles parecidos que hacen útil este esquema, en especial al desarrollo de los sistemas patrimonialistas de dominación local que fueron parte de los obstáculos para un desarrollo capitalista como el que se desató en EEUU y Canadá.⁽³⁰⁾

Todas las instituciones de AL tuvieron este carácter patrimonialista, lo que ocurrió con el PE y PL es que, a partir del siglo XX, sufrieron un lento proceso de democratización (aunque el patrimonialismo continuó, más moderado). **La cuestión es que este proceso llegó de manera indirecta**

.....

(30) El funcionario patrimonial es completamente dependiente del Señor y no tiene autoridad personal, a diferencia de la burocracia, en donde el saber especializado le otorga poder objetivo. En la relación patrimonialista, el Señor ejerce poder no sólo sobre la comunidad doméstica (familia, esclavos, mano de obra servil semiesclava a través de mita o encomienda), sino también sobre hombres desposeídos “políticamente libres” pero sometidos por una mixtura de la santidad impuesta del orden tradicional, el prestigio y el arbitrio casi absoluto del Señor, las prebendas discrecionales a cambio de subordinación y la amenaza violenta del ostentoso aparato de gobierno colonial. En el patrimonialismo no hay ciudadanía sino súbditos, por lo cual no hay contrato ni deberes objetivos fijados por normas o acuerdos, sino subordinación personal lisa y llana. Las capas de señores locales exigen que el señor patrimonial no atente contra sus propios poderes y que garantice sus propiedades, pidiendo inmunidad (legal y fiscal) y supresión de los funcionarios administrativos. Las distancias y la deficiencia de los medios de transporte dificultaron aún más la recaudación tributaria y la posibilidad de aportar contingentes militares. Esto fortaleció la fragmentación política y refuerza el poder arbitrario de los señores locales que resisten la autoridad institucional y tributaria del Estado central. El funcionario prebendal no asume su función como un derecho objetivo al cargo, sino como una concesión del señor patrimonialista.

Una combinación de estos factores son los que obstaculizan, en la mirada de Weber, el desarrollo del capitalismo en Asia o regiones de Europa. Y sin duda son las causas que hicieron que el desarrollo del capitalismo en AL asumiera características muy singulares.

Sobre dominación tradicional y patrimonialismo en Weber, véase BENDIX, 1979, pp. 312/3625. Sobre el patrimonialismo en general y en América Latina, ver ZABLUDOSVSKY, 1990 y 1991.

o no llegó de ninguna manera al PJ, que siguió desarrollando caracteres patrimonialistas.

Si bien el desarrollo de AL es de un carácter predominantemente capitalista (combinado con formas de organización social patrimonialista y mano de obra servil y esclava), desde el principio de la colonización, su estructura social no le permite desarrollar burguesías industriales, clases medias robustas (urbanas y rurales) enfrentadas a los terratenientes y clases obreras numerosas y organizadas. La hacienda (mano de obra indígena semi-servil), la plantación (esclavitud) o la estancia (explotación ganaderil extensiva con personal asalariado) generan grupos de trabajadores menos libres que el asalariado industrial europeo o norteamericano y los niveles de dependencia personal, tanto en el campo como en las ciudades, son mayores que en esos lugares.⁽³¹⁾ Al mismo tiempo, la gran heterogeneidad⁽³²⁾ de las clases populares latinoamericanas le dificultaron enormemente la posibilidad de darse sistemas de auto-organización y construcción de identidades colectivas como en la Europa decimonónica.

Volvamos, entonces, al viejo continente. Cuando Montesquieu pensó en la "separación de poderes" lo hizo como un aristócrata preocupado por las derivaciones incontrolables que podían tener las revoluciones que la burguesía revolucionaria (y su apoyo plebeyo) podían provocar. El poder de la nobleza dentro de una cámara especial en el PL (la Cámara Alta) será el mejor árbitro que actuará como dique institucional y social, tanto contra los desbordes del "pueblo" como del monarca (cabeza del Estado Moderno) que, en ese dilema político de alianzas (burguesía o aristocracia), debería reconvertirse en un aliado obligado de los nobles.⁽³³⁾

(31) ANSALDI, I, 2012, p. 105 y ss.

(32) ANSALDI, I, 2012, p. 392.

(33) ALTHUSSER, Capítulo V, 1964. El diseño institucional de Montesquieu está inspirado en la experiencia británica. Su famosa separación de poderes es sólo el reparto ponderado entre tres potencias: Rey, nobleza y "pueblo" (burguesía y plebeyage). ¿Quién gana en este reparto? se pregunta Althusser. La nobleza gana, concluye el filósofo francés, puesto que se convierte en fuerza política reconocida en la Cámara Alta (y si bien hay un PJ se reserva a sí misma algunas facultades judiciales). Se convierte en una clase cuyo futuro personal, posición social, privilegios y distinciones quedan garantizados contra las empresas del rey y del pueblo.

En la Europa del siglo XVIII, la burguesía revolucionaria francesa instala un sistema que piensa en subordinar un PJ de origen feudal (sobre todo local) para que no obstaculice el poder transformador de las asambleas. La enorme tradición de desconfianza al control judicial de los actos políticos es lo que llevó a los europeos, no sólo a los franceses, a ser un continente de control constitucional por parte de Tribunales Constitucionales más politizados y menos estables, sin pretensiones de neutralidad judicial.

En EEUU no hubo clases feudales y, en amplias zonas, existieron entre los colonos una "igualdad original" y por tanto, desatada la tradición demócrata, la preocupación central era cómo neutralizar el poder asambleario plebeyo repotenciado con el sufragio universal. Como ya se señaló, el PJ sería allí un instrumento privilegiado de contrapeso a las pretensiones populares.

En Europa o EEUU, la mayor diversidad de clases en conflicto (burguesía industrial, clases medias, clase trabajadora, oligarquías terratenientes, burguesía comercial o financiera, etc.) constituía un escenario más equilibrado de poder que se expresaba en las instituciones. En AL, el colonial bloque comercial minero, reconvertido luego en oligarquía terrateniente con población subalterna desapropiada y fragmentada, hizo que el modelo estadounidense fuera emulado de una manera desequilibrada. **Así, los pactos oligárquicos entre elites latinoamericanas centrales y locales posibilitaron construir un bloque de poder mucho más compacto y uniforme que en el Viejo Continente o América del Norte. Esto dio como resultado que los tres poderes institucionales tuvieran una "homogeneidad" que no tenían sus pares europeos o estadounidenses. Así entonces, sin contrapesos sociales, el bloque de poder oligárquico latinoamericano dominó, luego de las guerras civiles, sin grandes dificultades gran parte del siglo XIX.**

En AL, el bloque comercial-terrateniente latinoamericano, al construir el Estado Moderno, en la segunda mitad de siglo XIX, invocará discursivamente la tradición democrática norteamericana y europea y copiará alguna de sus instituciones, invocará —formalmente— a "El Federalista" (igualdad civil y política, descentralización, autonomías, garantías individuales), a Montesquieu (poderes separados y limitados) y Beccaria (penas menos crueles, ilícitos tipificados y penas proporcionadas) pero, en la práctica, sus asesores intelectuales estarán constituidos por un discurso pretendidamente racional, de carácter positivista, que se inspirará en

las ideas de Lombroso, Spencer y Comte. Estos planteos teóricos darán sustento científico a la explicación de que existen clases biológicamente “inferiores” que están capacitadas para trabajar e incapacitadas para la representación política.⁽³⁴⁾

En definitiva, la clase dominante latinoamericana no fue jamás democrática ni liberal, sino positivista, racista y elitista. Algo de ese despotismo positivista se refugió en algunos sectores del PJ (especialmente en la justicia penal), en donde los cambios democráticos llegarían demasiado mediatizados.

El Estado se asume en esta etapa como organizador de infraestructura, centralizador —superando la fragmentación pos-independentista— y disciplinador de los caudillajes díscolos, del “bajo pueblo”, y clases subalternas originarias desplazadas de su propiedad territorial. El control directo de los bloques oligárquicos centrales (en combinación con los cacicazgos patrimonialistas locales) del aparato estatal y el PJ es grosero. El discurso de la república representativa de las elites de aquella época era tan insostenible en la práctica, como cínico en términos morales.

Por ello, las primeras reacciones democratistas populistas o socialistas de principio de siglo son el reclamo de algo tan básico como el derecho al sufragio y algunas pretensiones de mejoras económicas elementales que luego se transformarían en reclamos más vinculados a la “cuestión social”.⁽³⁵⁾ La idea de república representativa era, en el mejor de los casos, de algunas almas bienintencionadas, un proyecto de largo alcance.

Y es aquí, dice Ansaldi, donde el aparato burocrático judicial se va constituyendo, desde el siglo XIX en AL, como la forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado.⁽³⁶⁾

(34) “Así se consolidó —dice Ansaldi— un corpus de ideas con una fortísima impronta racista que hizo del negro, el indígena, el mulato y el mestizo, el compendio de todos los rasgos negativos de la humanidad, aunque la imputación de la totalidad de los vicios y patología no fue óbice para que se les confiara la realización de los trabajos más duros”. (Ver capítulo “Las premisas positivas como sentido común”. ANSALDI I, pp. 537 y ss. Ver ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, sobre positivismo y racismo (“El peligrosismo y la cosificación”, pp. 295 y ss.) y, en relación a los “penalistas del contractualismo” como el Marqués de Beccaría, confrontar acápite IX, p. 272.

(35) Ver ANSALDI, 2001; OSZLAK, 1978.

(36) ANSALDI, I, 2012, p. 318.

En los años 20 y 30, este escenario entrará en crisis con la nueva sociedad de masas. Era el preludio del Modelo Industrializador de Sustitución de Importaciones (1930/1970-5) —que engendraría un nuevo sujeto: la clase trabajadora industrial— y que dio lugar a que en varios países latinoamericanos se produjeran procesos de democratización de la vida política y social con la emergencia de actores sociales plebeyos antes excluidos, el PJ continuó bajo hegemonía de la elite con una creciente corporación judicial, ahora más desarrollada, burocratizada y autonomizada, situación que se agravó-consolidó con las dictaduras militares que asolaron la región latinoamericana entre los 60 y 70 (Brasil, Argentina, Chile, Uruguay, Bolivia, Centroamérica) y el inicio del Modelo Neoliberal (1973/5-2005).

Es decir, el carácter predominantemente conservador del PJ tenía no sólo sus raíces históricas por el origen político o social de sus integrantes (que a su vez tenían la facultad de nombrar discrecionalmente a todo el personal profesional y administrativo en clave patrimonialista), sino que a su vez, y a diferencia del PE y PL, no tenía ninguna obligación de rotación de autoridades judiciales (salvo las autoridades máximas, que a veces tampoco rotaban, ni siquiera con los golpes de Estado), motivo por el cual su sistema semicerrado de reclutamiento y estabilidad *de facto* y *de iure* contribuyó a erigirse en una elite burocrática, ahora con gran autonomía de los otros poderes.

Con los problemas históricos de déficit público y, en ocasiones, por los bajos ingresos que cobraban los jueces, el PJ se fue haciendo cada vez más plebeyo en términos de clases sociales, pero sin cambiar por ello algunos rasgos de su pensamiento conservador. Lo que queda claro en la historia de AL es que el PJ no cuestionó jamás las irregularidades del sistema de poder y los avatares ilícitos de los regímenes oligárquicos (gobiernos de facto, fraude electoral, violencia, corrupción, decretismo, actividades gansteriles, ilícitos de los caudillismos locales, violación de garantías individuales de las clases populares, etc.) porque eran parte, precisamente, del mismo bloque de poder que, como ya se sugirió, tenía menos fisuras que los bloques desarrollados en Europa y EEUU.⁽³⁷⁾

Sí aparecieron los conflictos cuando caudillos reformistas socialistas o liderazgos populistas pretendieron democratizar o transformar algunos as-

(37) Ver SCHIFFRIN, 1998.

pectos de la desigualdad social y política latinoamericana. Es allí donde el PJ comenzaría a exhibir su carácter “independiente” y a resistir la nueva sociedad de masas que reivindicaba su derecho a la participación política y a una vida digna a principios de siglo XX.

Con algunas excepciones muy acotadas, durante la primera mitad de siglo XX, la apertura de las instituciones latinoamericanas es más bien escasa y su desarrollo resulta ser prácticamente nulo en el PJ. Los representantes del PE y del PL —que a su vez eligen al PJ— son elegidos por escrutinios viciados de legitimidad, haciendo del sufragio popular un asunto meramente formal.

En el caso del PJ, los jueces se designan directa o indirectamente por el PE, previa negociación:

- a. Con segmentos de la elite gobernante.
- b. Con la más conservadora de las Cámaras, como lo son las legislaturas de carácter “federal” (los senados o asambleas federales nacionales) que han representado históricamente el lugar en donde las oligarquías provinciales vetan las iniciativas de la Cámara de Diputados.
- c. Con los mismos Tribunales Superiores del Estado, procedentes de la misma elite oligárquica local o central.

En AL, se fue desarrollando un proceso que combina modelos empíricos primitivos (informalidad organizativa, discrecionalidad institucional absoluta, arbitrariedad selectiva de jueces por parte del sistema político, control de constitucionalidad casi nulo) con estructuras tecnoburocrático-autoritarias modernas (carrera más formalizada y cerrada, burocracia profesional desarrollada, mayor autonomía funcional, fuerte desarrollo de autoritarismo interno, control arbitrario de ingreso al PJ por parte de la misma burocracia) generando un escenario de politización encubierta, verticalidad, centralización y cuasiclandestinidad que roza en muchas ocasiones con lo ilícito.⁽³⁸⁾

Uno de los procesos más transformadores y democráticos de América Latina fue sin duda el liderado por Lázaro Cárdenas en México en los años 30 que, ante la hostilidad de algunos magistrados por el desarrollo de los derechos

(38) Sobre los modelos de organización de la justicia, ver ZAFFARONI, 1994, pp. 121 y ss.

laborales, la reforma agraria, la política exterior autónoma, y las nacionalizaciones, el estadista mexicano entendió que la situación política requería de otra concepción del Derecho, del Estado y la Justicia. Cárdenas arremetió, entonces, con una profunda reforma estructural del PJ que incluyó no sólo la reorganización de las arcaicas estructuras judiciales, sino también el cuestionamiento de la estabilidad de los jueces del régimen anterior.⁽³⁹⁾

Los conflictos del PJ con algunos procesos reformistas latinoamericanos fueron palpables en el caso del Gobierno de Salvador Allende en los años 70, en donde el Poder Judicial jugó un rol clave en obstaculizar y desestabilizar su gestión.⁽⁴⁰⁾ En el caso brasilero la estrategia de la dictadura surgida en el 64 contra el golpe del gobierno reformista de Joao Goulart, fue la de dar una imagen "institucionalista" para lo cual se decidió, en un principio, no destituir a los miembros de la jerarquía del Superior Tribunal Federal (STF). Ahora bien, sin perjuicio de algunos conflictos con la justicia por las sistemáticas violaciones de los derechos humanos, el STF dio legitimidad al nuevo sistema dictatorial brasilero que duró hasta 1985.⁽⁴¹⁾

La dictadura cívico militar uruguaya de 1973 tampoco necesitó realizar grandes cambios, ni destituciones en el PJ para consolidar su proyecto dictatorial.⁽⁴²⁾ Algo similar puede observarse en el caso argentino en donde la Corte Suprema resistió las experiencias populistas como el peronismo sin tener ningún reparo en haber avalado el fraude y la violencia (en los años 30) y legitimado luego la legitimidad de gobiernos y dictaduras genocidas a través de una tristemente célebre "doctrina de facto".⁽⁴³⁾ En

.....
(39) CABRERA ACEVEDO, 1999.

(40) Ver AMUNÁTEGUI ECHEVERRÍA, 2011. Uno de los grandes "reclamos" y "quejas" de los jueces chilenos de la época de la Unidad Popular era que cuando ordenaban el desalojo por la fuerza de obreros o campesinos que ocupaban fábricas o tierras el PE desoía la orden judicial de desalojo. Ver PALMA GONZÁLEZ, 1998. Algo similar ha ocurrido en la Argentina de Néstor y Cristina Kirchner con la elite vernácula (ver editoriales reiterados, varios del tradicional diario La Nación), donde se han producido infinitas ocupaciones y cortes de ruta, casi todas ellas sin objeción ni represión estatal y con fuerzas de seguridad sin portación de armas de fuego.

(41) LEMOS, 2004.

(42) DUFFAU-RICO, 2012.

(43) Ver documentado texto de DIANA (2012) sobre los diferentes períodos de la doctrina judicial que justificó los gobiernos de facto.

el caso de la dictadura de 1976, salvo los tribunales superiores, el régimen tiránico no tuvo ninguna necesidad de remover las instancias inferiores y de alzada que, con excepciones, siguieron actuando con “normalidad institucional”.⁽⁴⁴⁾

Un estudio empírico de la socióloga Ana Kunz⁽⁴⁵⁾ sobre el Poder Judicial en Argentina (1930-1983) demuestra que el origen social elitista y las concepciones conservadoras de los jueces no eran representativas en términos proporcionales de la sociedad argentina. Con algunos cambios, y por otros motivos, podríamos afirmar que la “sobrerepresentación” del elitismo y conservadurismo actual sigue siendo una imagen lejana a lo que votan y sienten las mayorías populares de la Argentina y las minorías étnicas, sexuales o de género. Todo indica que de realizarse estudios similares la conclusión sería parecida en América Latina.

Sobre los casos del México priísta y la Venezuela puntofijista ya se ha referido su situación semidemocrática de partidos hegemónicos que controlaron de manera absoluta toda la burocracia del sistema estatal (Poder Judicial incluido).⁽⁴⁶⁾ Poco puede decirse de Centro América que recién se puede afirmar que posee un estado de derecho (limitado) desde hace pocos años. Durante todo el siglo XX, los pueblos centroamericanos sufrieron dictaduras oligárquicas cívico-militares —con financiamiento, organización e intervención externa— que provocaron atroces guerras civiles. Sólo el caso guatemalteco se llevó 200.000 muertos.

1.5 | La recuperación de la institucionalidad democrática

Luego de décadas de tiranías cívico-militares o regímenes semidemocráticos, América Latina inició en los años 80 un proceso firme de democratización de sus instituciones demoliberales (claro que con algunas sinuosidades). Se puede observar que los requisitos democráticos de elecciones

(44) SMULOVITZ, 1995.

(45) Kunz, 2000.

(46) Sobre el caso del PJ Mexicano resulta imprescindible ANSOLABEHERE, 2007. Sobre Venezuela, aunque no se comparten algunos juicios, resulta muy interesante SALAMANCA, 1999.

libres y competitivas, libertad de prensa con libertad de asociación y de conciencia se cumplen, de manera general, desde hace más de tres décadas. Se ha democratizado el sistema político, puesto que los diferentes representantes del PE y PL se alternan periódicamente.⁽⁴⁷⁾

Estaban, entonces, razonablemente garantizados y consolidados lo que Robert Dahl, en los años 70, había comenzado a denominar Poliarquía. Es decir, no la democracia en términos sustanciales (sociedad participativa, instituciones más grados crecientes de igualdad social, libertad efectiva de un electorado activo e informado).⁽⁴⁸⁾ Por eso, Dahl buscó otro nom-

(47) Si se cumplen las reglas básicas de un sistema democrático formal, cuando la alternancia no se produce inmediatamente, no resulta ser porque el sistema político lo impida, sino porque la mayoría del electorado, libremente así lo decide. Es decir, la alternancia no es una precondición de una democracia moderna como se suele reiterar, como otro lugar común del discurso de la elite latinoamericana, sino la condición de posibilidad de que ello ocurra.

Cuando el Centro Carter, dirigido por el ex presidente norteamericano James Carter —insospicible de populista-marxista— elogia los procesos electorales en Venezuela por su transparencia y sofisticación tecnológica (que hace imposible el fraude) y lo califica como **uno de los más adelantados del mundo**, los medios de comunicación no le dieron suficiente difusión (tampoco tuvo suficiente publicidad, en el mundo, el vergonzoso fraude electoral en el Estado de Florida que dio como ganador a George Bush en 2004). Sobre las elecciones en Venezuela véase "Jimmy Carter: 'El proceso de elección en Venezuela es el mejor del mundo'" en <http://www.vtv.gov.ve/articulos/2012/09/19/jimmy-carter-el-proceso-de-eleccion-en-venezuela-es-el-mejor-del-mundo-1139.html> y "Centro Carter descarta un posible fraude electoral en Venezuela Internacional, 5 de octubre de 2012 - AFP. A dos días de los comicios, expertos de la institución estadounidense consideraron infundados los temores de que pueda violarse el secreto del voto, garantizado, afirman, por el "software de las máquinas de votación". Ver en <http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/cae0c6b458cbc6e856b-2279d53e84217>

En relación a las reelecciones indefinidas, nadie seriamente puede acusar a los países desarrollados de ausencia de democracia cuando en los regímenes parlamentarios europeos **se reelige indefinidamente a los primeros ministros**. Y no resulta un argumento convincente sostener que en el sistema parlamentario es demasiado "diferente". No fueron precisamente débiles, descentralizadas, o poderes con "frenos y contrapesos" o un ejemplo de tolerancia y transparencia las gestiones re-reelectas de Margaret Thatcher, Felipe González o Silvio Berlusconi.

(48) No tenemos espacio para hacer un balance sobre la extensa obra de Robert Dahl cuyo pensamiento evolucionó notablemente. Remito al excelente estudio de ROBERTO MAÍZ (2001) sobre el teórico norteamericano en donde se analiza la evolución de su pensamiento. Luego de su célebre texto de 1971 sobre la Poliarquía, Dahl siguió trabajando la idea de democracia en términos formales —y sustanciales— en varios textos como "La democracia y sus críticos" (DAHL, 1993). Siempre la idea de Poliarquía (sistema de reglas) circunda alrededor de que la Democracia es algo más profundo (ver comentario de SARTORI, 1955, pp. 197 y ss.).

Sí corresponde destacar que en su trabajo para la Encyclopaedia Británica (DAHL, 2004, reproducido por la *Revista Agora*) incluye como rasgos de la democracia ideal a la **participación efectiva**; igualdad de votos; electorado informado; control ciudadano del programa de

bre para la democracia más formal (aunque luego complejizó más esta definición) y le llamo Poliarquía, es decir, la democracia como sistema de reglas y garantías con muchos polos de poder compitiendo entre sí. Así, tenemos Poliarquía cuando existen:

1. Cargos electivos para el control de las decisiones políticas.
2. Elecciones libres, periódicas e imparciales.
3. Sufragio inclusivo.
4. Derecho a ocupar cargos públicos en el gobierno.
5. Libertad de expresión.
6. Existencia y protección por ley de variedad de fuentes de información.
7. Derecho a constituir asociaciones u organizaciones autónomas, partidos políticos y grupos de intereses.

Sin embargo, en las sociedades latinoamericanas poliárquicas, con sistemas institucionales formalmente vigentes desde hace un cuarto de siglo, ni las corporaciones (abogados, jueces —o defensores o fiscales—, académicos, trabajadores), ni los partidos han puesto de relieve la necesidad de un cambio estructural-institucional del Poder Judicial, en donde se garanticen las **formas democráticas internas**. No resulta llamativo el silencio de las fuerzas conservadoras, sí aparece como poco coherente en las fuerzas democráticas y aún que aquéllas que se erigen con pretensiones de realizar cambios radicales ignoren la sustancia dramática interna de la cuestión judicial.

Otra cuestión no menor es la falta de tratamiento de la democratización de la Justicia en las teorías políticas sobre la transición democrática en los años 80 y 90. Gran parte de los teóricos de aquella época no hicieron hincapié en la necesidad de llevar la democracia y la transparencia a

acción; inclusión (derecho a participar), y a lo que llama democracia ideal y representativa, elecciones libres, limpias, periódicas; libertad de expresión y asociación; fuentes de información independientes y libertad de asociación. (DAHL, 2004, p. 45 y ss.). Obsérvese que Dahl, coherente con su tesis de la Poliarquía, **excluye la participación efectiva del segundo conjunto de elementos**. Es que tanto la "participación efectiva" como la "igualdad social" constituyen elementos sustanciales que el autor de Poliarquía prefiere dejar expresamente fuera de su idea restringida de democracia, como un anhelo secundario o programa a desarrollar en un futuro incierto. La cuestión de la "desigualdad de recursos" (a la cual le dedica, en ese texto, 10 renglones) es, para el Dahl de 2004, un "obstáculo" y un "desafío" para la democracia junto con la cuestión de la inmigración y el terrorismo (ver p. 49).

los tribunales. Esta cuestión está prácticamente ausente en autores como O'Donnell, Portantiero, Pzeworsky, Cheresky.⁽⁴⁹⁾

Los estudios académicos sobre esta cuestión son escasos y, la mayoría, muy recientes. Pasó mucho tiempo en la teoría política y social para que la cuestión de la independencia del PJ deje de ser un fin en sí mismo para convertirse en un medio para la consolidación de la democracia y que deje de ser una situación simplemente deseable para convertirse en una situación problemática.⁽⁵⁰⁾

Es como si un mal entendido "sentido común" institucional y politológico hiciera no pensar en la necesidad de la democratización de semejante Poder Político del Estado.

Esto significa que la teoría quedó atrapada bajo los supuestos clásicos de que el PJ es la víctima del Poder Político omnipotente (PE+PL). El **lugar común** que se reitera es el PJ como condición de democracia y como garante del estado de derecho, por eso necesitaría "estabilidad" y "garantías absolutas" para rechazar la intromisión de los otros poderes.

Estas concepciones no cuestionan la función del PJ como probable obstáculo estructural a la democratización del sistema político porque, precisamente, tiene una forma de elección no democrática y porque goza de una estabilidad que es independiente del humor social con un sistema organizativo cerrado y con formas de reclutamiento patrimonialistas.

En AL, en el siglo XX, a partir de los años 80, emergió una era posdictatorial, que permitió instalar representantes de partidos democráticos en el PE y PL, situación que no se extendió al PJ (precisamente porque no está sujeto a la voluntad electoral). Y todos los procesos de reforma y democratización que se han intentado, como ya se ha sugerido, han fracasado por la fuerte resistencia no sólo de gran parte de la clase política, sino de la propia corporación judicial.⁽⁵¹⁾

.....
(49) Ver ANSOLABEHRE, 2007.

(50) ANSOLABEHRE, 2007, p. 51.

(51) En el año 2002, Margaret Popkin realizó un documentado informe sobre el PJ en América Latina en donde se detallan los obstáculos y resistencias tanto de la "corporación política" como de la "corporación judicial" para iniciar un proceso de reformas que instalen bases

La pregunta obvia es, ¿quién controla diariamente a los garantes? ¿Cómo se organizan por dentro? ¿Cómo es su sistema de normas interno? Son preguntas no demasiado desarrolladas en las teorías de la democracia. Si bien el desarrollo de Consejos de la Judicatura o Magistratura⁽⁵²⁾ y los jury de enjuiciamiento políticos han mostrado algunos progresos, constituyen, en la práctica, sólo formas excepcionales de control institucional para situaciones graves cuasi delictuales, que poco tienen que ver con lo que la teoría política ha denominado *accountability* (rendición de cuentas).⁽⁵³⁾

Probablemente, se creyó ingenuamente que con la democratización del PE y PL la precaria democracia latinoamericana de los 80 se iría desarrollando en el PJ, atento que estos dos poderes son los que tienen una influencia decisiva en el nombramiento de los magistrados.

1.6 | Independencia interna y externa

El PJ, por su naturaleza institucional, no es un poder democrático en lo referido a la forma de su elección,⁽⁵⁴⁾ sino que sus integrantes son elegidos por un proceso en el que la antigua corporación judicial (que no es homogénea) negocia a través de instituciones poco transparentes, con la corporación política u otros factores de poder, la elección de sus miembros (en las diferentes instancias) que, en general, proceden o están ligados a la misma corporación.

Por lo tanto, el PJ es un Poder de la democracia constitucional republicana clásica, pero no es un poder que pueda ser democrático en sus maneras

.....
firmes de democratización, transparencia e independencia. En el anexo a) figura un informe de expertos latinoamericanos en donde se relatan estas restricciones o ausencia total de independencia interna. Ver sección bibliografía.

(52) PASARÁ, 2011 y MARTÍNEZ NEIRA, 1996.

(53) Sí se ocupa Binder especialmente de esta cuestión, ver BINDER, 2011.

(54) Aquí tampoco se sugerirá que la mejor forma de democratizarlo sería el juicio por jurados con legos elegidos por azar o sufragio, el escabinado o el voto directo de sus integrantes, como en algunas experiencias en EEUU y Europa, puesto que se partirá del supuesto de que sus integrantes deben ser profesionales sometidos a procesos de control y selección transparentes y plurales en donde se amerite su conducta, sus antecedentes y oposiciones a través de exámenes limpios.

de designación, puesto que aquí se presupondrá que sus formas de elección y su función deben quedar fuera del riesgo de los cacicazgos locales o la “demagogia punitiva” o, cuestión no menor, de la necesidad de financiamiento de los candidatos judiciales para las campañas electorales como sucede con los candidatos en EEUU.⁽⁵⁵⁾

Por aquí está parte del nudo del problema, puesto que se sostendrá que —siguiendo parcialmente la doctrina clásica— en el PJ **sí es necesaria la formación de una burocracia profesional pero abierta y horizontalizada** —esto puede ser igual al PE— pero con la diferencia de que los “jefes máximos” en cada unidad de “gestión judicial” son los mismos burócratas judiciales, hecho que no sucede en el PE, en donde los burócratas profesionales pueden tener algún grado de autonomía, pero —al ser parte de la estructura jerárquica del PE— tienen como límites en sus decisiones a los jefes políticos ejecutivos, que en una democracia representativa surgen directa o indirectamente de un proceso electoral.⁽⁵⁶⁾

Cuando, en general, la Teoría Constitucional se habla de independencia del Poder Judicial se hace referencia a la **independencia externa**, es decir, la autonomía que deben tener los miembros del PJ de decidir sus fallos de acuerdo al derecho vigente y a sus convicciones morales, con independencia de los otros poderes (PE y PL) y de los factores de poder que existen en la sociedad civil y política.

Como dice Owen Fiss, la independencia del PJ puede entenderse como la desvinculación:

- a. De las partes en conflicto, imparcialidad, sin influencias.

.....

(55) Claro que este problema lo tienen también las formas de elección de los integrantes del PE y PL, pero se presupone que las sentencias sobre derechos individuales y sociales no pueden quedar bajo oferta electoral en un sistema representativo republicano. Tampoco puede quedar bajo presión de una autoridad electiva una determinada concepción, a través de la cual, un juez resuelve un conflicto. No tengo espacio para opinar negativamente sobre el juicio por jurados pero el reciente ejemplo español sobre los procesos de corrupción del Partido Popular —el denominado caso Gurtel— debe poner en discusión, otra vez, la supuesta “soberanía popular” de esta clase de tribunales.

(56) Claramente es un tema clásico de la sociología weberiana: la burocracia es una necesidad técnica (racionalidad de medios) de las sociedades modernas, pero se convierten en una corporación inmanejable. Por tanto, Weber recomendaba que se la controlara regularmente por el Parlamento en un proyecto político con fines definidos por grandes liderazgos carismáticos (en un estado de derecho). Volveré sobre esto.

- b. De las instituciones políticas y público en general (decidir lo que es justo y no lo surge de la mejor política pública).
- c. De la autonomía individual (relaciones entre jueces).⁽⁵⁷⁾

Esta última es la idea de **independencia interna** del PJ, es decir, la capacidad que tienen los sujetos dentro de un orden institucional (trabajadores, funcionarios y magistrados) de vivenciar y practicar pensamiento autónomo, de actuar con libertad en su vida laboral cotidiana, de decidir, de formarse y de ejercer sus funciones **con independencia de las jerarquías o las facciones hegemónicas dentro de la institución judicial a lo que sólo se debe reservar lealtad funcional y la obediencia legal correspondiente**. Entre otras cosas, la seguridad de que el trabajador, el secretario letrado, el funcionario o el mismo juez no sufrirá presiones extralegales de facciones, camarillas u órganos colegiados dentro la misma judicatura.⁽⁵⁸⁾

Para desarrollar la independencia interna se debe tener en cuenta una serie de factores formales y sustanciales que son los que deben garantizar la vivencia cotidiana en un clima de pluralidad y democracia: el sistema de derechos, símbolos y jerarquías, el sistema disciplinario, el sistema de ingresos y ascensos, la libertad de pensamiento, respecto de las diferencias y las identidades personales y colectivas, etc.

Por ello, sostengo, democratizar el PJ significa, entre otras cosas, transparentar y edificar instituciones tolerantes y garantes de la diversidad. Asimismo, significa "construir ciudadanía" dentro del PJ (para trabajadores, funcionarios y magistrados). Los jueces son ciudadanos dotados de con-

.....

(57) FISS, 2003.

(58) Quien se ha ocupado del tema, se indicó, es el jurista argentino Raul Zaffaroni en el texto ya citado sobre estructuras judiciales (1994, pp. 130/107). La citada remoción del juez Baltazar Garzón resultó para Zaffaroni una demostración de la ausencia de independencia interna en el sistema judicial español. Ver "La independencia interna de un juez" en <http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-187429-2012-02-12.html>. Las palabras de Margaret Popkin son más que elocuentes: "En muchos países, jóvenes abogados ingresan a la carrera judicial al terminar sus estudios universitarios. Luego, como jueces ascienden paso a paso, sobre la base de la antigüedad y las relaciones con sus superiores. Una desventaja de este modelo es la tendencia de desarrollar una identidad corporativa que genera una visión cerrada y limita la independencia de los jueces de tribunales inferiores, cuyas oportunidades de promoción dependen de sus superiores. El control jerárquico, típico de muchos poderes judiciales en la región, sigue limitando la independencia de los jueces, que no están en condiciones de ejercer su independencia si se consideran en deuda con sus superiores y hasta tienen miedo de lo que éstos pueden hacerles" (POPKIN, 2004).

ciencia moral que, por lo tanto, no pueden ni deben posar de neutrales a la hora de interpretar conflictos y normas, aunque sí deben ser independientes del sistema de poder (interno y externo) que los circunda. Un juez aséptico o apolítico no puede ser magistrado.

Pues bien, el PJ latinoamericano en su actual diseño estructural no construye magistrados ciudadanos, sino súbditos o burócratas patrimonialistas (dependiente de cacicazgos externos e internos) proclives a dictar fallos restrictivos de derechos individuales y sociales. Por ello, resulta fundamental indagar sobre el papel de las instituciones sobre la formación de sus miembros.

Se hace necesario, por tanto, reflexionar sobre una reforma que contemple nuevas instituciones, nuevas rutinas, símbolos y la construcción de nuevos valores en la Justicia.

Corresponderá, probablemente, plantearse como conclusión, la necesidad de proceder a una reforma de las instituciones que tenga por objeto la construcción de escenarios institucionales en donde se formen personalidades libres y que sea el reflejo de todos los estamentos sociales y de la pluralidad de ideas que existe hoy en la sociedad civil latinoamericana.

Como toda estructura de poder, el PJ latinoamericano es resistente a los cambios internos y a los controles externos. Asimismo, la corporación judicial latinoamericana se define como "liberal", sin embargo, poco que ver tiene con esta tradición, de ahí su sistemática oposición a un sistema institucional interno en donde prevalezca la transparencia, la desconcentración y la separación de poderes pregonada por Montesquieu. Esto es, la conformación de tribunales disciplinarios administrativos plurales, extrajudiciales, es decir, no controlados por la corporación judicial, sino por los Consejos de la Magistratura o Judicatura plurales, y con sistemas procesales democráticos —en la tradición de Beccaria—, con todas las garantías y la taxatividad del proceso liberal clásico.

Esta cuestión resulta fundamental para la comprensión de la magistratura latinoamericana cuyos sistemas disciplinarios suelen ser autoritarios, inquisitivos y con poca precisión en las definiciones de los tipos legales que hacen referencia a las conductas ilícitas o faltas administrativas.

No se ha escrito mucho sobre el problema de la autocracia judicial en AL. En general, está referido a los jueces aunque, se sabe, la problemática se inicia cuando la carrera judicial comienza.⁽⁵⁹⁾

Como ya se ha dicho, las formas de organización y reclutamiento de los miembros del poder judicial en América Latina han tenido siempre el estilo que la sociología weberiana define como tradicional-patrimonialista,⁽⁶⁰⁾ al permitirse que los jueces designen de manera directa a todo su plantel (inclusive a los secretarios letrados) sin un proceso de concursos públicos. Esto constituye todo lo contrario a la formación de un Estado Moderno y eficiente en donde los profesionales deben ser elegidos según su capacidad y antecedentes, de acuerdo a concursos públicos en una carrera rigurosamente reglamentada y con un ingreso democrático universal a la carrera, con un régimen disciplinario, jerárquico y simbólico moderno de acuerdo a principios republicanos.

Resulta paradójico el caso chileno que, tradicionalmente, ha poseído una gran autonomía externa y ninguna democracia interna. Tal es así que Pinochet no necesitó realizar cambios en el PJ,⁽⁶¹⁾ institución en donde la rela-

(59) Sobre Brasil, ver DE CASTRO REMÍGIO RODRIGO FERRAZ y MARTINS RODRIGUES, 2007; en cuestiones de autoritarismo interno y corrupción del PJ en Chile, ver GARCÍA G., 2007. Probablemente, Brasil y Chile sean los casos de estructuras tecnoburocrático-autoritarias modernas más desarrolladas de AL.

(60) Un aspecto de ellas es la elección a dedo de los profesionales de Estado, lo que genera una sumisión directa a la autoridad tradicional y provoca una sumisión personal que, como vimos, Max Weber denominaba patrimonialista, en una condición más cercana a una sociedad precapitalista que a una sociedad moderna.

(61) Resulta ilustrativa la opinión del politólogo CARLOS ACUÑA, un autor tradicionalmente moderado en sus aseveraciones: "La (...) dimensión de la pasividad judicial durante la era Pinochet pareciera tener cierto aire de paradoja. Podrían identificarse casos en que Pinochet demostró, o intentó demostrar, que verdaderamente respetaba la autonomía interna y administrativa de los tribunales al precio de obtener su aquiescencia en lo político. El aire de paradoja viene dado por la abierta falta de respeto del dictador por la separación de poderes que, entre otros efectos, habría impedido su acceso al poder tal como éste efectivamente acaeció. Paradójico o no, lo cierto es que Pinochet en un grado aún mayor que el exhibido por los militares en Brasil se preocupó notoriamente por mantener una fachada de legalidad como "pátina" de su régimen, generando de este modo una dinámica similar a la imperante en Argentina, en que prestigiosos constitucionalistas contemporáneos dedican obras y clases enteras a la enseñanza de las vías de incorporación de una cristalizada "doctrina de facto" como consecuencia del comportamiento de incontables jueces de altos tribunales durante la última dictadura en dicho país. (...) Pinochet no se vio en la necesidad de interferir en los asuntos internos del Poder Judicial. De hecho, la Constitución de 1980 (o "Constitución Pinochet") fortaleció las facul-

ción directa (y paradójal) entre independencia externa, autocracia judicial interna y dictadura genocida es, por lo menos, sorprendente.

En términos generales, se puede afirmar que, en AL, la normativa administrativa interna judicial de los órganos de juzgamiento de la conducta, tanto de funcionarios letrados o profesionales como de trabajadores en general, están formadas por tribunales administrativos del mismo PJ o dependientes de él. Por otro lado, en Latinoamérica —a diferencia de los modelos europeos— se acostumbra a tener en cuenta no sólo los ilícitos de carácter legal administrativo, sino a considerar inconductas de tipo ético —también para jueces— que no suelen estar claramente tipificadas, lo cual dejan un amplio margen de maniobras para la discrecionalidad administrativa. Esto ha provocado reiterados reclamos, por parte de los mismos magistrados, de tipificar las conductas éticas y de resolverlas en tribunales administrativos externos al PJ.⁽⁶²⁾

Por supuesto que la burocracia judicial latinoamericana es también resistente a la transparencia, puesto que el secretismo de su actividad interna le permite reforzar su poder corporativo. En la esfera disciplinaria es donde este secretismo se vuelve más grave, por ello el reclamo del derecho a

.....
tades de autogestión de la judicatura, que ya habían sido reconocidas por la Constitución legítima de 1925”.

(62) Sobre los diferentes procedimientos administrativos latinoamericanos y sus problemas de falta de tipicidad y de tribunales administrativos autónomos del PJ para el personal judicial en general es ilustrativo el texto de DUQUE CORREDOR, 2007. En relación a la normativa disciplinaria se puede afirmar que algunos Estados han realizado importantes esfuerzos para implementar una reglamentación judicial interna más adecuada con un estado de derecho que un estado autoritario: por ejemplo, países como Paraguay (Acordada N° 709/11, Corte Suprema de Justicia), Perú (Resolución Administrativa N° 227-2009 - Consejo Ejecutivo - Poder Judicial), México (Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26/05/1995), disponen un sistema de faltas donde en algunos casos se han preocupado por fijar los principios generales de carácter penal (en el caso paraguayo se enumeran los postulados de legalidad, principio de inocencia, debido proceso, *non bis in idem*, etc.) y una detallada normativa de tipos ilícitos legales administrativos. Lo que sí sigue faltando es una normativa procesal tan garantista como la del Derecho Procesal Penal Liberal y que el Tribunal Administrativo se conforme por fuera de la estructura judicial corporativa (o sin la hegemonía de ella) y que se separe la instancia instructoria de la función de dictar sentencia.

Si se hace un estudio comparativo, probablemente sólo la Argentina es el país donde no hay legislación seria sobre tipos legales, producción de pruebas, garantías del imputado, tribunales administrativos claramente regulados, etc. Es decir, la Argentina es el país más primitivo de AL en lo que se refiere a sistema disciplinario del PJ.

la información sobre el PJ tendría que ser un reclamo que las ONG y los politólogos no sólo debieran reclamar al PL y PE.⁽⁶³⁾

Por todo esto, es necesario instalar la idea de cierto republicanismo (separación de poderes internos y garantías en el proceso) dentro de las estructuras del PJ, puesto que, a pesar de su retórica institucional —se sabe— las elites dominantes en AL —hegemónicas todavía en el PJ— han sido cualquier cosa menos liberales y republicanas.

2 | Fundamentos sociológicos de una reforma judicial necesaria

2.1 | La burocracia como necesidad técnico profesional

En atención a que, para quien esto escribe, el PJ debe constituirse en un orden necesariamente burocrático, es momento ahora de indagar acerca de qué es la burocracia en una sociedad moderna y cómo se la controla. Pues bien, en Occidente, desde Federico Hegel, Carlos Marx y Max Weber sabemos que un burócrata público es un profesional experto de un segmento de la dominación técnico-política, que se organiza como corporación y que su tesoro político fundamental es el secreto.⁽⁶⁴⁾ Y con Antonio Gramsci y Michel Foucault hemos aprendido que las prácticas sociales no pueden escindirse de sus discursos, ideologías y símbolos.

(63) Ver sobre el tema los debates suscitados en la *Revista Mexicana de Justicia* (2003) sobre la necesidad de regular el acceso a la información dentro del PJ. O'Donnell, en sus textos sobre la rendición de cuentas en la democracia contemporáneas, aclara que la exigencia no debe recaer sólo sobre el PE, sino también sobre el PL y el PJ. Pero, de todas formas, la cuestión de *accountability* (rendición de cuentas, horizontalidad) en el PJ, no es una cuestión que obsesione a los teóricos de la democracia contemporánea (ver O'DONNELL, 1997 y 2011).

(64) En atención a razones de espacio, me ocuparé aquí de la burocracia occidental contemporánea en general y en base a estudios de Weber, quien se ocupó de la burocracia moderna de manera específica. Los análisis de Marx sobre la burocracia coinciden en muchos aspectos con los de Weber, si bien Marx estudió —medio siglo antes— el tema como parte de un análisis sobre el Estado y lo enfocó como un instrumento de dominación de clase. Para Weber, la burocracia puede servir para cualquier tipo de dominación. La burocracia profesional, para el sociólogo germano, era una necesidad pero también un problema.

Veamos. El arte del burócrata consiste en administrar con sapiencia técnica distintas esferas de poder político sin ser, necesariamente, poderoso, es decir, sin pertenecer directamente a los estamentos socialmente dominantes.⁽⁶⁵⁾ La carrera, la "reserva" y la sabiduría técnico profesional sería lo único que garantiza la experiencia y eficiencia requerida atento la creciente sofisticación de las sociedades modernas. De ahí que el problema de la burocracia ha sido una de las principales preocupaciones de la primera posguerra. Es que la complejidad del nuevo modo de funcionamiento de la sociedad de masas de principios de siglo requería otras respuestas ante la necesaria participación de miles de hombres especializados en la gestión del Estado, las empresas o los servicios o los sindicatos.

Volvamos ahora al PJ y a la cuestión del poder. En un sistema político, las instituciones, los grupos y los procesos políticos están sujetos a ciertos modos o conjuntos estables de relaciones e interdependencia recíproca. El PJ es un sistema institucional que opera en un ambiente donde debe mantener múltiples relaciones con otros sistemas y subsistemas dentro del sistema político.⁽⁶⁶⁾

Las instituciones, entendidas como agencias sociales, implican una determinada manera de hacer, sentir y de pensar, formas cristalizadas, casi constantes, obligatorias y distintivas de determinados grupos sociales, y son, por tanto, conjuntos de reglas a los que los individuos deben sujetarse bajo amenaza de algún tipo de sanción.⁽⁶⁷⁾

Una institución regula conductas, establece jerarquías y asigna roles, elabora lenguajes propios (que construyen realidades) y edifica conceptos, símbolos, arquitecturas y discursos. Por tanto, promueve hábitos y rutinas que edifican un escenario propicio para reflexionar con determinados (y sugeridos) esquemas, valores y prejuicios.

La palabra, el símbolo o la regla de la institución se internalizan en el individuo, se graban en el cuerpo, el poder se hace carne; como en "La co-

.....

(65) Esto significa que los segmentos sociales con poder de origen económico, patrimonial, tradicional, etc. recurren siempre a mediadores que operan entre ellos y el resto del entorno social para la gestión de la vida "pública".

(66) ZAFFARONI, 1994, p. 27. También, GIULIANO URBANI, p. 1522, en la voz "Sistema Político" del *Diccionario de Ciencia Política de Norberto Bobbio*, 2002.

(67) Ver BOUDON BOURRICAUD, (1993), en "Instituciones".

lonia penitenciaria” de Kafka, las palabras, las formas, los procedimientos interminables, las sentencias se tallan sobre el cuerpo, modelan sistemas y personalidades.⁽⁶⁸⁾

El PJ latinoamericano, debido a su profesionalidad y su ventaja a cierta perpetuidad en los cargos no sujetos a escrutinios electorales, y su pretendida distancia del poder político, se ha ido encerrando en su propia lógica burocrática que solamente acepta “interferencias” e “ingresos externos forzados” del poder político, cuando debe negociar con él.

Así, el PJ latinoamericano, desde el punto de vista institucional y, por su puesto con grandes excepciones y espacios limitados de libertad, ha podido manejar su lógica interna con demasiada autonomía de los otros poderes —más “politizados”— y que son más inestables en la duración de los cargos, lo que le ha permitido consolidar una importante dosis de autoritarismo interno.

Pero, en rigor, el burócrata judicial prototípico no es conservador o progresista, puesto que esto implica un grado de compromiso que no está dispuesto a sostener hasta las últimas consecuencias. El burócrata judicial es un experto en técnica, por ello se cree “neutral” y cuando aplica o interpreta un texto constitucional no se asume como político. Es muy interesante la afirmación de Gretchem Helmke cuando asevera que la corporación judicial es un actor autointeresado y que, en ocasiones, suele arremeter con mayor energía contra el PE cuando lo observa debilitado.⁽⁶⁹⁾ Esto le ha ocurrido, por ejemplo, a gestiones conservadoras como las de Menem en Argentina o Henrique Cardoso en Brasil.

2.2 | Weber y la racionalidad burocrática

La burocratización de la sociedad —como expresión de la complejización-racionalización de la vida moderna— es un proceso creciente e inevitable en la concepción de Weber, no sólo de la vida pública sino de la privada, que llevaría a los hombres —ya sea en el capitalismo o peor si es en

(68) Sobre una excelente interpretación de la obra de Kafka, de este cuento y de *El proceso*, ver MODERN, 1993.

(69) Citado en ANSOLABEHERE, 2007, p. 45.

el socialismo— a convivir aprisionados en una gran Jaula de Acero (que representa la conducta humana subordinada a la lógica de la técnica y la eficacia desprovista de valores),⁽⁷⁰⁾ cuya forma de funcionamiento le impondrá a la sociedad del futuro un sesgo autoritario, antidemocrático, y deshumanizado, aniquilador de la subjetividad. La burocracia en la concepción del sociólogo germano anula al individuo, suprime su libertad, su autonomía, valores y creatividad.

Si bien Weber se declara enemigo de las ideas socialistas, tiene una concepción crítica del sistema capitalista (al que acepta como otro mal menor), e insiste en identificar a la burocracia —más exactamente del proceso de racionalización— como un fenómeno desintegrador de la personalidad, al igual que el capitalismo.⁽⁷¹⁾

El otro problema que existe es que la sabiduría técnica se opone a la idea de democracia. Esto es, que la técnica profesional no se vota. La tensión de esta cuestión —digamos “especialidad y técnica” vs. “valores y democracia”— es lo que llevó a Weber a comprender a la burocracia como un mal necesario que debía ser controlado por el Parlamento (y su “derecho de encuestar” y controlar la burocracia) y con un sistema político dirigido por un líder carismático surgido de esa institución.⁽⁷²⁾

Para Weber, la burocracia, en realidad, no gobierna; es la **racionalidad impersonal de medios**, la técnica, la especialidad instrumental, la que ha subordinado a la **racionalidad de valores** y sentimientos, es decir, a **los fines**.

El burócrata al ser un técnico de medios cree —sobre sí mismo— ser “neutral”, puesto que los fines los establece la autoridad política. Por eso, la racionalidad legal-administrativa se constituye como el ideal del burócrata, que transmite y asume su “apoliticidad” y se siente como un cuerpo neutro que encarna el interés general.

(70) Traducción española de *iron cage* que es la traducción al inglés que realizó Talcott Parsons.

(71) Un análisis interesante sobre el proceso de racionalización del capitalismo y de la burocracia en las concepciones de Weber y Marx se encuentra en el libro de SAYER (1995), sobre todo en el capítulo 3.

(72) Sobre esta cuestión véase WEBER, 1985 y PORTANTIERO, 1999.

2.3 | Características de la burocracia

Weber muestra, en varios de sus textos, las características del sistema burocrático. Veamos esos elementos centrales:

- a. Atribuciones oficiales fijas, órdenes establecidas a través de reglas, leyes; en fin, el derecho.
- b. Poderes de mando delimitados jurídicamente.
- c. Selección de personas idóneas para el desempeño de la función, esto implica un período de aprendizaje, exámenes, la permanente exigencia del máximo rendimiento a la persona seleccionada y estabilidad del personal.
- d. Jerarquía funcional, "... es decir un sistema firmemente organizado de mando y subordinación mutua de las autoridades mediante una inspección de las inferiores por las superiores, sistema que ofrece al dominado la posibilidad sólidamente regulada de apelar de una autoridad inferior a una instancia superior ...".⁽⁷³⁾
- e. Expedientes y documentos conservados en borradores o minutas donde se vuelcan las decisiones.
- f. Los funcionarios de una institución política están separados de los medios de producción o administración en los que trabajan, y regulados por un orden jurídico racional al cual están sometidos, y su carrera está organizada a través de un "escalafón" que establece las formas de ascenso a funciones superiores y mejor rentadas, lo que implica una relación laboral con garantía de estabilidad y perpetuidad, "El cargo es una profesión...", dice Weber.⁽⁷⁴⁾
- g. Para Weber el funcionario no será el ejecutor de ciertas funciones concretas, "...sino que se pone al servicio de una finalidad objetiva impersonal...".⁽⁷⁵⁾
- h. La forma técnica de administración requiere la preparación y el ejercicio diario del poder, el gran instrumento de la burocracia es el saber profesional. Pues burocracia es dominación gracias al saber. El particular conocimiento del funcionamiento del aparato constituye un verdadero secreto profesional, que los funcionarios guardarán celosamente como un secreto de Estado.⁽⁷⁶⁾ El Parlamento tendrá a su cargo la democratización de este temible mecanismo institucional.
"En tanto que los escalones inferiores de la jerarquía burocrática son contro-

(73) WEBER, 1997, p. 719.

(74) WEBER, 1997, p. 718.

(75) WEBER, 1997, p. 719.

(76) Recuérdese que Marx ya había puesto el acento en el secreto burocrático.

lados y criticados por los superiores, faltaba en Alemania todo control tanto técnico como político frente a las instancias superiores, o sea precisamente frente a aquellas que tienen que ver con la política⁽⁷⁷⁾ **“Una burocracia muy desarrollada constituye una de las organizaciones sociales de más difícil destrucción —enfatisa Weber—. La burocratización es el procedimiento específico de transformar una ‘acción comunitaria’ en una ‘acción societaria’ racionalmente ordenada ...”**.⁽⁷⁸⁾

Weber estaba obsesionado con los efectos que la racionalidad del capitalismo y el Estado moderno tendrían sobre la humanidad. Y, en atención a lo que fue la burocracia alemana durante el nazismo y la stalineana durante la vigencia del denominado “socialismo en un solo país”, la historia parecería haberle dado la razón. Hitler no necesitó cambiar ni la burocracia administrativa ni la judicial para consolidar su estrategia de poder estatal.⁽⁷⁹⁾ Y Stalin construyó una burocracia genocida más mortífera que la hitleriana.

Frente a las formidables estructuras burocráticas del siglo XX y la racionalización creciente de la economía moderna (sólo la lógica de los “intereses” y el “cálculo” que desplazan los valores), parecería que la voluntad y la ética del “sujeto” se desvanecen. Por ello Weber, en definitiva, no tiene demasiadas respuestas, salvo sugerencias muy pesimistas sobre el futuro de la humanidad.

2.4 | Gramsci, el sentido común y la hegemonía

Quien también se ocupó de la práctica estatal y las formas de cómo operan en el pensamiento de la sociedad —“consensos”— fue Antonio Gramsci. Para Gramsci, la burocracia es una instancia práctico-discursiva del Estado y contribuye a construir la hegemonía a través de la cual las clases dominantes logran hacer confundir sus intereses particulares en intereses generales (universales) de toda la sociedad. Si logran imponer estos discursos hegemónicos a las clases populares, los grupos dominantes se erigen en dirección intelectual y moral del resto de la sociedad.

.....

(77) Parlamento y Gobierno, p. 107, en *Escritos políticos*.

(78) WEBER, 1997, p. 741.

(79) La socialdemocracia alemana pagó muy caro el hecho de no democratizar el PJ. Ver PÉREZ GALLEGOS, 2000.

El Estado, dice Gramsci, está constituido por un conjunto de actividades prácticas y teóricas con las que los grupos dirigentes justifican y perpetúan su dominación y, de esta manera, obtienen el consenso activo de los gobernados”.⁽⁸⁰⁾ Aquí aparecen, dentro de la estructura interna, miembros de la burocracia (ya fueren burocracia del PE o magistrados) que se manifiestan como intelectuales orgánicos que operan y difunden la idea de imparcialidad (“generalidad”, “bien común”) e independencia. Dice Gramsci que el intelectual orgánico “público” se autoconviene: asume y cree él mismo ser el Estado.

En nuestro caso, el PJ es la “universalidad perfecta”: es la super-generalidad (el PJ) que controla a la otra “generalidad” (el Estado, el PE, el PL) y que, a su vez, resuelve los conflictos entre la particularidad (conflictos entre individuos).

El sustento ideológico-discursivo que le da la función de “neutral” al juez, en tanto técnico jurídico, lo pone estructuralmente en un lugar de indiferencia y hostilidad hacia la política, porque éste sería precisamente el reino de la parcialidad, mientras que la técnica jurídica sería, por definición, la técnica de la justicia por encima de las partes, y que —a su vez— tiene el privilegio de estar fuera del control popular, por eso —el burócrata judicial prototípico— observa como intolerable la intrusión de los profanos en el templo de los sacerdotes.⁽⁸¹⁾

El intelectual orgánico genera consensos no sólo por el discurso, sino por la manera que se desenvuelve en la práctica. Es decir, para lo que a nosotros nos interesa, el intelectual orgánico judicial produce y es producido por la estructura burocrática y reproduce, a veces sin ser consciente de ello, el funcionamiento burocrático práctico autoritario-simbólico-ritualista de la estructura corporativa y, de esta manera, genera un complejo de significados que, tanto en el orden interno como en el externo, pretende mostrar o justificar su legitimidad (el título que da derecho a mandar) para ser la última palabra de la interpretación de las normas (legalidad).

(80) GRAMSCI, 1973.

(81) SENESE, 1978, p. 161.

Así, se pretendió construir una idea hegemónica, instalándose un sentido común,⁽⁸²⁾ y la burocracia judicial —que asume de manera acrítica tal discurso— se instala como un bloque de intelectuales orgánicos que difunden como verdad una enorme ficción (el “juez apolítico e independiente”), un sinsentido que no puede tener la menor verificación empírica en la historia latinoamericana.

Sin duda que la idea de independencia del PJ bien entendida (de poderes fácticos e institucionales) resulta ser un valor republicano insustituible (como el valor de la igualdad), pero en la práctica, en las sociedades latinoamericanas ha sido sólo parte de un discurso hegemónico encubridor que poco tuvo que ver con la operatividad real en su forma de funcionamiento.

El PJ se presenta a sí mismo como independiente, pero al estar subordinado —en la práctica— a las elites y al PE (o jugando un rol de burocracia autónoma autointeresada), su único momento de “independencia real” se ha suscitado cuando aparecen movimientos políticos de carácter reformista o populista que resienten la organización corporativa (al que enfrentan adoptando el discurso de la defensa de la constitucionalidad).

El PJ se encuentra así en su pretensión hegemónica principal, ha construido un sentido común —para adentro y para afuera— “somos el último resguardo de las garantías del individuo frente a los potenciales avasallamientos por parte de los poderes fácticos o institucionales”, somos la prudencia y el equilibrio frente a los desbordes y la parcialidad del PE y PL. Se reitera, **la historia de los autoritarismos latinoamericanos muestra que, salvo casos excepcionales, el cacicazgo conservador (del siglo XIX o XX) o las dictaduras cívico-militares tuvieron poca resistencia de estos funcionarios que, en definitiva, resultan ser la burocracia y el poder que menos ha rotado cuando se rompe el orden institucional.**

2.5 | Foucault y las prácticas sociales

Para el autor de *Vigilar y castigar*, son las prácticas sociales las que han engendrado determinados dominios de saber (“ciencias”). De aquí pro-

.....

(82) El sentido común, para Gramsci, es un sistema de creencias que opera sobre la opinión pública creando “lugares comunes” a través de un discurso folklórico prefilosófico, cuasi científico (GRAMSCI, 1975, p. 157).

vienen los nuevos conceptos, las técnicas y la construcción de los nuevos objetos de estudio, que van a constituir, a su vez, nuevos sujetos de conocimiento. Por ello, la verdad es un producto social.

Los encierros se fueron generalizando en los siglos XVII y XVIII hasta transformarse en una forma de castigo (la prisión) en lo que hace a la cuestión penal, los locos en manicomios, los trabajadores en fábricas, los alumnos en internados, etc.

La cárcel es la institución donde va a operar y nacer la criminología: el saber jurídico de las patologías que se "curan" en la prisión, la rama del derecho que se especializa en estudiar a los infractores "anormales" y que construirá su propio objeto de estudio: *l'uomo delinquente*, la versión depravada de la naturaleza humana normal.

Pero no hay conocimiento sin discurso. El conocimiento supone verdad y se manifiesta en juicios "coherentes" y "razonados". Esto es un discurso. Es decir, un juego simbólico-estratégico entre sujetos. El poder necesita regular verdades para circular y transmitirse, resulta indispensable atender a las reglas de formación de los discursos, puesto que no hay fragmento de verdad que no esté sujeto a condición política. De las prácticas discursivas y no discursivas surgen funciones que atraviesan dominios de posibilidades estratégicas complejas.

En su famosa clase inaugural en el College de fines de 1970, Foucault definió "...yo supongo que en toda sociedad la producción del discurso está a la vez controlada, seleccionada y redistribuida por un cierto número de procedimientos que tienen por función conjurar los poderes o peligros, dominar el acontecimiento aleatorio y esquivar su pesada y temible materialidad ...".⁽⁸³⁾

La práctica social del encierro, por ejemplo, creó el objeto delincuente (que antes no existía) y apareció la criminología (como "ciencia") y el sujeto que la estudia (el psiquiatra, el médico, el especialista), más otras nuevas "técnicas" de normalización del delincuente patológico (tratamientos médicos, pedagógicos, etc).⁽⁸⁴⁾

.....

(83) FOUCAULT, 1987, p. 11.

(84) FOUCAULT, 1996.

Volviendo a nuestro tema específico —el PJ—, se puede observar cómo la práctica burocrática judicial ha creado los “superiores”, los “inferiores”, los “subalternos”, el juez garante apolítico, los jueces de primera instancia normales (aquéllos a los que el superior les confirma la mayoría de los fallos), el trabajador ejemplar (aquél que merece ser ascendido y está normalizado en la “carrera”), el empleado fiel (aquél que tiene más fidelidad a la corporación judicial que al orden y los valores democráticos), el “reglamento” y el “expediente reservado” que regula la verdad sobre el conflicto o el ilícito denunciado.

2.6 | Burocracias institucionalmente abiertas

Ahora bien, de las mismas premisas sugeridas por Weber —a veces contradictorias— resulta poco recomendable proponer un “carrerismo cerrado” como el que se desprende de sus estudios. Por ello las burocracias, sobre todo la judicial, deben estar atravesadas de manera horizontal por la sociedad civil, de manera tal que desde los ámbitos de los profesionales del derecho puedan ingresar a ella participando de concursos abiertos y transparentes (tanto el personal jerárquico como el administrativo).⁽⁸⁵⁾

Es interesante tomar como ejemplo de burocracia estatal eficiente a los países asiáticos, que exitosos desde el punto de vista macroeconómico, han perfeccionado-completado el esquema weberiano para algunos estudiosos. Peter Evans, por ejemplo, propone como ejemplo las experiencias de Japón, Corea y Taiwán que, **más allá de sus particularidades,⁽⁸⁶⁾ la clave organizativa de la eficacia de estos Estados desarrollistas dependió de la combinación del aislamiento burocrático weberiano con una intensa inmersión de la burocracia en la estructura social circundante.**

(85) En el largo plazo, es más importante democratizar el ingreso y el desarrollo de la carrera del personal administrativo, puesto que es ahí donde comienza la carrera y la formación del burócrata.

(86) El éxito de los modelos y “milagros” macroeconómicos asiáticos no implica aquí ningún juicio de valor sobre los regímenes que los hicieron posible. Simplemente, regímenes autoritarios (en especial Corea del Sur y Taiwán) han logrado acercarse a niveles tecnológicos casi similares a los países centrales a través de estrategias estatistas desarrollistas con reforma agraria incluida (todo lo contrario a la sugerencias que se le hicieron a AL). El enorme costo humano, ético y ambiental es parte de otro tipo de balances sobre los que no tengo aquí espacio para opinar (sobre el caso, véase ARCEO, 2012).

La estrategia de “autonomía enraizada” (*embedded autonomy*) de las burocracias asiáticas propone el entrecruzamiento de los profesionales del Estado con la sociedad civil, como un complemento de su necesaria autonomía y una práctica profesional indispensable, debido a que las políticas públicas deben responder a los problemas percibidos por la sociedad civil. Una red de lazos externos con la sociedad civil (empresas, asociaciones profesionales, universidades, sindicatos, ONG) permite al Estado evaluar, controlar y moldear, prospectivamente (y con posterioridad a los hechos), las reacciones privadas ante las iniciativas públicas.

Todo ello amplía la inteligencia del Estado y vuelve más probable la concreción de sus medidas. Si se admite la importancia del enraizamiento, los argumentos en favor de la estrategia del aislamiento para evitar la “contaminación” de intereses privados quedan cabeza abajo: “Las conexiones con la sociedad civil pasan a ser una parte de la solución en vez de ser una parte del problema”, concluye Evans.⁽⁸⁷⁾

2.7 | Personalidad e institución autoritaria

La personalidad del individuo se construye a lo largo de su historia y a través de un complejo entramado de estructuras que se le entrecruzan con su existencia en el denominado proceso de socialización, que se desarrolla en diferentes niveles de la organización social, ya fuere la socialización primaria como la familia o la primera comunidad, o la secundaria, como las asociaciones, u otros ámbitos sociales y laborales.⁽⁸⁸⁾

Todo individuo posee rasgos psíquicos y biológicos relativamente estables (estructuras internas), que se (trans)forman a lo largo del tiempo, a través de los cuales el sujeto toma conciencia de sí mismo y se relaciona con los demás y con el mundo exterior. Eso es, entre otras cosas, una personalidad. Es esa serie de cualidades psíquicas y biológicas que tienen cierto carácter innato que se (re)forman por el proceso de socialización y que el individuo procesa formando y formándose dentro de las estructuras sociales de comportamiento en las que (inter)actúa. La per-

(87) EVANS, 1996, p. 557.

(88) Durante la segunda mitad del siglo XX, han sido vigorosos los debates sobre si la socialización primaria incide sobre la secundaria o a la inversa.

sonalidad, por tanto, es esencialmente una estructura (rasgos estables, en principio) que va más allá de su organización interna. Constituye un modo particular de funcionamiento que engloba esos dos polos: el “yo” y el “mundo”.

El hombre en sociedad, y sobre todo dentro de una institución, es un choque constante entre la estructura individual (el sujeto) “contra” las otras estructuras (otros sujetos y el mundo). La sociología de las instituciones se pregunta cómo impactan esas instituciones (“el mundo”).⁽⁸⁹⁾

En términos generales, se puede decir que una institución estructuralmente autoritaria (“parte” del mundo) pretende formar personalidades sumisas, con identidades deterioradas y sistemas de razonamientos dogmáticos y maniqueos, que reproducen la lógica arbitraria de la institución y la corporación dominante que la producen.⁽⁹⁰⁾

El individuo sufre una enorme presión para aceptar los roles que la estructura de poder le ha asignado, así despliega su identidad y vitalidad en conflicto con la estructura social, aceptando, negociando y transformando o rechazando los roles sugeridos.

Es decir, las instituciones impactan y disciplinan a los individuos, la cultura —diría Freud— reprime los instintos “antisociales”. Pero a su vez, ningún

.....

(89) NUTTIN, 1973; LAGACHE, 2005.

(90) No pude aquí ocuparme del debate que surgió sobre el texto de Adorno y a sus investigaciones sobre la personalidad autoritaria. Las críticas fueron numerosas y para eso remito a los ya clásicos trabajos de Almond y Shils. Lo que sí se puede aseverar es que, tanto en las estructuras de lo que se denominó “socialismo real”, como en las sociedades modernas avanzadas, existen burocracias que tienden a construir individuos sumisos, dogmáticos, obsecuentes y autoritarios. Almond y Shils intentaron desacreditar los trabajos de Adorno sugiriendo, entre otras cosas, que el hombre de Frankfurt estaba en realidad destruyendo a la persona autoritaria de derecha y de manera sesgada. Por ello también se construyó un modelo autoritario de “personalidad de izquierda” en las sociedades capitalistas a las que se asoció con alguna deficiencia patológica. Pues bien, sin pretender soslayar lo profundo del debate, que naturalmente no ha cesado, aquí se intenta construir un tipo ideal provisorio e incompleto de personalidad autoritaria que puede ser aplicable a cualquier espacio estructural de una sociedad moderna. En otras palabras, las conductas autoritarias o genocidas surgidas o potenciadas por un orden social, burocrático o civil, ocurren y han ocurrido dentro (o desde) sociedades “socialistas”, “fascistas” o en el mismo “capitalismo democrático contemporáneo”. Un interesante comentario sobre la polémica se puede leer en GARCÍA JURADO, 2007.

sistema de poder, ni aún el más tiránico, es unipolar. En cualquier estructura de poder hay conflicto, luchas o como decía Foucault, siempre existen resistencias, ya fueren individuales o colectivas.⁽⁹¹⁾

Las fuerzas vitales del sujeto, su pulsión de vida, de libertad y su energía creadora como sujeto portador de fuerza de trabajo (como clase trabajadora), como miembro de un grupo de referencia (identidad) ya fuere social, cultural, religiosa o de clase— confrontan constantemente con las instituciones —autoritarias o no — que regulan yoes y las relaciones de los hombres entre sí. Sus diferentes energías vitales y sus personalidades en desarrollo impactan entonces sobre la estructura, pero evolucionan a su vez bajo el impacto del ambiente estructural social.

La personalidad se va creando y situando detrás de los comportamientos y constituye a su vez otra “estructura dentro del individuo”, como una instancia capaz de actuar por “iniciativa propia” sobre el ambiente social y de seleccionar los diversos estímulos con los que tropieza.⁽⁹²⁾ Entonces, la personalidad se construye en la institución de una manera contradictoria y conflictiva.

Una personalidad construida exitosamente en una institución autoritaria no tiene identidad (por eso adquiere la identidad de la estructura dominante), tiende a pensar sus relaciones siempre en términos de poder (no sobre derecho, valores o ideales) y es cómplice de las **conductas “irregulares”** de sus mandantes. La ausencia de identidad y de lazos solidarios con otros sujetos deja sin contrapesos al individuo frente a la estructura burocrática, el hombre se confirma como engranaje.

El **sujeto autoritario** tiene una fuerte disposición a la sumisión, es intolerante ante la ambigüedad o la contemplación de lo complejo, se refugia en un orden estructurado de manera elemental, maniquea e inflexible, está en una constante espera por la llegada de una autoridad que reestablezca algunos desequilibrios provocados por los desbordes plebeyos o de “minorías” distintas que quedan fuera de su concepción de “normali-

(91) Por eso, Foucault en su crítica al psicoanálisis, puntualizaba que el sujeto era —aún en la “represión”— una instancia creativa-productiva. Y desde luego, la cultura represora era también productora de formas de poder, conceptos y estrategias “sin sujeto”. FOUCAULT, 1991.

(92) ADORNO et al, *La personalidad autoritaria*, p. 172 y ss.

dad”, acepta de manera dócil e irreflexiva los “valores” y prejuicios de las culturas dominantes (cualquiera fuere), puesto que su frágil personalidad lo lleva a despreciar a los “débiles” y a idolatrar a los poderosos.⁽⁹³⁾

Ante las grandes crisis sociales, los sujetos desarrollan y agudizan su sentimientos crecientes de impotencia e insignificancia y su inseguridad los va transformando en individuos que temen a la “libertad” que les otorga la sociedad de mercado (sin lazos sociales, grupos de referencia u organizativos, sindicatos o asociaciones comunitarias) y encuentran el resguardo de una “instancia superior” que los devuelva a la “comunidad”: una nación con un destino histórico, un pueblo elegido, un liderazgo carismático autoritario, un grupo fanático religioso o un orden burocrático “comunitario” (que pretenderá construir la sensación de una pertenencia y algún tipo de certeza). El individuo contemporáneo, solitario e inseguro, busca refugio —decía Eric Fromm en los años 40 sobre la crisis de los 20 y los 30— en la sumisión o en alguna especie de relación con el hombre y el mundo que le prometa aliviar la incertidumbre, aun cuando prive al individuo de su libertad.⁽⁹⁴⁾

Un sociólogo como Durkheim —un gran inspirador de Fromm— observó con preocupación cómo las sociedades industriales de fines del siglo XIX desgarraban los lazos de solidaridad de la comunidad y los convertían en individuos competitivos, solitarios, anómicos. Durkheim mostró cómo los suicidios anómicos disminuían dentro de los espacios en donde existían minorías religiosas que habían conformado fuertes lazos comunitarios. Es decir, Durkheim, azorado por la lógica implacable del progreso tecnológico y del desarrollo masivo de muchedumbres solitarias que se había impuesto en las sociedades industriales de fines del siglo XIX, intentó demostrar empíricamente que **determinados grados de asociación de los individuos y de regulación social, de reconstrucción de los lazos de solidaridad, fortalecían la personalidad (en clave comunitaria) frente a la**

(93) Ver ADORNO, 1950 y MARIO STOPPINO, “Autoritarismo”, en Bobbio, Norberto et al., *Diccionario de política*, trad. Raúl Crisafio, México, Bogotá, Siglo Veintiuno Editores, 1984, t. I, pp. 143/155. Estas personalidades son sumisas ante cualquier sistema de poder; pueden encontrarse en cualquier colectivo social, como en una sociedad la fascista de los años 30, como en las experiencias denominadas “socialistas” stalinistas, como en las estructuras burocráticas del capitalismo contemporáneo.

(94) FROMM, ERIC, *El miedo a la Libertad*, Barcelona, Planeta Agostini, 1985, p. 59.

fría lógica del mercado, de la sociedad industrial en general o las instituciones autoritarias.⁽⁹⁵⁾

La solución que Durkheim sugiere es la de reconstruir el lazo social deteriorado por la lógica disgregadora de las sociedades industriales a través de las asociaciones profesionales, comunitarias y determinadas instituciones públicas. **Por eso aquí se sugerirá, también, la necesidad de introducir a la sociedad civil (asociaciones sindicales y civiles) dentro de la estructura del PJ como forma de neutralizar el autoritarismo interno y horizontalizar al PJ.**

Las instituciones de la sociedad civil y de la democracia insertadas dentro del PJ son las únicas que podrán instalar un escenario pluralista para contrapesar el tremendo autoritarismo reinante, romper el cerco solitario del agente judicial posibilitando el desarrollo de identidades individuales y colectivas, es decir, la plena autonomía personal.

2.8 | Planificación democrática antiburocrática

Atento a que no podemos prescindir de instituciones, resulta necesario pensar el desarrollo de instituciones que regulen cierta cultura, organización y disciplinamiento, pero que, a la vez, promuevan ciertos espacios de libertad y de identidad —individual o colectiva—. Como ha sugerido Adorno, implementar un **proceso de planificación democrática** que implique promover el desarrollo de la autoconciencia y la autodeterminación en las personas, que neutralice toda manipulación ya fuere institucional, social, mediática o facciosa.⁽⁹⁶⁾ Es decir, personalidades que tengan la posibilidad de reunirse en instituciones que contrapesen otras instituciones. Que “la ambición pare la ambición”, dijo Madison; que “el poder frente al poder”, escribió Montesquieu.

Una institución burocrática de estas características debería desarrollar escenarios de libertad individual, asociativa y sindical, política, horizon-

(95) Sobre algunos límites y críticas a las concepciones de Durkheim, véase ROM HARRÉ, ROGER, *Diccionario de psicología social y de la personalidad*, en la voz “Durkheim, Emile”, 1992.

(96) ADORNO *et al.*, p. 178.

talidad y pluralismo que atraviesen horizontalmente la verticalidad burocrática autoritaria. Ambientes institucionales que, sin perder eficiencia operativa, construyan espacios que posibiliten el desarrollo de identidades individuales y colectivas, de conductas solidarias y racionales. Todo lo contrario son las instituciones judiciales autoritarias actuales en donde la despersonalización y el autoritarismo burocrático obstaculizan las iniciativas democráticas para evitar la construcción de lazos de solidaridad y la formación de identidades individuales y colectivas.

De acuerdo a esto, actuar racionalmente (dejemos por ahora todo el componente inconsciente e irracional de nuestras acciones) significa elegir la conducta más elevada (moral o legalmente) dentro del *ranking* del conjunto de las conductas posibles para alcanzar determinados objetivos.

Si el individuo “elige” un determinado comportamiento —que impacta a su vez sobre su pensamiento y el de los demás— influenciado por un entorno social, de lo que se trata es que **los “riesgos” de una conducta conforme a la legalidad y moralidad republicana sean mínimos**. Como no sabemos cómo puede reaccionar el “microclima social” que lo circunda (las conductas en sociedad al igual que la “condición humana” son impredecibles) lo que sí podemos organizar es un amplio margen de certidumbre ante “decisiones estratégicas” morales y legales, esto es, conductas jurídica y éticamente valiosas garantizadas por un sistema institucional estable.

Promover el pluralismo dentro de un orden burocrático, sería entre otras cosas, ampliar los márgenes de acción del individuo, cuyo curso de acción está condicionado por la “estructura causal” de la conducta, un margen estructural de alternativas que otorgue certeza, que no castigue sus actos acordes con su conciencia moral o la autonomía en el accionar institucional. Esto es lo que significa, institucionalmente hablando, construir un sistema de **independencia interna** dentro de la burocracia que se relacione de manera coherente con un **sistema social de creencias** que promueva conductas republicanas.

Claro que esto depende de la sociedad (aunque las instituciones pueden colaborar), de las clases populares, de los liderazgos, del mayor clima social libertario que pudiere ofrecerse frente a los límites que impone un orden social poco equitativo.

3 | La cuestión judicial en Argentina

Facultad disciplinaria. Avocación.

Corresponden a las cámaras las facultades disciplinarias sobre sus funcionarios y empleados, y la avocación de la Corte sólo procede en casos de manifiesta extralimitación o arbitrariedad, o cuando razones de superintendencia general lo hacen necesario.⁽⁹⁷⁾

...la conducta de un funcionario judicial es susceptible objetivamente de justificar la desconfianza de los superiores en lo atinente a su corrección en la prestación del servicio, la separación del cargo no es arbitraria (...) la confianza es un requisito esencial para el cumplimiento de la labor judicial en forma armónica...⁽⁹⁸⁾

3.1 |

En la actualidad, cualquier empleado del Poder Judicial de la Nación —trabajador o secretario letrado— que, en principio, tiene derecho a la estabilidad, puede ser cesanteado o exonerado por una Cámara de Apelaciones (con escasos o nulos fundamentos) y quedar sancionado por causas tan ambigüas —e inconstitucionales— como ser “mala conducta”, “deslealtad”, “desconfianza”, “inconducta funcional”, “inobservancia de normas de disciplina” según la interpretación de un magistrado de primera instancia denunciante (¡y a la vez sentenciante!) o una Cámara. En la mayoría de los casos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) no interviene, pues argumenta que sólo lo hace en casos de manifiesta extralimitación o arbitrariedad.⁽⁹⁹⁾ Y cuando interviene, lo hace para confirmar la sanción impuesta. Ésta es una tradición que se mantiene aún en la actualidad.

Trabajadores, funcionarios y secretarios letrados del Poder Judicial de la Nación **están casi fuera de la ley**, esto es, virtualmente sin el sistema de

.....

(97) Una sentencia de la Corte Suprema sobre cuestiones disciplinarias, entre cientos de fallos similares.

(98) Otra sentencia de la Corte, entre cientos de fallos similares.

(99) Lamentablemente, no poseemos datos estadísticos sobre la cantidad de casos que la CSJN rechaza por considerar que no se cumple el requisito de manifiesta extralimitación o arbitrariedad.

derechos y garantías de un estado de derecho.⁽¹⁰⁰⁾ Los reglamentos obsoletos y de carácter inquisitivo de cada Cámara vulneran todos los derechos y garantías vinculados a un proceso justo y con defensa garantizada, con tipos legales taxativos, con posibilidades sustanciales de defensa, con segunda instancia revisora, con jueces naturales e imparciales.

Frente a este escenario, la Corte Suprema dictó la Acordada N° 26/08, en la que advirtió la necesidad de reglamentar lo atinente a las facultades disciplinarias de los tribunales, consagradas en el art. 18 del decreto-ley 1285/1958, a fin de que su ejercicio se desarrolle de manera armónica con el respeto al debido proceso adjetivo, garantizado por la Constitución Nacional y las normas internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional.

Esta decisión de la Corte tiene el inconveniente de que ha intervenido en una competencia que la Constitución Nacional de 1994, en su art. 114, le otorga de manera expresa al Consejo de la Magistratura.⁽¹⁰¹⁾

Por otra parte, corresponde destacar que si bien los reglamentos de cada Cámara han mejorado, el sistema disciplinario judicial sigue padeciendo sustancialmente de todas las insuficiencias aquí señaladas.⁽¹⁰²⁾

Por eso, se hace necesario indagar sobre nuevas formas de reglamentación (ver anexo normativo), como así también interpretar por qué resulta necesaria una reforma interna en el Poder Judicial como la aquí propuesta.

.....

(100) No tengo espacio para ocuparme de los sistemas reglamentarios de los judiciales provinciales que son, en algunos casos, peores que los del sistema nacional inclusive en contra de los derechos y garantías de los propios jueces. Un trabajo interesante desde el punto de vista de la independencia externa es el artículo de CASTAGNOLA, ANDREA, "La diversidad institucional de los poderes judiciales provinciales en Argentina desde una perspectiva histórica", en *Revista Postdata*, vol. 15, n° 2, CABA, jul./dic. 2010. Allí se muestran las similitudes y las diferencias del sistema provincial judicial con el nacional, como también sus carencias y ambigüedades concluyendo, naturalmente, que la Justicia provincial, como institución pública, continúa aún sujeta a los intereses políticos y requiere cambios en las reglas institucionales que garanticen su independencia. Ahora bien, independientemente de lo documentado del trabajo, se advierte la ausencia de referencias directas a la cuestión de la independencia interna.

(101) Ver acápite siguiente 3.3.

(102) Ver trabajo de CÁMPORA-NAVARRO, 2008.

La situación de los empleados judiciales, en comparación con los sistemas disciplinarios de trabajadores de la Administración Pública (o del Ministerio Público), no sólo **es más restringida en términos de sus derechos y garantías y mayor rigurosidad en las definiciones de conductas ilícitas**, sino que, además, éstos carecen en la práctica de una instancia revisora administrativa, puesto que, como ya se dijo, desde el punto de vista estadístico, las sentencias de sanciones administrativas serán confirmadas o no serán revisadas por la CSJN.

El actual Reglamento para la Justicia Nacional (en adelante, RJN) data de una acordada de la Corte de 1952⁽¹⁰³⁾ y ha tenido algunas reformas parciales por otras normas y acordadas posteriores, pero su sistema recoge los viejos reglamentos autoritarios e inquisitivos que poco tienen que ver con un estado de derecho.

3.2 |

Partimos aquí de la base de que toda iniciativa de democratización de las instituciones de carácter constitucional-liberal constituye una decisión que neutraliza parcialmente el histórico autoritarismo corporativo y burocrático que existe dentro del Poder Judicial.

Independientemente de la valoración que se tenga sobre la Constitución de 1994, lo cierto es que, con la creación del Consejo de la Magistratura,⁽¹⁰⁴⁾ se mejoró y amplió el sistema de derechos y garantías de los magistrados y el proceso de selección de jueces a través del Consejo de la Magistratura en comparación con el sistema anterior.

Como ya se ha señalado, en el sistema actual, los **trabajadores judiciales y los secretarios letrados del PJ no tienen un sistema de garantías acorde con los principios de un estado de derecho.**

(103) Acordada N° 17/12/52. Es conocida como Reglamento para la Justicia Nacional y se la aplica en concordancia con la norma de facto de la autodenominada Revolución Libertadora, el decreto-ley 1285 del 04/02/1958. El Reglamento de 1952 fue dictado por la Corte Suprema de Justicia en un momento de extrema polarización política y sus formas reglamentarias han perdido vigencia.

(104) Varios jueces acusados de irregularidades fueron absueltos en polémicos fallos auspiciados por la corporación judicial.

El sistema actual tiene las siguientes características:

- a. En ocasiones, el mismo juez denunciante es sumariante o sentenciante; en otras, el organismo **instructor** suele ser o un secretario letrado de la Cámara de Apelaciones respectiva o un juez de primera instancia con buenas relaciones en la Cámara que designa —dirige— “al efecto” un instructor de acuerdo a las expectativas del sector hegemónico de la Cámara. Es decir, las Cámaras administran e instruyen (a través de los funcionarios amigos designados), dictan la normativa procesal y sentencian. **Reitero, eligen el instructor, ejecutan, legislan y juzgan, lo que constituye un escenario “monárquico administrativo” en una república.**
- b. Los **reglamentos** que establecen las normas de procedimiento de las Cámaras suelen ser un conjunto muy primitivo de normas; algunos de ellos, con varias décadas de antigüedad, los “habilitaba” a llevar hacia adelante instrucciones sumariales —o sumarísimas— cuasi clandestinas y en las que las **garantías** de los sumariados son mínimas o inexistentes.⁽¹⁰⁵⁾
- c. La cuestión genera varios problemas. Cuando una persona es acusada de infracciones graves que pueden dar resultado a suspensiones importantes, multas o exoneración o cesantía⁽¹⁰⁶⁾ **estamos en presencia de una verdadera pena**, por tanto deben regir todos los elementos del denominado Derecho Penal de Garantías y **debe abandonarse la idea de que todo debe resolverse bajo las reglas de “sumario administrativo”**. En la esfera administrativa, la exoneración o las cesantías “...son penas y por tanto no la puede decidir un organismo que no sea judicial...”, dicen Zaffaroni, Alagia, Slokar.⁽¹⁰⁷⁾
- d. La administración —concluye el jurista— **ha avanzado policialmente sobre el estado de derecho** y está imponiendo penas de exclusión, inhabilitación e interdicción sobre la base de tipos contruidos analógicamente (indignidad, mala conducta, inconducta manifiesta, falta de decoro, etc.). Este es el ámbito que deben disputar las agencias jurídicas en defensa del estado de derecho, promoviendo reformas legislativas mediante el control de constitucionalidad.⁽¹⁰⁸⁾

.....

(105) El RJN dispone que el imputado tiene sólo 3 días para realizar los descargos y presentar la prueba sin establecer principios elementales de un régimen de prueba con características similares a un régimen procesal penal liberal (art. 21 RJN).

(106) El art. 21 bis RJN permite la suspensión de hasta 90 días cuando la autoridad considere inconveniente la permanencia en funciones del sumariado sin exigir ningún tipo de requisitos ni formalidades. Las sanciones como multas o cesantías serán posibles cuando los magistrados comprobaren directa y “objetivamente” las infracciones respectivas.

(107) ZAFFARONI; ALAGIA y SLOKAR, 2000, p. 207.

.....

(108) ZAFFARONI; ALAGIA y SLOKAR, 2000, p. 208.

- e. En esa línea están basados los “**tipos penales administrativos**”, de carácter taxativo, propuestos en el borrador anexo al presente, para que, de esta forma, se abandone, de una vez y para siempre, la posibilidad de sancionar o cesantear empleados y secretarios letrados con normas procesales inquisitivas y por figuras laxas e inconstitucionales como la “falta de confianza”, sin fundamentos ni falta de pruebas (la tan mentada situación “objetiva” que cita recurrentemente la CSJN).

Es de considerar que para cierta doctrina del derecho administrativo, que no compartimos, los tipos legales “abiertos”, en los sumarios administrativos en general, se justificarían porque —infiere Apesteguía—⁽¹⁰⁹⁾ las sanciones están dirigidas a quienes se encuentran en una relación jerárquica administrativa y no al común de la gente, por ello resultaría necesaria una razonable discrecionalidad. Este tipo de razonamientos le hacen concluir al autor que resultaría coherente que, **en sede administrativa, no se tengan en cuenta rigurosamente o directamente no se apliquen los principios como el de non bis in ídem, el derecho a la prescripción de las acciones públicas contra el sumariado o de la pena o de la ley más benigna.**

Este razonamiento es tan sorprendente como insostenible. Significa que un ciudadano posee determinados derechos que están contemplados en el orden constitucional, pero que pierden su vigencia al entrar en un orden burocrático-administrativo.

En el nuevo sistema propuesto:

- a. Las pruebas aportadas deben haber sido producidas con las debidas garantías procesales y haber sido valoradas libremente por jueces administrativos de carácter ordinario, independientes e imparciales.
- b. La presunción de inocencia, el respeto del principio *non bis in ídem*, la separación entre acusación y juez de garantías, la producción de la prueba con control de la parte acusada, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa y a una instancia de revisora dealzada, la configuración precisa de la conducta del imputado, la garantía de instructor y juez imparcial, la obligación de acusaciones claras y concretas sobre la supuesta falta cometida, la demostración de peligro concreto o daño causado, el derecho a una sentencia razonada, coherente y fundada, deben ser plasmadas por una ley especial que instaurare un Estatuto de Magistrados, Funcionarios y Trabajadores y sustituya a los **inconstitucionales sumarios preventivos** de cada Cámara (mediante los

(109) Ver APESTEGUÍA, 2008, cap. 3.

cuales se pueden suspender o cesantear agentes por meras conjeturas objetivas), con acusaciones de figuras absolutamente ambiguas y procedimientos obsoletos, el derecho a obtener una decisión en un plazo razonable (por eso resultan tan importantes los institutos de prescripción y caducidades).

- c. Para evitar la cuestión de los sumarios “eternos” que nunca terminan son de vital importancia los plazos de prescripción. En general, los administrativistas y la corporación judicial no aceptan que tanto las acciones como las sanciones sobre los empleados deben prescribir como en el sistema penal.
- d. Lo interesante del asunto es que desde la misma Asociación de Magistrados se ha publicado recientemente una crítica a los procesos “interminables” a los que son sometidos muchos magistrados en el Consejo de la Magistratura.⁽¹¹⁰⁾ Es decir, cuando se refiere a empleados, el sistema de caducidades es una exageración formal, pero cuando se trata de magistrados la ausencia de límites temporales claros viola las garantías constitucionales. El doble estándar de este razonamiento no merece mayores comentarios.
- e. Asimismo, resulta indispensable trasladar al Consejo de la Magistratura las funciones referidas a la administración de la **contratación e ingreso de personal** y las **facultades disciplinarias**, lo que se cumplirá con la máxima de Montesquieu: **desactivar el poder autoritario separando al poder en instituciones diferentes.**
- f. La **concentración de Poder en la Corte Suprema y las Cámaras** no sólo debilita el carácter independiente de los jueces de otras instancias y verticaliza innecesariamente la institución, sino que es manifiestamente inconstitucional después de la reforma del 94 (art. 114 CN, más adelante me extenderé sobre ello).
- g. Otra medida estructuralmente democratizadora es considerar a los jueces de primera, segunda y tercera instancia **como iguales (como en Italia)**, puesto que, a diferencia del PE, no existe entre ellos una relación jerárquica (el juez, salvo los fallos plenarios —de dudosa constitucionalidad—, tiene independencia de sus opciones en jurisprudencia y doctrina) y por tanto, las manifestaciones como “elear” expedientes o el “superior” debilitan el carácter de independencia que deben las decisiones judiciales.⁽¹¹¹⁾
- h. Por supuesto que la mejor manera de garantizar su independencia es **derogar la inconstitucional prohibición de afiliarse a los partidos políticos.** Italia es uno de los mejores modelos de magistratura democrática en donde la pluralidad política en la Justicia ha roto los vínculos corporativos con el poder de la elite dominante y el poder mediático, llevando a los estrados judiciales a políticos vinculados a graves hechos de corrupción en los años 90 (*mani pulite*) o al

.....
(110) FREITES, 2012.

.....
(111) Ver FERRAJOLI, 2008 y ZANNOTTI, 2012.

mismo ex primer ministro Silvio Berlusconi. Lo mismo puede decirse de su confrontación con la mafia (varios magistrados han sido asesinados).

- i. Retomando el espíritu de lo mejor de la tradición republicana también se propone suprimir toda invocación al “Superior”, “Excelentísima Cámara” o a apelativos como “Señoría” que son resabios medievales.

En una decisión democratizadora, el presidente Raúl Alfonsín, el 10/12/1983, testó de su puño y letra el aditamento de “excelentísimo” como antecedente de Presidente de la Nación, desechando estos calificativos antidemocráticos dentro el Poder Ejecutivo, que todavía existían.
Falta el Poder Judicial.

3.3 | Cumplir con el mandato del art. 114 de la Constitución

Una democratización profunda implica que tanto las Cámaras como la Corte cumplan con el precepto constitucional del art. 114:

“Artículo 114. El Consejo de la Magistratura (...) tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la **administración** del Poder Judicial. (...) Serán sus atribuciones:

(...) 3. **Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.**

(...) 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”.

Los cambios aquí promovidos son **estructurales** puesto que cambian el sistema de poder dificultando las represalias administrativas (nunca admitidas como tales) a las que suelen acudir los miembros de determinadas corporaciones judiciales contra jueces, secretarios o empleados que no comulgan con sus estilos autoritarios o con los prejuicios, la ideología o la jurisprudencia dominante.

Por ejemplo, en la práctica, a los jueces de primera instancia que no caen simpáticos a algunas antiguas corporaciones —que se han petrificado en

las segundas instancias— y se les retacea el apoyo de solicitudes por recursos humanos o materiales.

La igualdad entre magistrados —que aquí se promueve— es de corte republicano y horizontalizará la convivencia judicial, debilitando los lazos corporativos y autoritarios de la estructura judicial, y promoviendo un clima de respeto mutuo sin temor a las presiones de las diferentes corporaciones judiciales.

La **libertad de afiliación política** permitirá que quienes tienen opinión favorable a jurisprudencia o doctrina de carácter democrático (o a un gobierno o a un partido resistido por la corporación) puedan expresarlo públicamente, sin posibilidad de represalias.

Lo paradójico es que, en la práctica, los jueces que suelen estar en contra de la libre afiliación son quienes más relaciones tienen con los partidos políticos (y los factores de poder) y más operaciones políticas clandestinas protagonizan. Por lo cual, la prohibición sólo ha servido para bloquear un clima plural y dificultar el desarrollo jurisprudencial y doctrinario de los jueces y secretarios democráticos y progresistas.

Por ejemplo, la denominada **“cláusula republicana”** y los **“impedimentos”** que aquí se proponen obligarán a quienes están en contra del sistema democrático y de todos los derechos y garantías constitucionales —que no constituye un grupo menor dentro del Poder Judicial— a autocensurarse en sus arengas (en reuniones públicas y privadas) a favor de posturas o decisiones discriminatorias y antidemocráticas.

Ahora bien, sostener los principios de nuestra Constitución y **“obligar”**, a todos los que desempeñan la función de impartir justicia y a sus colaboradores, a jurar por la vigencia de un orden político institucional que posee contenidos universales —recogidos por el orden normativo sancionado por una Constitución en donde se establecen los derechos humanos, los principios fundamentales del Estado democrático de derecho y la soberanía popular— no significa otra cosa que instalar en la Argentina lo que Habermas ha calificado como patriotismo constitucional. Es decir, desarrollar la pasión por los contenidos universales sancionados por el orden normativo constitucional moderno, el respeto a los derechos humanos, la igualdad social y los principios fundamentales del estado democrático de derecho.⁽¹¹²⁾

(112) HABERMAS, 1989.

La amplitud de las formas de **Juramento** propuesto reflejará la pluralidad ideológica y religiosa de la sociedad argentina, flexibilizando la rigidez que tienen en la actualidad. Al proponer fórmulas o artículos fundados en el sistema institucional de países como Costa Rica, España, Italia (insospechados de “populistas”) o alusiones directas a la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales incluidos (surgidas del célebre Pacto de Olivos) o la Ley de Ministerio Público o el mismo Reglamento hoy vigente, el **margen de críticas serias de la corporación judicial sería muy estrecho.**

En el caso de los trabajadores judiciales y los secretarios letrados el cambio será más profundo aún. Los **sumarios prevencionales** serán instruidos en cada Cámara, pero ahora con todas las garantías y, si hubiere mérito, se iniciarán acusaciones y defensas como corresponde a un estado de derecho, con la instrucción de un sumario administrativo con intervención del Consejo de la Magistratura que, independientemente de sus límites y de su ambigüedad como poder “separado” y “unido” al PJ,⁽¹¹³⁾ es un espacio más transparente y democrático que un intimidante despacho de Sala de Cámara.

La intervención del Consejo de la Magistratura y la “reconversión” de la **Comisión de Acusación y Disciplina en instancia de alzada administrativa**, no sólo democratiza el ámbito disciplinario (y se separa de la Corporación en cuanto tal), sino que **F**—que antes no existía—, puesto que la intervención de la Corte en el sistema actual es prácticamente imposible.⁽¹¹⁴⁾

3.4 |

La presente propuesta tiene carácter exploratorio y fragmentario. Son simplemente algunas ideas sobre qué elementos deberían tener algunos de los futuros artículos de un Estatuto de Magistrados, Funcionarios y Trabajadores judiciales implementados por ley.

(113) Ver sobre esta cuestión el comentario que realiza María Angélica Gelli al art. 114 de la CN (p. 481 y ss.) al destacar que no resultan claras ni sus funciones (lo que le ha generado reiterados conflictos con la Corte Suprema), ni su *status* institucional (GELLI, 2009).

(114) Por supuesto que la corporación también está en el Consejo de la Magistratura, pero está mediatizada por una cierta pluralidad que la obliga a realizar alianzas. Al mismo tiempo, no pueden tomar cualquier decisión manifiestamente arbitraria como las que se hacen dentro de las Cámaras.

Es manifiestamente incompleto puesto que están ausentes o apenas insinuadas algunas cuestiones trascendentales como la institucionalización del ingreso democrático al PJ, un nuevo sistema de ascensos y escalafones, régimen de licencias y horas extras, características de la carrera judicial, etc.

Tampoco se incursiona en cuestiones que están reguladas por diferentes acordadas, como la manera de tramitar expedientes, las ferias, etc., que deberán ser objeto de otras reformas futuras.

Como ya se dijo, se han tomado ideas y artículos de los sistemas judiciales como Costa Rica (en general, considerado uno de los sistemas políticos más estables, plurales y democráticos de América Latina), España e Italia (países con regímenes parlamentarios). Algunas oraciones son las mismas a las del sistema actual argentino (el Reglamento de la Justicia Nacional y la Ley de Ministerio Público) a los efectos de que algunos cambios en aspectos formales **no sean tan drásticos** y el debate —si ocurre— entonces se encarrile para discutir cuestiones sustanciales.

Gran parte de lo hasta aquí sugerido podría ser dispuesto por una ley nacional y ser reglamentada luego por el Consejo de la Magistratura, como lo dispone el art. 114 citado.

Asimismo, queda claro el objetivo de jerarquizar el Consejo de la Magistratura y la Comisión de Acusación y Disciplina y darle las funciones que están en el texto constitucional, de acuerdo con una difundida doctrina que sostiene la necesidad de instalar el autogobierno democrático del PJ con controles externos democráticos e instituciones plurales y horizontales.

El derecho de rectificación o respuesta: propuestas para una adecuada reglamentación

por **MARTÍN G. DEGOUMOIS⁽¹⁾**, **M. GABRIELA BARRIONUEVO⁽²⁾**,
y **MELINA GÓMEZ⁽³⁾**

I | Introducción

El objetivo de nuestro trabajo es señalar los aspectos que deberían tenerse presentes al momento de proponer una reglamentación del derecho de rectificación o respuesta, para que la misma no solamente se ajuste a las exigencias del art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino además respete los principios que inspiran este instituto.

Para ello, partiendo de sus antecedentes históricos, hemos de referirnos brevemente a los elementos que lo caracterizan con el objeto de concep-

.....

(1) Abogado egresado de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Miembro del Consejo Académico de la Revista de Derecho Penal de Ediciones Infojus, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(2) Abogada egresada de la Universidad Nacional del Nordeste. Asesora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

(3) Abogada egresada de la Universidad Nacional de Buenos Aires. Asesora del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

tualizarlo, y analizaremos las principales críticas que ha recibido de quienes lo conciben como un instituto difícil de conciliar principalmente con la libertad de prensa y de expresión, expondremos los motivos por los cuales entendemos que los argumentos en contra no encuentran asidero en nuestro sistema jurídico.

Finalmente, y como corolario del derrotero por el cual transitaremos en el presente trabajo, propondremos cuáles deberían ser las bases sobre las que tendría que diseñarse una correcta reglamentación del derecho de rectificación o respuesta.

2 | Antecedentes del derecho a réplica

El primer antecedente de este instituto lo encontramos en Francia, en una iniciativa de ley presentada en 1798 por el diputado Dulaure que constaba de dos artículos, en los que se reconocía el derecho de respuesta de un ciudadano que se sintiera ofendido en su reputación por un medio de comunicación escrita. Concretamente, el primero de ellos disponía que todos los propietarios de diarios u obras periódicas que hubiesen publicado un artículo que atentara contra la reputación de uno o varios ciudadanos, estarían obligados a publicar la respuesta al mismo, dentro de los cinco días que siguiesen a la recepción, bajo la pena de clausura de los diarios y obras periódicas, y de condenárselos además al gasto de impresión, del timbre y del franqueo postal de tres mil ejemplares de dicha respuesta.

El segundo, determinaba que los susodichos propietarios o redactores estarían también obligados a dar a cada ciudadano que se vea calumniado, o a quien lo represente, un recibo de la respuesta a insertar en el cual se debía mencionar el número de líneas de la misma y la fecha del día en que fue recibida.

Lo cierto es que la iniciativa presentada por Dulaure no prosperó en razón de su marcado tinte absolutista. Tiempo después, Napoleón puso en vigor la Constitución en la cual ni siquiera se aludía a la libertad de imprenta.

Recién en 1822 se sancionó la ley, con base en un nuevo proyecto mediante el cual Jacques Mestadier —ex consejero de la Corte de Casación—, aprovechó la oportunidad para corregir la idea de Dulaure. El cuerpo normativo

establecía en su art. 11 que los propietarios de todo diario o escrito periódico estaban obligados a insertar dentro de los tres días la respuesta de toda persona nombrada o designada en el diario o escrito periódico, bajo pena de multa de cincuenta a quinientos francos, sin perjuicio de otras penas y daños o intereses a los que el artículo incriminado pudiera dar lugar.

A pesar de estos avances, no fue sino hasta el 29 de julio de 1881 cuando el derecho de respuesta se afianzó en Francia mediante el Estatuto de la Imprenta, carta de la libertad con la marca del Partido Republicano. Para 1883 diversos países ya habían adoptado el mismo derecho en sus respectivos marcos jurídicos: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Grecia, Italia, Portugal y Reino Unido, son sólo algunos ejemplos.

En el caso de América se destaca Brasil, nación que incursionó en la garantía como consecuencia de las contiendas electorales de 1921, que hicieron necesario incorporarla como medio de protección ciudadana en el decreto 4743 sobre prensa. Cinco años después Chile haría lo propio con su ley 425, posteriormente reformada en 1971, que disponía que "Toda persona natural o jurídica ofendida o aludida por alguna información, tiene derecho a que su aclaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, a través del órgano de publicidad en que esa información hubiere sido emitida".

Pero el antecedente de regulación que mayor preponderancia reviste para nuestro país es el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), también conocido como Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, cuyo texto establece los parámetros de regulación que deberán considerar, como umbral mínimo, los países que se obligan por dicho instrumento multilateral.

3 | Concepto y naturaleza del derecho de rectificación o respuesta

Como paso previo a conceptualizar a este instituto, resulta oportuno hacer una distinción en torno a la semántica utilizada para designarlo en los distintos países, en la medida en que muchos autores utilizan indistintamente

los giros y palabras "respuesta", "réplica" y "rectificación", al tiempo que otros asocian el término "respuesta" al "*Droit de réponse*" originado en Francia, que se traduce como "derecho de respuesta".

Esta postura sostiene que el derecho a respuesta, que circunscribimos generalmente a la contestación de una pregunta, estaría más relacionado al derecho que tienen todas las personas a obtener una oportuna respuesta a peticiones dirigidas a entidades o funcionarios públicos sobre asuntos de su competencia, tal el caso del art. 67 de la Constitución de 1961 de la República Bolivariana de Venezuela.

No obstante, nosotros entendemos correcto utilizar indistintamente los términos "respuesta" o "réplica" para hacer alusión a la acción que emerge cuando se trata de un ataque malicioso contra la honra o aspectos fundamentales de la persona, buscando de esta forma rebatir, refutar o impugnar con argumentos o razones lo que se ha dicho en un medio periodístico cuando resultara agravante para el sujeto activo.

Sin embargo, advertimos que con ello no quedaría abarcada la rectificación, entendida como acción que consiste en reducir a la conveniente exactitud los dichos y hechos que se le atribuyen falsa o inexactamente a un sujeto, y que para cumplir acabadamente con los fines que lo inspiraron, resulta necesario denominar al instituto "derecho de rectificación o respuesta" o "derecho de rectificación o réplica".

Ello, toda vez que el propio art. 14 CADH, cuando refiere a este instituto al que denomina "derecho de rectificación o respuesta", distingue dos supuestos: la propalación de información inexacta o agravante que ocasiona perjuicio a la persona afectada. La primera da lugar a la rectificación y la segunda a la respuesta.

Ahora bien, genéricamente se ha definido al derecho de rectificación o respuesta, como aquel que atañe a toda persona que haya sido afectada en su personalidad como consecuencia de una noticia falsa, inexacta o desnaturalizada, inserta en un medio de prensa periódico, la persona afectada tiene derecho a hacer difundir por el mismo medio, gratuitamente y en condiciones análogas, su versión de los hechos que motivaron a la noticia o comentario. En el caso a de que el medio de prensa se negara, esta

situación será resuelta —la procedencia o improcedencia— por el juez, en un procedimiento abreviadísimo.⁽⁴⁾

Al respecto, Zannoni ha señalado que se trata de un derecho que permite al aludido en una información dar su propia versión del mismo hecho, mediante la inserción de su respuesta en el medio de prensa que difundió aquélla, para que esa versión tome también estado público.⁽⁵⁾

Por su parte Cifuentes, define a la rectificación y respuesta como herramientas sumamente útiles para preservar los derechos personalísimos y devolver el bien espiritual dañado por el ataque de los medios de difusión o información, aclarando seguidamente, que no se trata de un derecho subjetivo ni uno de los personalísimos, sino de un procedimiento de tutela particular judicial o extrajudicial, cuyo objeto es la reposición del derecho violado.⁽⁶⁾

De lo expuesto se colige que la rectificación o respuesta no sólo da lugar al reconocimiento de un derecho en favor del afectado, sino que además reconoce la responsabilidad profesional del periodista o medio que difunde una información, es decir, se reconoce que se debería transmitir toda información con carácter de verdad y de manera objetiva (o, por lo menos, tendiente a la objetividad). Entonces en los casos en que voluntaria o involuntariamente se hubiere transmitido una información falsa, inexacta o agravante, pesa sobre el medio o sujeto emisor, la obligación de publicar la otra verdad.

En cuanto a la naturaleza del instituto, algunos refieren que el derecho de rectificación o respuesta supone una garantía de la integridad moral del afectado, pensada aquélla en su más amplia acepción, y que, "en esencia" su fundamento no atendería al sujeto que causa el daño moral, sino a la persona dañada.⁽⁷⁾ Hay que entenderlo, en definitiva, como una garantía de la veracidad informativa que debe presidir la actividad profesional de

(4) RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil: parte general*, 3° ed., Bs. As., Abeledo Perrot, p. 118.

(5) ZANNONI, EDUARDO A., *Responsabilidad de los medios de prensa*, Bs. As., Astrea, 1993, p. 206.

(6) CIFUENTES, SANTOS, *Derechos Personalísimos*, Bs. As., Astrea, 1995, p. 631.

(7) DE LA CUADRA TOMAS, "Responsabilidad y Rectificación", en *Revista española de derecho administrativo*, n°3, octubre-diciembre, 1974.

los periodistas, conforme con la exigencia de comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión.

Así, esta corriente doctrinaria plantea que la rectificación o respuesta aparecería como una vía complementaria a otras también utilizables y, por tanto, como una limitación al derecho de información. Sin embargo, si la finalidad es asegurar, en principio, la individualidad y el respeto a la personalidad, entonces sería más lógico pensar que estamos ante un derecho público subjetivo y, más concretamente, ante un derecho de la personalidad, que de alguna manera restablece la igualdad de posición entre los particulares y los medios de comunicación.

Dado que también la sociedad resulta beneficiaria de esta protección — en la medida en que los valores tutelados por este derecho son colectivos— ya no se puede reducir a éste solamente al estricto núcleo de los intereses del individuo. Si la finalidad última es la protección de la veracidad informativa, y ello se canaliza a través de una combinación de garantías que se superponen —penales, civiles, contencioso administrativa y derecho de rectificación o réplica—, nos estaríamos situando también en una dimensión institucional del derecho.

En síntesis, esta doble consideración implica que ambas características han de converger en toda su integridad al momento de considerar la naturaleza de este derecho. En primer lugar, es un derecho público subjetivo, por cuanto el Estado está obligado a garantizar la reclamación que en su caso le plantee el individuo. En segundo lugar, también presenta una perspectiva institucional, en la medida de que el ámbito de intereses protegidos trasciende los intereses meramente personales para alcanzar aquellos que afectan al cuerpo social en su conjunto: la información veraz y plural es un bien colectivo.⁽⁸⁾

4 | El derecho a la información

El derecho a réplica guarda íntima conexión con el derecho a la información, en cuanto a que procura que ingrese al circuito informativo de la

(8) CARRILLO MARK, "Libertad de expresión y Derecho de Rectificación en la Constitución Española, (comentario a la ley orgánica)" en Revista de Derecho político, Madrid, del 26 /03/1984.

sociedad la rectificación o respuesta de la persona afectada por el informe agravante o inexacto, por la misma vía del medio de comunicación dirigido al público, a fin de tutelar además de los derechos personales, el derecho a la información como bien social, como parte o contenido esencial de la libertad de expresión.

El surgimiento del reconocimiento del derecho universal a la información fue resultado de un devenir histórico que comenzó por reconocer los derechos de quienes eran propietarios de las estructuras informativas, luego de quienes trabajaban bajo la dependencia de éstos y, finalmente, los derechos de todos los hombres.

El académico español, Profesor José María Desantes Guanter, en su obra *La Cláusula de Conciencia*⁽⁹⁾ describe tres etapas por las que atraviesa el hombre respecto de la libertad y la información después de la caída de las monarquías, atendiendo a quienes tuvieran legítimo acceso al ejercicio de tal libertad.

La primera de ellas refiere al sujeto empresario, propia del constitucionalismo del siglo XIX, y se caracterizaba por ser aquella en la que sólo accedían al ejercicio de la libertad de prensa quienes contaban con los recursos materiales para tener sus propios medios, en esos tiempos los gráficos; de allí el concepto de "prensa".

La segunda etapa centró su atención en el sujeto profesional, y surgió a principios del siglo XX con las primeras sociedades de redactores y el reconocimiento de sus derechos. Esta es la etapa histórica de los estatutos, en la que comenzaron a señalarse ciertas facultades para aquellos que trabajan en empresas informativas, dedicando sus esfuerzos a la búsqueda y transmisión de la información.

Finalmente, la etapa relacionada al sujeto universal, en la que se reconocen los derechos a investigar, recibir y difundir informaciones y opiniones de todos los seres humanos por su sola condición de tales. El hecho de que la mirada jurídica en esta etapa centrara su atención en todo hombre, destinatario y fin último del proceso informativo, permitió a la postre dar

(9) DESANTES GUANTER, JOSÉ M., *La Cláusula de Conciencia*, Pamplona, Ed. Eunsa, 1978, p. 118.

nacimiento al derecho a la información, que se produjo con la Declaración de los Derechos Humanos en 1948.⁽¹⁰⁾

Ello se deriva de que el art. 19 de la citada Declaración hace referencia a que “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”. En el texto de la Declaración encontramos que se le otorga un sentido más amplio a los concepto de libertad de opinión y de expresión en él mencionadas, porque reconoce, además, el derecho a investigar, recibir y difundir informaciones y opiniones.

Justamente, las tres conductas vinculadas a la libertad de expresión que se infieren del artículo —la primera de ellas, pasiva, que es la de “recibir”; y las restantes, activas, como son las de “investigar” y “difundir”—, han servido como punto de partida para que las convenciones y pactos sobre derechos humanos, como por ejemplo ser la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, perfilaran la fisonomía propia del derecho a la información, como vinculado a las libertades de expresión y opinión.

A ello le siguió que se lo percibiera como un derecho que hace a la propia dignidad de la persona, en la medida en que sin un acceso a la información, ésta no es verdaderamente libre para decidir, para autodeterminarse, para finalmente reconocerlo como el derecho de las personas a ser informadas.⁽¹¹⁾

Cabe señalar que el derecho a la información, además de ser reconocido en la Declaración de Derechos Humanos de París de 1948 y por otros instrumentos internacionales en similares términos, en nuestro derecho positivo recién fue incorporado —al igual que en el caso del derecho de rectificación o respuesta— a través del Pacto de San José de Costa Rica.

(10) AGUIAR, HENOCH D., “Derecho de réplica: fundamentos y legislación comparada”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1985-D, pp. 892/893.

(11) VALLADARES LANZA, LEO, “Elementos para una conceptualización del derecho a la información”. Ver texto en <http://www.transparencia.org.es>

El mencionado Pacto, en su art. 13, expresamente prevé:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones y opiniones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura, sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para asegurar:

a) El respeto a los derechos o a la reputación de los demás.

b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos utilizados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.

4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia sin perjuicio de lo establecido en el inc. 2.

5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional”.

Basta una lectura rápida al artículo para advertir la naturaleza compleja del derecho a la información, en la medida que comprende una serie de de-

rechos y garantías tanto para quien produce y emite la información, como para quien la recibe, reconoce e incorpora.

Si bien el análisis de todas y cada una facultades y obligaciones resultantes de la norma en cuestión excede el objeto del presente artículo, enumeraremos a modo de ejemplo algunas de ellas vinculadas con el informador y a la libertad de prensa principalmente: el derecho a no ser censurado en forma explícita o encubierta; a difundir y publicar informaciones u opiniones; a la indemnidad del mensaje o a no ser interferido; al secreto profesional y a la reserva de las fuentes, entre otros.

Por el contrario, sí nos interesa destacar algunas de las garantías implicadas en el derecho a la información, que se relacionan directamente con el informado, como lo son el derecho a recibir informaciones y opiniones; derecho a seleccionar los medios y la información a recibir; derecho a ser informado verazmente; derecho a preservar la honra y la intimidad; derecho a requerir la imposición de responsabilidades legales ulteriores y, derecho a rectificación o respuesta.

Lo señalado precedentemente nos lleva a afirmar la existencia de un vínculo inescindible entre ambos derechos (a la información y a libertad de prensa). El derecho a la información conlleva una concepción más amplia y moderna que el concepto clásico de la libertad de prensa, en la medida en que esta última sola no alcanza para que los ciudadanos se informen, mientras que la definición del derecho a la información contempla de por sí la existencia del sujeto universal, que como receptor tiene derechos específicos (a recibir, a seleccionar y a responder) que no son garantizados por el derecho a la libertad de publicar.⁽¹²⁾

5 | Alcances del derecho de rectificación o respuesta

Los alcances del derecho de rectificación o respuesta se encuentran determinados en el art. 14.1 de la Convención Americana de Derechos Hu-

(12) LORETI, DAMIÁN, *El Derecho a la Información. Relación entre medios, público y Periodistas*, Bs. As., Paidós, 1995.

manos, que establece los límites del ejercicio del derecho, mediante la enumeración de dos condiciones indispensables:

- a. La afectación debe provenir de informaciones inexactas o agraviantes.
- b. Esa afectación debe causar al afectado un perjuicio.

En tal sentido, el artículo refiere que "Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley."

Si bien la norma transcrita otorga legitimación activa para hacer efectivo este derecho a "toda persona afectada", lo cierto es que el alcance de esta frase ha generado opiniones encontradas en la doctrina y jurisprudencia nacional.

Así, Sagüés⁽¹³⁾ sostiene que se trataría de un derecho que asistiría únicamente a quienes se han visto afectados en forma directa por la información falsa o inexacta, al tiempo que niega legitimación activa a las personas cuya afectación no se produzca de un modo directo. Esta interpretación es compartida en la causa "Petric Domagoj Antonio c/ Diario Página 12"⁽¹⁴⁾ por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que sostuvo que este es un derecho que sólo puede ser ejercido por quien se hubiese visto directamente afectado por las informaciones cuestionadas, tanto en el caso en que la persona hubiese sido identificada de modo concreto, como si se hubiesen brindado datos que permitan individualizarla con facilidad.

Si bien Bidart Campos comparte la postura anterior, en relación a la afectación directa para poder accionar, considera viable el ejercicio del derecho por parte de asociaciones u organismos que tengan por misión defender derechos colectivos, siempre que lo que se intente replicar no se trate de ideas, opiniones o creencias, porque en esas orbes el dere-

(13) SAGÜÉS, NÉSTOR P., "Variables del ejercicio del derecho a réplica", en *La Ley*, 1996-A, pp. 689/697.

(14) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, "Petric, Domagoj A.", 16/04/1998, Fallos: 321: 885.

cho de rectificación o respuesta no sería idóneo para asumir representaciones colectivas en materia de intereses difusos, pues la libertad de expresión no tolera que la adhesión personal a ellas —ideas, opiniones o creencias—, las legitime para invocar agravios cuando en el circuito de la comunicación se infiltran otras que molestan, ofenden, o hasta hieren a alguien, así ese alguien sea parte de un conjunto humano muy amplio y numeroso.⁽¹⁵⁾

En nuestro país, a nivel jurisprudencial, la posibilidad de habilitar el ejercicio de este derecho a quien invocara un interés colectivo fue aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Ekmekdjian c/ Sofovich”⁽¹⁶⁾ —anterior al precedente “Petric” citado—, en donde el voto de la mayoría habilitó el ejercicio del derecho a réplica a una persona que se había sentido lesionada en sus sentimientos religiosos, a raíz de ciertas expresiones vertidas en un programa televisivo que, a su juicio, resultaban agraviantes para la religión católica, señalando que a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio exclusivo, “...en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una ‘preferencia temporal’, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora”.⁽¹⁷⁾

En cuanto al objeto del derecho de rectificación o respuesta el citado art. 14.1 de la Convención establece que este derecho sólo, procederá contra informaciones agraviantes o inexactas, con lo que quedarían

(15) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El ‘adentro’ y el ‘afuera’ del derecho de réplica”, en *ED*, 25/08/1992, t.148, pp.349/358.

(16) CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

(17) En relación a la expresión “preferencia temporal” utilizada por la CSJN en el Fallo “Ekmekdjian c/ Sofovich”, Bianchi señala que ello se debió a que era necesario poner un límite objetivo, para evitar la avalancha de opiniones de todos aquellos que dicen estar ofendido gravemente, por lo que la Corte, en aras de proteger la libertad no tanto de quien se expresa —que puede ser ajeno al programa como en ese caso concreto—, sino concretamente de los órganos de emisión, aplicó la máxima *qui prior est tempore, potior est iure*. Ver BIANCHI, ALBERTO B., “Un fallo sobre derecho de réplica que pone en mora al Congreso”, en *El Derecho*, t. 148, pp. 339/347.

afuera las manifestaciones que sólo constituyan la expresión de opiniones, creencias, ideas, conjeturas, o juicios críticos o de valor, postura seguida por la Corte Suprema de la Nación en "Petric", en donde circunscribió el ejercicio del derecho a réplica al ámbito de lo fáctico, es decir, a los hechos cuya existencia pueda ser demostrada en el marco de un proceso judicial.

Según Bianchi, que el art. 14.1 refiera a "informaciones inexactas" parecería claramente excluir todo lo relativo a las ideas, creencias, opiniones, juicios críticos y valorativos, y limitar su ámbito de aplicación inequívocamente al ámbito de lo factual, de lo sujeto a comprobación empírica. Aclara, sin embargo, que no toda inexactitud informativa fáctica dará derecho a la rectificación, ya que la que se revele nimia sin aptitud dañosa no está comprendida en el precepto, porque este exige que las informaciones inexactas hayan sido emitidas "en su perjuicio".⁽¹⁸⁾ Esto último se desprende justamente del precedente "Ekmekdjian c/ Sofovich" cuando en su considerando 25 remarca que debe tratarse de una ofensa de "gravedad sustancial".

Por otro lado, para la determinar la presencia de un contenido "agravante" en una información, se deberá analizar que la difusión de la misma perjudique a la intimidad de las personas (y, por ende, sea no trascendible) o si siendo trascendible, el tenor de la información perjudica innecesariamente la reputación de un sujeto, ya sea por la utilización de vocablos peyorativos, degradantes o insultantes.⁽¹⁹⁾

Otra característica impuesta por el Pacto de San José de Costa Rica para invocar la procedencia del derecho, es que la información que se pretende rectificar o responder, ya sea por inexacta o por agravante, o ambas a la vez, haya sido dirigida al público en general a través de un medio de difusión. De ello se deriva que, en principio, la información emitida en forma reservada o prescindiendo de la utilización de un medio de comunicación masivo, no daría lugar al derecho de rectificación o respuesta, a no ser que con posterioridad a su emisión, fuera difundida en la forma prevista por el art. 14.1 del mencionado instrumento internacional.

(18) BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS, "Derecho de rectificación o respuesta. La información inexacta y perjudicial", en *Revista jurídica La Ley*, 1996D.

(19) SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *op. cit.*

Finalmente, no puede soslayarse el principio de la inmediatez en la reparación que inspira al instituto, en tanto el objeto del derecho es el de materializar de manera inmediata la difusión de la rectificación o réplica, por el mismo medio de comunicación social que difundió la información inexacta o agravante.

Ahora bien, no obstante lo señalado precedentemente, cabe referir que como el art. 14.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos no establece cuál debería ser la vía adecuada para determinar el carácter inexacto o agravante de los datos publicados, ni la forma o el plazo en el que debe publicarse la fórmula, en definitiva será cada Estado parte el encargado de fijar esas pautas a través de leyes reglamentarias.

Cabe destacar que más allá de las pautas fijadas por un Estado signatario, en ningún caso la rectificación o la respuesta podrán eximir de las otras responsabilidades legales en que se hubiere incurrido el medio o el autor de la noticia falsa o agravante, conforme expresamente lo contempla el inc. 2) del art. 14.1 del Pacto en cuestión.

6 | Improcedencia de las principales críticas esgrimidas en contra del derecho de rectificación o respuesta

Son diversas las críticas que se le han efectuado al derecho de rectificación o respuesta, principalmente provenientes de fuertes grupos económicos vinculados a medios de comunicación, que sistemáticamente se han manifestado en contra de los diversos proyectos legislativos presentados en el Congreso de la Nación,⁽²⁰⁾ tendientes a reglamentar el instituto bajo análisis tal como lo requiere del art. 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En ese sentido, es que mencionaremos los argumentos que objetan los principales detractores del instituto, y daremos razones de por qué cree-

.....

(20) En tal sentido, ver los siguientes proyectos de la Cámara de Diputados de la Nación: 1017-D-00; 4606-D-00; 6838-D-01; 0782-D-02; 3631-D-02; 4317-D-02; 3119-D-03; 5093-D-03; 1398-D-06; 1909-D-07; 1912-D-2008; 6715-D-2008; 5321-D-2012.

mos que son abiertamente improcedentes, a fin de avanzar hacia una necesaria y coherente reglamentación.

6.1 | Supuesta “inconstitucionalidad del art. 14.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos”

6.1.1

En primer lugar, mucho se ha argumentado respecto de la inconstitucionalidad de esta figura, como así también, sobre los inconvenientes que podría ocasionar en la práctica su ejecución o implementación, enfatizando que vulnera la libertad de prensa o de imprenta, derechos éstos expresamente consagrados en los arts. 14 y 32 CN que vedan toda posibilidad de censura previa y de reglamentación de su ejercicio, a través de leyes que los restrinjan arbitrariamente.

Esta es la postura seguida por Badeni, quien señala los inconvenientes de orden práctico a los que daría origen el instituto de la réplica, agregándole además, lo que entiende, serían serios reparos de carácter jurídico constitucional, entre los que menciona justamente que se trata de un derecho que colisionaría con el art. 32 CN.

Así, entiende que el derecho a réplica constituye una sanción encubierta para los presuntos abusos de la prensa, cuya punición está expresamente vedada por el mencionado art. 32, que esa norma impide que se dicten leyes específicas destinadas a restringir la libertad de imprenta, y que el derecho de réplica es un instituto específicamente destinado a restringir la libertad de expresión, porque sólo se aplica con motivo del ejercicio de esa libertad.⁽²¹⁾

Otro sector de la doctrina, sostiene que el derecho de réplica sería contrario al art. 14 CN, que prescribe entre otros, el derecho de todo habitante a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, porque la censura comprendería tanto las situaciones en donde se impide publicar una idea, como aquellas en las que se obliga a publicar algo en contra de su voluntad.

.....

(21) BADENI, GREGORIO, *Libertad de prensa*, Bs. As., Ed. Abeledo Perrot, 1997, p. 213 y ss.

En ese orden de ideas, el argumento más fuerte que exponen, es el ofrecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en un pronunciamiento hecho en el caso “Miami Herald Publishing Co, division of Knight Newspapers Inc. vs. Tornillo”,⁽²²⁾ que entre otras cuestiones entendió que el estatuto de Florida —que consagraba el derecho a réplica—, funcionaba como una orden parecida a la de una regulación que prohibía al apelante publicar cierto material y que imponía una penalidad en base al contenido de un periódico, siendo la primera fase de la penalidad la publicación obligatoria de la respuesta, que se traduciría en el costo incremental de tiempo, material de publicación, de composición y en la ocupación de espacio que podría ser dedicado a otro material que el periódico prefiriese imprimir.

Coincidimos con Albornoz en que los críticos de la réplica han hecho un análisis parcial al asignarle a la libertad de expresión una categoría superior a la de restantes derechos constitucionales, y concluir no sólo que sería un derecho absoluto, sino que también lo sería su ejercicio.⁽²³⁾ Del mismo modo, coincidimos en que con esta postura, omiten una interpretación *in totum* y armónica de nuestra Carta Magna, porque excluyen con ello la inteligencia de otros preceptos constitucionales y la interpretación que de ellos ha hecho la doctrina y jurisprudencia nacional.

En tal sentido, es pertinente recordar la doctrina sentada por nuestro más Alto Tribunal, en relación a que la interpretación de las cláusulas constitucionales debe efectuarse de una manera orgánica o sistemática. Las cláusulas de la Constitución no pueden ser interpretadas aisladamente, como desconectadas del todo que componen, sino que deben ser interpretadas dentro de la unidad sistemática a la que pertenecen, comparándolas,

.....

(22) El periódico *Miami Herald* se negó a publicar la respuesta de Pat Tornillo a los editoriales que criticaban su candidatura a diputado de la Cámara de Representantes del Estado de Florida. Éste promovió una demanda ante el Tribunal de Circuito de Florida, invocando la ley estadual que consagraba el derecho de respuesta y conforme a la cual tenía derecho a contar con un espacio igual para contestar las críticas y ataques a su actuación formuladas por el periodismo. El Tribunal rechazó la demanda y Tornillo apeló ante la Corte Suprema de Florida, que revocó la sentencia sosteniendo que la ley no violaba las garantías constitucionales y que el perjudicado contaba con todos los medios legales para efectivizar su derecho, así como las indemnizaciones de daños y perjuicios, y reenvió el caso a primera instancia. El diario recurrió ante la Corte Suprema de Estados Unidos, quien revocó la sentencia del a quo.

(23) ALBORNOZ, LILIANA, “El derecho a réplica, rectificación o respuesta y la jerarquización del hombre”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-A, pp. 964/975.

coordinándolas y armonizándolas de tal forma que haya congruencia y relación entre ellas.⁽²⁴⁾ Más aún, que la interpretación de las leyes debe hacerse evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto.

En este sentido, el derecho de rectificación o respuesta es perfectamente armonizable con los mencionados arts. 14 y 32 CN, aun cuando el primero de ellos confiera el derecho a todo ciudadano de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, y el segundo impida al Congreso Federal dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta, en la medida en que ambos derechos admiten perfectamente una reglamentación razonable sin que ello se traduzca necesariamente en una "restricción".

Sobre este tópico, resulta menester transcribir lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el precedente "Campillay Julio c/ La Razón y otros",⁽²⁵⁾ del mes de mayo de 1986, en el sentido que el aludido derecho a la libre expresión e información no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio.

Los impedimentos establecidos en los arts. 14 y 32 para la protección de esos derechos deben ser necesariamente interpretados en forma flexible, de manera tal de no institucionalizar un sistema que permita evadir responsabilidades a quienes difunden en un medio de comunicación informaciones inexactas, falsas o agraviantes, dado el significativo daño que ellas pueden ocasionar al agraviado en la imagen que tiene de él la sociedad receptora de la información falaz o incorrecta.

6.1.2

Por otro lado, también se ha objetado la validez legal de la cláusula contenida en el art. 14.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, señalándose que por imperio del art. 27 CN, los instrumentos internacionales tienen condicionada su vigencia a la conformidad que presenten con los principios de derecho público establecidos por ella,

.....

(24) Ver CSJN, Fallos 324:975.

(25) Ver CSJN, Fallos 308:789.

entre los que se halla la libertad de prensa. En consecuencia, según esta postura, el Pacto de San José de Costa Rica no sería suficiente para avalar la legalidad del derecho de réplica consagrado en su art. 14, en tanto se opone a ella.⁽²⁶⁾

A los fines de refutar la opinión precedente, resulta oportuno efectuar un rápido repaso en torno a la incorporación del Pacto a nuestro ordenamiento jurídico interno.

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 el acatamiento del país a la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales, en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica, y luego realizó el acto formal de su depósito internacional. Posteriormente, con la reforma de la Constitución del año 1994, este Tratado, al igual que otros, adquirió jerarquía constitucional.

La situación descrita torna inoportuna, cuando no infructuosa, cualquier discusión que verse sobre la validez o invalidez de este instrumento internacional. Fue hasta la etapa final de ratificación de este Tratado, cuando el Estado debió considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que pudieran suscitarse. Hasta allí nuestro país fue libre de comprometerse o no, pero habiendo aceptado el compromiso internacional, se convirtió en un hecho histórico sobre el que ya no es posible jurídicamente volver atrás y poner en tela de juicio el compromiso asumido por la Argentina.

Por lo señalado, habiendo el Estado argentino suscripto este Tratado que versa sobre Derechos Humanos, debe prevalecer el principio del *pacta sum servanda*⁽²⁷⁾ y de buena fe que rige en la materia y que impide oponer posteriormente la supuesta violación del derecho interno, así sea constitucional. Esta regla rige para todos los Tratados contenidos en el segundo párr., inc. 22 del art. 75 de nuestra Carta Magna, a los que, por su jerarquía constitucional, no se les puede oponer norma alguna de de-

(26) Ver BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Bs. As., La Ley, 2004, t. I, pp. 525/527.

(27) Ver art. 27 —y su reenvío al art. 46— de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

recho interno; una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión.⁽²⁸⁾

Viene al caso traer a colación la “doctrina de la verificación constituyente de compatibilidad”, expuesta por dos Ministros de la Corte Suprema de Justicia en el caso “Petric”. Esta doctrina, esencialmente, sostiene que en 1994 los constituyentes ya hicieron un juicio de compatibilidad entre los tratados a los que conferirían rango constitucional, y el resto de la Constitución. Merced a este juicio de comprobación, han cotejado los Tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende, que la armonía o concordancia entre Tratados y la Constitución es un juicio del constituyente.

Hay quienes podrían sostener que le resta valor a la doctrina señalada, el hecho de que la misma hubiera sido suscripta por una minoría de los miembros del Máximo Tribunal, pero lo que no pueden eludir es la coincidencia de la mayoría en el caso citado, cuando concluye que el derecho a réplica no es incompatible con la libertad de expresión. En tal sentido, el voto inicial suscripto por tres miembros señala la necesidad de amalgamar ambos derechos porque entender que ciertos derechos de la persona comprometen siempre a la libertad de expresión, y que ésta debe también prevalecer sobre aquellos, significa una unilateralización del problema que debe desecharse.

De lo señalado precedentemente se pueden extraer dos ideas claves:

1. Es necesario armonizar la libertad de expresión con otros derechos de la persona (como honra, dignidad, prestigio, etc.).
2. El derecho de réplica tiene naturaleza bifronte, en tanto por un lado tutela al perjudicado por una información inexacta o agravante, y por el otro reconoce un interés social en conocer la versión de cada uno (del medio y del perjudicado), para detectar dónde se encuentra la verdad.

Es justamente la idea de la “verdad” la que nos lleva a compartir la conclusión a la que arriba Félix Loñ en oposición al comunicado efectuado por la Asociación de Editores de Diarios de Buenos Aires (ADEBA), en el

(28) AGUSTÍN GORDILLO, “La creciente internacionalización del derecho”, en *Derechos Humanos* 5° ed., Bs. As., FDA editores, 2005.

que esta última sostenía que no se logra la garantía de la verdad con el derecho a réplica, porque éste sólo produce otra versión de los hechos que no necesariamente es la verdadera. Nosotros, al igual que él, admitimos como probable que no se alcance la veracidad absoluta, pero no puede haber duda de que, cuantas más opiniones y juicios se arrimen sobre los episodios, no sólo estaremos situados más cerca la verdad, sino además habrá mayores posibilidades de contar con una herramienta útil para lograr una más profunda democratización del acceso a la información. Éstas dos razones justifican ya de por sí, la implantación del derecho de respuesta.⁽²⁹⁾

Con lo expuesto en este punto, afirmamos que el derecho de rectificación o respuesta no es inconstitucional como sostienen sus opositores y que su ejercicio es perfectamente compatible con los derechos consagrados en los arts. 14 y 32 CN.

6.2 |

“Lesionaría el derecho de propiedad”: los exponentes de esta postura sostienen que la circunstancia de otorgarle al solicitante de la réplica “obligatoriamente” un espacio que podría destinarse a la difusión de otra noticia o ampliar la extensión de otra ya programada constituye una restricción irrazonable al ejercicio de la actividad reglada. Que, puntualmente en el caso de la prensa escrita, la réplica daría lugar a que se tenga que publicar otro diario adicional exclusivo para las réplicas, y esto incidiría en el costo de las publicaciones.

En suma, se argumenta que el derecho a réplica no lesionaría solamente la capacidad de decisión de los conductores del medio de difusión, sino también su derecho de propiedad, al poner a cargo de ellos el costo de una publicación realizada contra su voluntad.⁽³⁰⁾

Contrariamente a lo postulado, lo cierto es que la réplica surge como una reacción a un acto previo producido por la libre manifestación de la voluntad del responsable del medio de comunicación, que conllevó la afecta-

(29) LOÑ, FÉLIX, “Derecho de Réplica”, en *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1986-III, pp. 796/804.

(30) BADENI, GREGORIO, *op. cit.*

ción de una persona. Dicho en otras palabras, la réplica surge como una derivación de una noticia falsa, inexacta o agravante, que fue difundida sin ninguna censura previa, dado que hasta ese momento el titular del medio realizó su elección sin ser censurado.

Es que, como ocurre en todos los ámbitos que hacen a los actos jurídicos que realiza cotidianamente cualquier persona y que trascienden a terceros, de los mismos pueden resultar consecuencias jurídicas no deseadas; las que, llevadas al caso particular que aquí nos ocupa, serían la publicación de la rectificación o respuesta como consecuencia de la difusión de una información inexacta, falsa o agravante.

Entiéndase bien, sin ánimo de ser reiterativos, el derecho de rectificar o de responder sólo procede respecto de informes que, por ser falsos, inexactos o agravantes, afecten en forma directa e individualizada a una persona, ya sea en su honor, dignidad o intimidad, por lo que, si los medios de difusión actúan con responsabilidad al momento de informar, no deben preocuparse por la existencia de una ley que institucionalice el derecho de rectificación o respuesta.

Además, quienes abonan esta postura parecen olvidarse de la posición de desigualdad de armas en la que se encuentra cualquier persona que haya sido agraviada por una noticia difundida masivamente por un medio de comunicación. Una desigualdad que, incluso, fue evidenciada por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación en los considerandos del fallo "Ekmekdjian c/ Sofovich" cuando, respecto del interrogante referido a "¿qué derecho tiene el común de los hombres cuando es ofendido y difamado, por el ejercicio abusivo, inexacto o agravante de la información periodística, radial o televisiva?, trae a consideración una reflexión efectuada por Rivero,⁽³¹⁾ que sostenía:

"Ya no están a su alcance los medios con que contaba en los siglos XVIII y XIX. Las salas de directores de las empresas periodísticas de radio o televisión están fuera de su acceso; y en ellas se reúnen los que tienen en su mano irrumpir en su destino individual, difamarlo o ridiculizarlo o exponer su intimidad a la

(31) RIVERO J., "Le Statu des techniques le formation de l'opinion, l'opinion publique", Presses Universitaires de France, 1957, p. 113 y ss.

mirada de todo el mundo. Son seres distantes, que manejan un poder inconmensurable en una civilización audiovisual que tiene como accesorio la letra impresa”.

Se manifiesta así un injusto reparto de los poderes sociales —concluyó en esa causa la Corte—, que exige ser corregido a través de mecanismos razonables y apropiados.

6.3 |

“Violaría la garantía del debido proceso”: Hay quienes señalan que con este instituto se estaría violando la garantía consagrada por el art. 18 CN, que confiere únicamente a los jueces la potestad de atribuir responsabilidad por actos culposos o dolosos. Ello es así dado que, en la práctica de la mayoría de los países que han reglamentado el derecho de réplica, la intervención judicial es posterior a una instancia privada que permite que el perjudicado reclame el ejercicio de este derecho directamente al medio de comunicación. Esta postura nos lleva a efectuar varias consideraciones.

En primer lugar, el sentido y justificación del derecho de respuesta —réplica o rectificación— encuentra sustento en que precede a la intervención judicial, tratando en esa instancia previa de resolver el conflicto con inmediatez y celeridad. Y esta celeridad, por cierto, no la proveería ni siquiera el hecho de aplicarse un trámite judicial sumarísimo que requiere necesariamente el agotamiento de un procedimiento (demanda, traslado, contestación, ofrecimiento y producción de pruebas, sentencia).

Frente a tal situación, resulta ineludible reconocer que el requisito de celeridad se cumple en forma acabada con el simple hecho de acordarle al agraviado la posibilidad de presentar una solicitud directamente ante el medio de comunicación, quien está en todo su derecho de negar la petición, situación que habilitará la posibilidad de recurrir a la justicia.

En cuanto al elemento “inmediatez” inherente al instituto, si no le otorgáramos al perjudicado la posibilidad de ejercer previamente su reclamo en forma directa e inmediata, éste no tendría más alternativa que llevar su reclamo a la justicia y someterse a un trámite, que no le garantiza, por más breve que sea, que una sentencia en su favor no resulte extemporánea.

¿Por qué?, sencillamente porque para entonces, el vasto alcance de la actividad de los medios de comunicación ya habrá permitido que la información falsa, inexacta o agravante llegue a conocimiento de millones de personas que, difícilmente, vincularán su contenido con el de una rectificación o respuesta acordada judicialmente y difundida mucho tiempo después. Justamente, para paliar esta situación, la rectificación o respuesta debe proceder sin demora, a fin de que también los destinatarios de la actividad de los medios puedan valorar ambas informaciones y arribar a su propia conclusión en relación a la información objeto de la réplica.

Hasta aquí hemos efectuado simplemente una defensa en relación a la importancia de acordarle un procedimiento extrajudicial al perjudicado para que ejercite su derecho, ya sea de rectificación o de respuesta. En cuanto a la supuesta violación de la garantía del debido proceso, no advertimos ningún conflicto entre esta última y el ejercicio de la réplica, toda vez que la negativa de los medios de comunicación de acordar el derecho, obligará a que la cuestión se resuelva necesariamente en sede judicial, y en definitiva será el juez quien se pronuncie en favor o en contra de la procedencia de la réplica.

6.4 | “La existencia de un procedimiento penal y otro civil haría innecesaria la tutela especial este derecho”

Basta con oponer a esta afirmación el ejemplo brindado oportunamente por Bidart Campos⁽³²⁾ para despojarla de racionalidad, cuando señala que la conducta de un motorista que cruza un semáforo en rojo y atropella a una persona puede dar lugar a tres situaciones desde el punto de vista legal:

- a. Una sanción por la infracción de tránsito.
- b. Un proceso penal por lesiones culposas o dolosas.
- c. Un proceso civil por indemnización de daños. Explica que, en este contexto, cualquiera sea la vía que se elija, ella no inválida la procedencia de las demás, ya que aún disponiendo de la opción b) o c), resulta innegable la necesidad de que existan normas de tránsito y semáforos.

(32) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *op.cit.*

Con el derecho a réplica pasaría lo mismo, en tanto un informe falso, inexacto o agravante no en todos los casos tendría entidad suficiente para configurar un delito, y aun cuando lo fuere, el derecho penal servirá únicamente a los fines de sancionar el delito, mientras la réplica buscaría equilibrar la libertad individual con las libertades de expresión e información. Tampoco la posibilidad de acudir a la vía civil para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera ocasionado una información falsa, inexacta o agravante suple la posibilidad de acordar un derecho a réplica.

Entonces, este derecho no persigue una indemnización pecuniaria ni busca sancionar penalmente, sino lograr a través de una rectificación o respuesta que la sociedad que recibió en su circuito informativo el informe agravante o inexacto reciba en compensación la otra versión que tiene derecho a brindar el afectado, de manera inmediata y en iguales condiciones a las del medio que lo difundió.

7 | Consideraciones a tener en cuenta para una adecuada reglamentación del derecho de rectificación o respuesta

En este punto, intentaremos esbozar algunos lineamientos, que a nuestro entender, deberían inspirar a una norma nacional que reglamente el derecho de réplica, para lo cual resulta indispensable servirnos del umbral mínimo que surge de la Convención Americana de Derechos Humanos.

7.1 | Procedencia del ejercicio del derecho de rectificación o respuesta

Así, el derecho al que denominamos derecho de rectificación o respuesta, creemos que debería ser acordado a toda persona física o jurídica que haya sido nombrada, señalada o notoriamente aludida en una información o noticia difundida en un medio de comunicación escrito, audiovisual, radiofónico, digital u otro, dirigida al público en general, para que pueda ejercer su derecho de rectificación o respuesta cuando considere que la misma la perjudica por ser inexacta, falsa o agravante hacia su persona.

En primer lugar, convergemos en la postura de que el ejercicio de este derecho debe ser otorgado tanto a las personas físicas como a las jurídicas; ello es así por cuanto el art. 14.1 del Pacto no debe ser interpretado de modo restrictivo en lo que hace al otorgamiento de derechos, extrayendo de ello la conclusión de que únicamente puedan ser titulares del derecho en cuestión las personas físicas.

Recordemos que uno de los fundamentos que da sustento a la existencia de este derecho es la protección del derecho personalísimo al honor, y si bien asiste razón a quienes expresan que el honor es un derecho personalísimo del cual sólo pueden ser titulares los seres humanos, no menos cierto es que cuando nos referimos a las personas de existencia ideal, el derecho equivalente es la reputación, prestigio o buen nombre del que puedan gozar las personas jurídicas en tanto la mayoría de las veces representa un elemento de suma importancia en el éxito de una empresa. En este convencimiento, creemos que estos elementos intrínsecos a la personalidad ideal merecen la misma protección que se le asigna al honor de las personas físicas.

Asimismo, no encontramos razones atendibles para denegar el derecho de rectificación o respuesta a los funcionarios públicos, como lo ha hecho la Constitución de la Provincia de Salta,⁽³³⁾ ya que su condición, aun en ejercicio de su funciones, no los exime de verse afectados por informaciones o noticias inexactas, falsas o agraviantes, por lo que ellos también podrían pretender hacer saber simplemente su versión de los hechos o rectificar aquellos datos incorrectos que fueron difundidos.

Por otra parte, entendemos que el honor, reputación o el prestigio de las personas no sólo puede verse vulnerado cuando éstas son nombradas con nombre y apellido (o su denominación social), sino que puede realizarse a través de expresiones lingüísticas que, sin lugar a dudas, refieran a un sujeto perfectamente individualizable, motivo por el cual la previsión legal

.....

(33) La cual dispone, en su art. 23 que, "Todo habitante que, por causa de una información inexacta o agravante, sufra perjuicio, tiene el derecho a efectuar gratuitamente por el mismo medio de comunicación su rectificación o respuesta. En caso de negativa el afectado puede recurrir a la instancia judicial, la que debe expedirse en trámite sumarísimo. 'Se excluye de este derecho a los funcionarios por informaciones referidas a su desempeño o función'. Los delitos cometidos en uso de la libertad de expresión son juzgados en procedimiento ordinario y sancionados con arreglo al Código Penal".

que se dicte en la materia debería indicar como alternativas, no sólo que fuera nombrada; debe incluir las opciones de que la persona haya sido señalada o notoriamente aludida.

Las informaciones o noticias⁽³⁴⁾ no sólo deben ser erróneas, sino que la nota distintiva es que deben estar dirigidas al público en general, de modo tal que aquéllas que no tengan la capacidad potencial de ser conocidas por toda la comunidad, como podría ser una noticia difundida a través de un correo electrónico interno de un medio de comunicación, no podrían quedar abarcadas por el derecho en cuestión.

Nos parece conveniente que, además de los adjetivos "inexactas" y "agraviantes" incluidos en el texto del Pacto de San José de Costa Rica para calificar a las informaciones pasibles de rectificación o respuesta, se incluya también el término "falsas", habida cuenta que éstas tienen un poder lesivo para el honor o el prestigio, cuanto menos igual que las que allí expresamente se enuncian.

Solamente excluiríamos de este derecho:

1. Las informaciones o noticias que resulten transcripción o reproducción textual de discursos pronunciados en el Congreso de la Nación, resoluciones administrativas o judiciales o documentos oficiales publicados por autoridad pública, en tanto la publicación o difusión de los mismos no incurra en omisiones, seccionamientos u otros procederes que los desvirtúen.
2. La mera expresión de ideas, creencias u opiniones, siempre que no contengan datos falsos o erróneos que perjudiquen a una persona física o jurídica.

En lo que atañe a las excepciones que, en principio, no admitirían el ejercicio del derecho, se ajustarían a la exigencia del Pacto de San José de Costa Rica por cuanto de que el derecho de rectificación o respuesta se ejerce frente a una información inexacta o agravante. Es decir que se encuentra circunscripto al mundo de lo comprobable a lo relativo a los hechos cuya existencia, inexistencia, exactitud o inexactitud pueden ser objeto de prueba judicial. No abarca opiniones, interpretaciones, conjeturas, ideas o discusiones referidas a temas de distinta naturaleza (científicas, políticas, culturales, etcétera).

.....

(34) Entre las que existe una relación de género o especie, por cuanto, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, "información" es la acción de enterar o dar noticia de algo, y "noticia" es el contenido de una comunicación (información) antes desconocida.

Sin embargo, al igual que un plantel docente de la Facultad de Periodismo y Comunicación Social de la Universidad Nacional de La Plata,⁽³⁵⁾ entendemos que el derecho de rectificación o respuesta no debería ser limitado únicamente a los géneros clásicos dentro de lo que se conoce como periodismo informativo, esto es, a la noticia y el reportaje, sino que también debería abarcar al periodismo de opinión (artículos, editoriales, columnas críticas) y al de explicación o interpretación (crónica y reportaje) cuando ellos estén entrelazados con el mundo de lo comprobable. Lo que importa es la base fáctica de la información con independencia del género al que pertenezca; es la inexactitud de la base fáctica contenida en la información u opinión la que autoriza al afectado a rectificar o responder.

7.2 | “Modo de ejercicio del derecho”

Como indicamos en el apartado anterior, en lo que respecta al sujeto activo, acordaríamos su ejercicio tanto a personas “físicas” como “jurídicas” que hubieran sido nombradas, señaladas o notoriamente aludidas en una información o noticia. Este requisito de individualización⁽³⁶⁾ resulta indispensable, a nuestro entender, para evitar que se abra la posibilidad de infinitos cuestionamientos a expresiones ideológicas o conceptuales de que pudieran sentirse perjudicadas por cualquier información o noticia difundida en un medio de comunicación.

Debería prescribirse que el derecho no sólo podrá ser ejercido en forma directa por la persona física o jurídica perjudicada o por medio de sus representantes legales o apoderados, sino además que, en caso de fallecimiento de la persona física afectada, el derecho pueda ser ejercido por su cónyuge, conviviente o por sus parientes por consanguinidad o por afinidad hasta el segundo grado.

En cuanto a la coexistencia de este instituto con otras acciones legales, debería señalarse expresamente que en ningún caso el ejercicio del derecho de rectificación o respuesta eximirá de las otras responsabilidades le-

(35) Ver sitio web: <http://derechodelacomunicacion.blogspot.com.ar/2008/04/derecho-de-rectificacin-o-respuesta.html>

(36) Que la información se refiera al afectado directamente o bien lo aluda o mencione de tal forma que aporte datos que hagan posible su individualización.

gales en que se haya incurrido al difundir la información o noticia inexacta, falsa o agravante en el medio de comunicación de que se trate.

Lo señalado, a más de ser una exigencia puntual del Pacto de San José de Costa Rica en la materia, resulta coherente con nuestra postura — señalada en el punto 6.4 del presente artículo—, que es asignarle un alcance distinto a la rectificación o respuesta de las acciones penales o civiles por daños a que pudiera dar lugar la noticia o información falsa, inexacta o agravante que, en forma independiente, pueden ser ejercidas por el damnificado.

Por otra parte, si la información o noticia inexacta, falsa o agravante hubiera sido emitida por más de un medio, entendemos que el afectado debería poder ejercer ese derecho respecto de todos, algunos o cualquiera de ellos, a su elección.

Ahora bien, en cuanto al procedimiento sostenemos que para garantizar la universalización del derecho rectificación o respuesta, éste debería poder ejercerse sin necesidad de patrocinio letrado, mediante la simple presentación de un escrito dirigido al medio de comunicación o a su responsable, dentro de los treinta (30) días siguientes al de la publicación o difusión de la información,⁽³⁷⁾ plazo que entendemos razonable.

Para establecer el momento a partir del cual debería comenzar a correr el plazo para que la persona aludida en la noticia pudiera ejercer su derecho se plantearon diferentes alternativas, a saber:

1. A partir de la efectiva toma de conocimiento de la noticia.
2. A partir del momento en que la persona hubiera podido conocerla.⁽³⁸⁾
3. A partir de la difusión de la noticia.

Nos inclinamos por esta última opción, en el entendimiento de que resulta ser la más idónea en miras a otorgar celeridad al ejercicio del derecho, habida cuenta de que, en esta etapa prejudicial, se evitaría poner en juego una circunstancia que resulta ser objeto de prueba, mientras que situar el

(37) También consideramos que el escrito podría ser enviado a través de una forma fehaciente de notificación.

(38) Ésta es la alternativa seguida en el proyecto de ley n° 5321-D-2012.

comienzo del plazo en la fecha de efectiva difusión se otorga una fecha cierta a la cuestión.

En lo concerniente al contenido de la presentación, mínimamente deberá cumplir con las siguientes pautas:

- a. La indicación de los hechos que se desea rectificar o responder, señalando la noticia, información, opinión o idea inexacta, falsa o agraviente.
- b. El texto o contenido sucinto de los hechos con que se pretende rectificar o responder informaciones o noticias, o de los argumentos con que se procura rebatir opiniones o ideas, en el caso excepcional y específico en que entendemos que debería proceder,⁽³⁹⁾ debiendo explicitar las circunstancias objetivas que desvirtúan la inexactitud o el agravio, los antecedentes que tengan relación directa y razonable con la rectificación o respuesta y la indicación de los elementos que demuestren la verdad o sostengan sus afirmaciones.

También deberá advertirse que la presentación sólo podrá referirse a los hechos publicados o difundidos que se desean rectificar o responder y no contener agravios, vocabulario inapropiado ni involucrar a terceras persona sin causa justificada, dejando abierta la posibilidad de que el director o responsable del medio pueda suspender la publicación de la rectificación o respuesta, hasta que ésta sea acorde con esta exigencia.

Cuando la rectificación o respuesta fuera admitida por el medio de comunicación, su publicación o íntegra difusión deberá ser gratuita, dentro un plazo breve de efectuado el pedido, por ejemplo, dentro de los siete (7) días corridos, o en la primera edición siguiente a la notificación en los casos de revistas, publicaciones, programas o emisiones no diarios.

Para la publicación o difusión deberían establecerse mínimamente algunas pautas como ser:

- a. La publicación o difusión de la rectificación o respuesta debe guardar relación en cuanto a su contenido, extensión y relevancia con aquella en que se publicó o difundió la información que se rectifica o responde, sin agregar comentarios o apostillas.
- b. En caso de tratarse de medios audiovisuales o radiofónicos, debe difundirse, en lo posible, en el mismo programa, día de la semana y horario.

.....

(39) Ver apart. 6.1

- c. La publicación o difusión debe llevar por título o presentación la leyenda “derecho de rectificación o respuesta”, debiendo mencionarse además el número de esta ley y hacerse referencia a la publicación, programa o emisión que motivó el ejercicio de aquel derecho.

En este punto, creemos de suma importancia introducir una cláusula que prevea que la publicación o difusión que se hubiera efectuado no presume la admisión tácita de la inexactitud o falsedad de la información o noticia a la que se refiera la rectificación o respuesta, o de culpa por haberla publicado o emitido.

7.3 | “Acción Judicial”

Para el caso de que el medio requerido no hubiera publicado o difundido la respuesta o rectificación presentada dentro del plazo que se establezca, o se hubiera publicado o difundido sin respetar su forma o contenido, las personas legitimadas deberían quedar habilitadas para recurrir a la justicia para hacer efectivo su derecho, en un plazo preestablecido por la norma que debería ser dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha en que debió ser publicada o difundida la rectificación.

Creemos que el reclamo debería poder deducirse ante el juez federal competente de su domicilio o el del medio de comunicación requerido, a su elección, y que el procedimiento que mejor se adecuaría al requisito de celeridad que informa a este derecho es el del amparo previsto en la ley 16.986.

De este modo, también se lograría unificar el procedimiento a seguir en todo el territorio del país, lo que a su vez otorgaría coherencia a la posibilidad de elección del perjudicado ya que si el medio de comunicación se encontrara en una jurisdicción distinta de la de su domicilio, el procedimiento judicial sería el mismo.

Ahora bien, establecido que el procedimiento del amparo es el que —a nuestro criterio— mejor se adecua al derecho en cuestión, nos encontramos en una mejor posición para justificar el plazo de quince días hábiles establecidos para la interposición de la acción judicial. En efecto, prescribe el art. 2, inc. e) de la ley 16.986 que la acción de amparo no será admisible cuando “no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse”.

De este modo, quedan abarcadas las tres alternativas que darían lugar a la acción judicial: la publicación fue difundida sin respetar su forma o contenido (fue ejecutado); el medio de comunicación rechazó expresamente la publicación; o bien, mantuvo silencio sin publicar la respuesta o rectificación (debió producirse).

Finalmente, sostenemos que al momento de dictar la sentencia que acoja la pretensión del agraviado, el juez debería fijar un monto a imponer en concepto de condenación conminatoria de carácter pecuniario, para el caso de incumplimiento de la obligación impuesta al medio de comunicación. Esta condena debería imponerse en favor del titular del derecho y graduarse en proporción a la gravedad del incumplimiento y el caudal económico del medio, y podría ser dejada sin efecto o reajustada si éste desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder.

8 | Palabras finales

En resumen, las propuestas que efectuamos para la adecuada reglamentación del derecho de rectificación o respuesta prevén dos etapas necesarias para su ejercicio. Una primera etapa extrajudicial en la que el derecho de respuesta o rectificación puede ser ejercido sin necesidad de patrocinio letrado, mediante la presentación de un escrito con cargo dirigido al medio de comunicación o a su responsable, o de un envío cursado al mismo a través de una forma fehaciente de notificación, dentro de los treinta días corridos siguientes al de la publicación o difusión de la información.

La segunda etapa es la judicial y sólo queda habilitada ante la negativa del medio a publicar o difundir la respuesta o rectificación presentada, o para el caso en que lo publicado o difundido no hubiese respetado su forma y contenido, aplicándosele en un todo al proceso las normas que rigen para el trámite del amparo previsto en la ley 16.986, con el único agregado de que el juez interviniente tiene la obligación de fijar en la sentencia el monto a imponer en concepto de condenación conminatoria de carácter pecuniario, para el caso de incumplimiento de la obligación impuesta al medio de comunicación.

Ello responde a la exigencia de la inmediata reparación de la persona afectada por una información agravante, falsa o inexacta, posibilitando-

le con ello al afectado obtener una rápida reparación mediante una presentación ante el medio de comunicación que con la publicación de una información u opinión habilitó el ejercicio de su derecho en una instancia, sin necesidad de ocurrir ante la vía judicial, y sólo hacer uso de ésta en los casos señalados en el párrafo precedente. Ya hemos fundamentado ampliamente la necesidad de esta doble vía cuando mencionamos que el remedio judicial, muchas veces opera tardíamente.

Pero, a lo manifestado, debemos adicionarle algo. En lo que atañe a la administración de justicia, creemos que al posibilitar que las partes arriben a una solución extrajudicial coadyuvaría además a descomprimir a los estrados judiciales, reservando su intervención solamente a la negativa del medio a publicar o difundir la respuesta o rectificación presentada, o para el caso en que lo publicado o difundido no hubiese respetado su forma y contenido.

Si bien en la actualidad el derecho de rectificación o respuesta ya ha sido recogido por las constituciones provinciales de Santa Cruz, Neuquén, La Pampa, Santa Fe, Salta, San Juan, Santiago del Estero, San Luis, Catamarca, Río Negro, Tierra del Fuego, Formosa, Chubut, Tucumán y Entre Ríos, los criterios utilizados para reglamentarlo son disímiles. A modo ejemplo, algunas de estas constituciones provinciales, como ya hemos señalado, excluyen de este derecho a los funcionarios por informaciones referidas a su desempeño o función.

Creemos conveniente sancionar una norma que reglamente a nivel nacional el derecho de rectificación o respuesta que permita su ejercicio en forma uniforme en todo el territorio de la República, y cuyas cláusulas puedan también ser invocadas por aquellos ciudadanos que pretendan ejercerlo, en los supuestos en que la provincia en la que se encuentre domiciliado tuviera establecida una reglamentación más restringida para el ejercicio de este derecho.

Esta norma reglamentaria, además, resulta imprescindible toda vez que, estando fuera de discusión la operatividad del Pacto de San José de Costa Rica (confrontar Fallos Ekmekdjian y Petric, entre otros), ella permitiría la aplicación coherente y armónica del instituto, dado que en la actualidad, en aquellas jurisdicciones en las que no existe normativa procesal al respecto, el derecho de rectificación o respuesta viene siendo aplicado al

arbitrio de los jueces, que necesariamente actúan como una suerte de colegisladores, para llenar ese vacío legal.

Coincidimos con Badeni en que la reglamentación legislativa del derecho de rectificación o respuesta solamente puede emanar de una ley nacional o de un tratado internacional y no de una norma jurídica provincial.⁽⁴⁰⁾

En ese sentido, en el punto anterior intentamos contribuir al diseño de un futuro instrumento normativo, delineando una posible reglamentación que satisfaga el compromiso internacional asumido por la Argentina al suscribir el Pacto de San José de Costa Rica, específicamente relativo al derecho de rectificación o respuesta tratando de no desoír los señalamientos que le han hecho a este instituto tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional.

Por último, sólo resta decir que todos los argumentos señalados en el presente trabajo resultan elocuentes en cuanto a la necesidad de seguir avanzando en materia de democratización del debate público, de la información y de la palabra. Elaborar un Proyecto de ley que regule el derecho de rectificación o respuesta implicaría que además de proteger el honor y el derecho a la información, se estaría ampliando la promoción y protección de las libertades fundamentales del derecho a la comunicación, que traen consigo la libertades y garantías constitucionales de expresión, de imprenta, de prensa, de pensamiento y opinión, y a su vez, significaría una nueva modalidad de participación de la ciudadanía en su conjunto.

El derecho de rectificación o respuesta debe ser considerado como una cuestión que acarrea una ampliación de los derechos civiles en el plano comunicacional.

.....
(40) BADENI, GREGORIO, *op. cit.*, p. 216.

Estado, administración pública y políticas públicas en los discursos presidenciales en la Argentina (1983-2011)

por **JORGE O. BERCHOLC**⁽¹⁾ y **DIEGO J. BERCHOLC**⁽²⁾

I | Introducción

En el presente artículo comentamos el contenido de los discursos presidenciales de apertura de la asamblea legislativa en la Argentina referido al *Estado, a la administración pública y a políticas públicas*. Este agrupamiento de categorías conceptuales conforma lo que hemos denominado campo semántico, que está compuesto por palabras aglutinadas (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado y/o su área temática común.

Las tesis y conclusiones descriptivas, que se presentan aquí, surgen de una investigación mayor llevada a cabo para el período 1983-2011, que abarcó

.....
(1) Doctor en Derecho Político, Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA). Profesor de Teoría del Estado, Postgrado y Doctorado, Facultad de Derecho (UBA). Profesor Titular de Sociología Jurídica y de Metodología de la Investigación Jurídica, Universidad Abierta Interamericana.

(2) Sociólogo, Universidad de Buenos Aires. Colaborador de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (UBA).

todos los períodos presidenciales desde la restauración democrática en el país, hasta el último discurso del primer mandato, emitido por la presidenta Cristina Fernández de Kirchner el 1 de marzo de 2011.⁽³⁾

Se ha efectuado un trabajo empírico-cuantitativo-descriptivo-exploratorio, con análisis cualitativo agregado, que contiene 243 gráficos y 135 cuadros estadísticos con variada información.

Las conclusiones y evidencias obtenidas han sido suficientemente corroboradas a través de los pasos metodológicos que son largamente explicados en el trabajo completo cuya publicación es de reciente aparición (Bercholc, 2012). Se trata de sesgos y/o tendencias sustentables y consistentes, propias del objeto de estudio investigado.

Los discursos estudiados están prescriptos por la Constitución Nacional en su artículo 99 inciso 8, y por ello son las verbalizaciones más importantes, en términos jurídicos e institucionales, de la presidencia. Se trata del discurso que da cuenta del estado de la Nación ante la asamblea legislativa y que inaugura el período anual de sesiones parlamentarias.

2 | Breve guía de pautas metodológicas

A fin de facilitar la comprensión del trabajo al lector, se agrega aquí un breve índice de pautas metodológicas aplicadas para la recolección de datos, la construcción de la base y el análisis agregado.

1.- **Unidades de análisis:** Son las unidades que fueron contabilizadas a fin de construir la base de datos, fuente con la cual se produjeron los cuadros estadísticos sobre los que se efectuó el análisis agregado y la extracción de hipótesis y conclusiones suficientemente corroboradas. Se utilizaron dos unidades de análisis: i) palabras o conceptos; ii) campos semánticos que aglutinan palabras (significantes simples y compuestos) que se relacionan por su significado.

(3) Proyecto de investigación UBACyT acreditado en el marco de la Programación Científica de la Universidad de Buenos Aires 2004-2007, Código D013, con sede de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho; Resolución (CS) n° 2706/04. A partir del año 2007, el proyecto fue financiado por la Secretaría de Investigación y Desarrollo de la Universidad Abierta Interamericana.

Aquí analizamos el campo semántico *Estado/ administración pública/ políticas públicas* y todas las palabras que se han contabilizado dentro del mismo.

2.- Variables cuantitativas independientes de frecuencia: Se trata de dos variables que miden a las unidades de análisis en términos nominales o relativos, y a las que se identifica durante el trabajo por las siglas establecidas a continuación: i) cantidad de repeticiones nominales de palabras —CR—; ii) coeficiente de repetición —CoR— que mide las frecuencias relativas de aparición de las palabras considerando la longitud de cada discurso.

3.- Tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas: Finalmente se cruzaron las unidades de análisis y las dos variables independientes de frecuencia, con tres niveles de variables de intervalo comparativas diacrónicas efectuándose análisis desagregados por; i) el período total 1983-2011; ii) períodos segmentados por cada presidencia y iii) períodos segmentados por cada discurso presidencial anual dentro de cada presidencia. En los niveles 1) y 3) la variable de intervalo está dada por cada discurso anual.

Los comentarios, análisis y conclusiones se han efectuado considerando los guarismos obtenidos en el proceso de recolección y compaginación de los datos. A partir de ello hemos detectado los conceptos y categorías del campo que por su continuidad de apariciones en los discursos merecen ser destacados por su relevancia para el análisis.

3 | El campo semántico Estado/ administración pública/ políticas públicas en los discursos presidenciales (1983-2011)

Alfonsín y Kirchner son los presidentes que más han hablado del Estado y mencionado palabras del campo semántico afín. Enunciaron entre 100 y 150 veces palabras del campo en algunos de sus discursos. Alfonsín en 1984 y 1988, Kirchner en 2005, 2006 y 2007 (gráfico n° 1).

Medido por el coeficiente (CoR) que relaciona extensión de los discursos con repeticiones nominales, se observa una frecuencia regular e intensa de menciones del campo desde la mitad de la primera presidencia de Menem. Presentan baja frecuencia los discursos de Cristina Fernández de Kirchner. Debe tenerse en cuenta que es el tercer campo semántico, detrás del campo económico y del campo político, con más menciones en todo el período.

Sin embargo, los discursos presentan matices muy diferenciados. Algunos fustigan al Estado, otros lo ensalzan. Por ejemplo, el pico de frecuencia del discurso de De la Rúa en el año 2000 (gráfico n° 2) refiere al Estado como ineficaz, corrupto e inútil, en la situación en que se encuentra, y propone su reforma y rescate. Resulta paradójico pues son los mismos argumentos utilizados por Alfonsín y por Menem para justificar la reforma del Estado que, en especial durante la primera presidencia de Menem, se llevó a cabo. La reforma del Estado fue uno de los pilares de los discursos de Alfonsín y Menem. En sentido contrario, la recuperación del rol del Estado fue sostenida por Kirchner.

Es interesante observar que las palabras de mayor ranking luego de Estado refieren al modo de gestionar las funciones del mismo (cuadro n° 1).⁽⁴⁾ Se ha utilizado con consistencia la palabra política en su acepción de política pública específica o sectorial —ello implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda—, de plan y de programa —con matices, según de qué presidencia se trate, pero con importante frecuencia de una u otra palabra— y de gestión. Esas palabras remiten a una idea profesionalizada y técnica —tecnocrática— de gestión estatal.

Todas las presidencias, aunque con matices, presentan altos coeficientes de menciones del campo (gráfico n° 5). De la Rúa muestra el más alto coeficiente y Cristina Fernández de Kirchner el más bajo.

Alfonsín y Kirchner presentan, notoriamente, las cantidades de repeticiones nominales más altas: 28% y 29% respectivamente (gráfico n° 4).

Alfonsín habló de *Estado* y de *políticas específicas*, curiosamente, mencionó *empresas del Estado* y *reforma del Estado* aún con mayor frecuencia que Menem (cuadro n° 2).

(4) En el archivo anexo. Todos los cuadros y gráficos que se citen en lo sucesivo se encuentran en el mismo archivo.

Menem, en su segundo mandato, presenta el coeficiente —CoR— más alto de menciones de la palabra *Estado* (cuadro n° 2).

Kirchner es quien con mayor consistencia, considerando CR y COR, utilizó *política específica, plan, programa y gestión*, palabras que remiten a la ya mencionada idea profesionalizada y técnica de gestión estatal (cuadros n° 2 y 3).

4 | Alfonsín y el Estado

Respecto al campo *Estado/ administración pública/ políticas públicas*, Alfonsín enunció principalmente las palabras *Estado y políticas específicas o públicas*, y como ya se dijo, mencionó *empresas del Estado y reforma del Estado* aún más que Menem.

Las palabras *plan, programa y gestión*, que remiten a la ya mencionada idea profesionalizada y técnica de gestión estatal, presentan coeficientes por debajo del promedio del período. Sin embargo, en dos de los discursos del periodo se mencionaron acciones directamente enfocadas a la profesionalización y capacitación de la planta burocrática permanente del Estado.

El primer párrafo que se reproduce, pertenece al discurso de asunción del gobierno de 1983:

- (...) una profunda transformación que incluya la redefinición del papel del Estado, el establecimiento definitivo de una carrera administrativa y la puesta en marcha de un serio y prolongado proceso de reforma del aparato estatal.

El segundo pertenece al discurso de apertura de la Asamblea de 1985:

- La reforma del Estado es la reforma del instrumento principal de gobierno. Ya tiene principio. El curso para administradores gubernamentales ha comenzado con dos primeras pruebas de selección realizadas con una extraordinaria concurrencia de postulantes. Todo el país siente la necesidad de un cambio en el Estado, pues los ciudadanos acuden al llamado con interés ejemplar (...).

Se dijo ya que Alfonsín habló especialmente de *Estado y de políticas específicas/públicas* (cuadro n° 4 y gráfico n° 6) y que, curiosamente, mencionó *empresas del Estado y reforma del Estado* aún más que Menem. Se observa un fuerte sesgo en sus enunciaciones sobre el Estado, en especial

desde las ideas que vertió en su discurso de asunción de 1983 y las que enunció en 1988.

En 1983 definió que el Estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico.

En 1988 sólo se refirió al Estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

i. **Discurso de 1983. El Estado independiente y ético⁽⁵⁾**

- *Vamos a luchar por un Estado independiente. Hemos dicho que esto significa que el Estado no puede subordinarse a poderes extranjeros, no puede subordinarse a los grupos financieros internacionales, pero que tampoco puede subordinarse a los privilegiados locales. La propiedad privada cumple un papel importante en el desarrollo de los pueblos, pero el Estado no puede ser propiedad privada de los sectores económicamente poderosos. Las oligarquías tienden siempre a pensar que los dueños de las empresas o del dinero tienen que ser los dueños del Estado... Otros, a su vez, piensan que el Estado debe ser el dueño de todas las empresas. Nosotros creemos que el Estado debe ser independiente: ni propiedad de los ricos, ni propietario único de los mecanismos de producción.*
- *La independencia del Estado presupone dos condiciones fundamentales. Por un lado, el protagonismo popular. Por otra parte, requiere la moralidad administrativa, la conducta de los gobernantes. Seremos más que una ideología, una ética.*
- *En la administración de los medios transitoria o definitivamente en manos del Estado, así como en la administración de la agencia oficial de noticias, existirá juego limpio: los instrumentos del Estado no son propiedad privada de los gobernantes ni de un partido, sino de todos los argentinos.*
- *(...) una profunda transformación que incluya la redefinición del papel del Estado, el establecimiento definitivo de una carrera administrativa y la puesta en marcha de un serio y prolongado proceso de reforma del aparato estatal.*
- *(...) el papel del Estado, que ha sido profundamente cuestionado y subvertido en estos últimos años. Tras el disfraz de un neoliberalismo eficientista, se forzó a la administración pública a ser cómplice de una intensa política intervencionista.*

(5) Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1983.

ii. Discurso de 1988. El Estado ineficiente. La reforma del Estado y las privatizaciones⁽⁶⁾

- *La batalla que seguiremos librando contra el gasto público, contra el Estado ineficiente... apunta a servir de ariete contra una estructura injusta, contra una administración obsoleta, contra la concentración del poder político y económico.*
- *(...) nos hemos propuesto la reforma del Estado. Se han implementado una serie de medidas que significan sustanciales avances en la modernización, desburocratización y capacitación dentro del aparato estatal.*
- *(...) la estructura y funcionamiento del Estado que, con su tamaño, objetivos y modus operandi actuales, desacumula capital, fabrica inflación y no satisface las necesidades de la mayoría de la población.*
- *Lo que está en marcha es una reforma del Estado; la privatización total o parcial de determinadas empresas públicas es sólo una de las herramientas de esa política. El objetivo es dar al Estado la capacidad de decisión y los recursos que, en su conformación actual, no tiene.*
- *El déficit de las empresas que dependen del Ministerio de Obras y Servicios Públicos representa la mitad del déficit fiscal de la Nación y allí se manifiesta la ineficiencia del Estado, que la sociedad percibe y sufre en los servicios que prestan esas mismas empresas. Gas débil, cortes de energía y otras deficiencias conocidas por todos son manifestaciones de la crítica situación de nuestro sistema estatal de servicios públicos.*
- *Hoy el Estado es un organismo sobrecargado de demandas sectoriales que no pueden ser todas financiadas, salvo con inflación.*
- *Estamos obligados a asignar los fondos del Estado con el máximo de eficiencia económica y el máximo de eficiencia social. Esto impone establecer una atenta vigilancia sobre las inversiones públicas, transferir al sector privado aquellas empresas cuyo mantenimiento en manos del Estado ya no significa un beneficio para la comunidad y terminar con el error de creer que legalizar la evasión impositiva es promover la industria Y que venderle caro al Estado es defender al empresariado nacional.*
- *También el Estado debe enfrentar la necesidad de garantizar la justicia social. En este caso igualmente, un propósito válido fue dejando paso a una práctica distorsionada, derivada de una mentalidad meramente asistencialista.*
- *Así fue como ese Estado abarcador y universalista, que recogía y pretendía satisfacer las aspiraciones de todos por igual, terminó dejando*

(6) Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1988.

lugar a un Estado socialmente empobrecido y con una educación pública que, de no mediar las reformas que estamos implementando, continuaría deteriorándose.

- (...) redefinir las funciones del Estado a fin de adaptarlas a las necesidades de una sociedad y una economía más abiertas y más justas.
- Hoy ya se han instalado en el debate público los principios de desmonopolización, desregulación, transparencia de los subsidios, equidad en el gasto social, en suma, los postulados de la reforma del Estado.

iii. Discurso de 1988. La quiebra del Estado⁽⁷⁾

- El Estado está desequilibrado en sus cuentas y con un financiamiento decreciente. A ello ha contribuido la incertidumbre política sobre el rumbo que seguirá la economía en el futuro.
- (...) modernizar un Estado burocrático e inmanejable, para quebrar de cuajo un funcionamiento cerrado de la economía, de espaldas al mundo y poco eficiente.

Obsérvese que algunos enunciados son quejosos de las excesivas demandas que han llevado al Estado a incursionar en lo que no debe, siendo el Estado: "(...) abarcador y universalista, que recogía y pretendía satisfacer las aspiraciones de todos por igual" o con sobrecarga de demandas: "hoy el Estado es un organismo sobrecargado de demandas sectoriales que no pueden ser todas financiadas, salvo con inflación"; "el Estado ha debido afrontar la demanda de que se convirtiera en garante de la producción y el crecimiento".

Aparece aquí claramente la tensión y contradicción entre participación, demandas y los efectos de ello en las estructuras estatales, cuando los recursos son —como casi siempre sucede— escasos.

5 | Menem y el Estado

El primer objetivo de la política de Menem hacia el Estado, entendido como estructura administrativa-institucional, fue el de desarrollar el proceso de privatizaciones de las empresas de servicios públicos. Sus primeros años de gobierno, con el marco legal de las leyes de emer-

(7) Todas las citas de este apartado fueron extraídas del discurso de apertura legislativa de Alfonsín de 1988.

gencia económica y de reforma del Estado estuvieron enfocados en tal tarea. Luego, promediando su primer mandato, se buscó racionalizar y profesionalizar los cuadros burocráticos de planta permanente en las agencias estatales.

En sus discursos, Menem enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del Estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al Estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal.⁽⁸⁾

Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones a instancias múltiples de decisión; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

Hacia el final del mandato, aparecieron en el discurso de Menem, otras nuevas funciones estatales que merecían la capacitación de personal a efectos de llevarlas a cabo a) La preservación del medio ambiente y el castigo del delito ecológico; b) La seguridad en las rutas y en la vía pública; c) El control eficaz de la higiene alimentaria y; d) de los servicios públicos que prestan los particulares.

i. El Estado burocrático, corrupto e ineficiente

- *Un Estado que agoniza como esclavo de unos pocos, en lugar de paliar las necesidades de quienes más sufren (Menem, 1989).*
- *Vimos Estado allí donde había burocracia (Menem, 1990).*
- *Una sociedad moderna no se construye ni en base al fetichismo del mercado salvaje, ni en base a la actitud hiperburocrática de un Estado todopoderoso o supuestamente redentor (Menem, 1991).*
- *Ya no se puede lucrar alegremente estafando al Estado con subsidios, privilegios o juicios escandalosos (Menem, 1991).*

(8) Respecto al rol del Estado hubo un giro impensado en el discurso y acción política de Menem, si bien en la campaña había mostrado matices dependiendo del auditorio al que se dirigiera. Era estatista cuando se dirigía a la interna peronista, pero se mostraba moderado y eludiendo el tema cuando se expresaba ante la prensa o ante auditorios integrados por ejecutivos de los negocios internacionales (Arias, 1997: pp. 13/15).

- *Se terminó la era de los contratistas que acumulaban fortunas al amparo de un Estado ineficaz (Menem, 1991).*
- *Sin negociados turbios entre los funcionarios, los políticos, los gremialistas y los empresarios, al amparo de un Estado corrupto e ineficaz (Menem, 1992).*
- *Sin juicios fraudulentos contra el Estado, que padecen todos los argentinos (Menem, 1992).*
- *No creemos ni en la omnipotencia del Estado ni en la omnipotencia del mercado. Esos dos dioses son apenas una fantasía (Menem, 1992).*
- *La corrupción es, en definitiva, el imperio de las malas costumbres. Eso era el Estado argentino, desorganizado, sin claridad, burocratizado, se prestaba a todo tipo de negocios y negociados, principalmente a través de las grandes empresas públicas, que se habían convertido en una especie de coto de caza para los estafadores en diverso grado (Menem, 1994).*
- *Como respuesta estructural para terminar con eso, privatizamos empresas y reorganizamos el Estado (Menem, 1994).*
- *La reorganización del Estado, poniendo fin a un aparato elefantiásico, costoso e ineficiente, cuna de la corrupción (Menem, 1995).*

ii. La refundación del Estado

- *Desde el Estado nacional vamos a dar el ejemplo, a través de una cirugía mayor, que va a extirpar de raíz males que son ancestrales e intolerables (Menem, 1989).*
- *Vamos a refundar un Estado para el servicio del pueblo, y no para el servicio de las burocracias, que siempre encuentran un problema para cada solución (Menem, 1989).*
- *Todo aquello que puedan hacer por sí solos los particulares, no lo hará el Estado nacional. Todo aquello que no pueden hacer las provincias autónomamente, no lo hará el Estado nacional. Todo aquello que puedan hacer los municipios, no lo hará el Estado nacional (Menem, 1989).*
- *La transformación del Estado, la venta de empresas públicas, la eliminación de regulaciones, la racionalización administrativa, el saneamiento de sus cuentas fiscales, la apertura al mundo y la ausencia de controles innecesarios, no constituyen un mecanismo para ponerle una bandera de remate a nuestro Estado nacional (Menem, 1990).*
- *Son mecanismos para recuperar la soberanía de nuestro Estado, su capacidad de gobierno, su indispensable actividad sobre sectores en los cuales no puede, no debe, ni va a estar ausente (Menem, 1990).*

- Naturalmente, transformar al Estado lleva necesariamente a una reestructuración de las empresas públicas. Queremos servicios públicos eficientes, donde sobrevivan en manos del Estado sólo aquellas empresas públicas que estructuralmente se necesiten para el desarrollo, crecimiento y producción nacional. Pretendemos que el Estado abandone actividades empresarias que pueden desarrollar los particulares. En el caso de los servicios públicos, el sector estatal controlará aquellos ofrecidos por los particulares, de modo de asegurar que los usuarios obtengan buenas prestaciones y tarifas razonables (Menem, 1990).
- Aspiramos a que nuestro Estado se concentre en las funciones estratégicas y esenciales que nunca debió dejar de cumplir: educación, justicia, salud, gobierno y seguridad (Menem, 1990).
- Repudiamos la idea de un Estado totalitario, que invada conductas y asfixie legítimas iniciativas. Pero también repudiamos a un Estado que permanezca indiferente ante las escandalosas desigualdades sociales. Queremos construir un Estado que sea garante del bien común, de la armonía social, del crecimiento económico y de equilibrio en la distribución de la riqueza (Menem, 1990).
- Queremos un Estado popular y no populista. Nacional y no chauvinista. Libre y no anarquista. Propiedad de todo el pueblo argentino y no esclavo de un partido político, un sindicato o un grupo empresarial (Menem, 1990).
- El Estado no puede simplemente transformarse a nivel nacional. También debe redefinirse a nivel regional, provincial y municipal (Menem, 1992).

iii. La profesionalización del empleo público

- Vamos hacia la construcción de un Estado social de derecho. Con un empleo público profesionalizado. Con una carrera administrativa que establece concursos y rigurosos métodos de selección. Tengo muy en cuenta las nuevas funciones estatales, que no se pueden ni se deben olvidar: - La preservación del medio ambiente y el castigo del delito ecológico. - La seguridad en las rutas y en la vía pública. - El control eficaz de la higiene alimentaria y de los servicios públicos que prestan los particulares (Menem, 1992).
- El Estado de la post-privatización tiene que ser un Estado más profesional (Menem, 1993).
- (...) reducir el número de organismos públicos y desburocratizar definitivamente al Estado nacional (Menem, 1994).
- Nunca en el siglo, ni siquiera en la década posterior a la crisis del año '30, el Estado intervino tanto en la vida económica nacional, como lo ha hecho a partir de 1989. Sólo que ahora no lo hace como empresario omnipresente y deficitario, presto a toda maniobra de corrupción,

sino como administrador del interés común, como contralor del bien social y como canalizador de los recursos hacia las áreas de responsabilidad irrenunciable: la justicia, la seguridad, la salud y la educación (Menem, 1995).

6 | Menem (2° presidencia) y su modelo de Estado

En su segundo mandato Menem presenta un coeficiente —CoR— más alto de menciones de la palabra *Estado* respecto a la primera (cuadro n° 3), delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del Estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un Estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un Estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

El redimensionamiento del Estado se contrapone a las estructuras del Estado benefactor-keynesiano al que se enuncia como prebendario, dadivoso, sobredimensionado y, por ello, ineficaz en sus funciones básicas.

La idea de un Estado con una especie de cuarto poder, el electoral, es sugerente e interesante: consiste en la implementación de mecanismos de control directo por parte de la ciudadanía, como los incorporados a la Constitución Nacional en 1994: la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum. La tripartita división de poderes clásica se muestra esquemática, disfuncional y en los hechos, artificial. Sin perjuicio de ello, ya hemos mencionado que los institutos creados en la reforma de 1994, en su artículo 40, no fueron mayormente utilizados.

También la redefinición del criterio de independencia de poderes es realista, pues el poder del Estado es sólo uno, dividido funcionalmente, por lo que esa división debe ser armónica a efectos de la eficiencia en el proceso de toma de decisiones.

- *La Reforma Constitucional de 1994 diseñó un Estado nuevo, hábil para una gestión abierta, dinámica e involucrada crecientemente con la defensa de los individuos y de sus derechos humanos (Menem, 1996).*

- (...) *fortalecer una independencia real, pero armónica, no desarticulada, de los poderes del Estado (Menem, 1996).*
- *Inauguró —al permitir la iniciativa popular, el plebiscito y el referéndum— un virtual poder del Estado: el electoral (Menem, 1996).*

Sin embargo muchos de los enunciados de Menem en su segunda presidencia presentaban respecto al modelo de Estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de Estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad, eficacia, nación e integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente.

Las ideas de rediseño estatal en torno al eje de la modernización parecen encubrir la limitación del Estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*, que debe básicamente garantizar condiciones de libre mercado y aspirar a la percepción de impuestos para dirigir sus funciones solidarias mínimas para proveer justicia, seguridad, y a lo sumo, educación y salud.

Sin embargo, las incongruencias surgen de inmediato en cuanto se comparan estas ideas de diseño estatal con el rol *orientador e integrador* que se le asigna en el nuevo proceso de modernización. Los desafíos y principios básicos que se enumeran y caracterizan al Estado moderno, en los discursos de Menem, resultan más adecuados a las ideas de un Estado intervencionista y partícipe activo en las políticas económicas y sociales, que al mencionado Estado del *laissez-faire*.

- *Aspiramos a generar, en nuestra tierra, una nueva teoría del Estado, de un nuevo Estado, eficaz y solidario. Porque ha muerto el Estado aislado, el Estado indiferente, el Estado benefactor. Hoy debemos agregar a la idea del Estado-Nación, la del Estado-solidaridad, la del Estado-integración, la del Estado-comunidad, político y económico. Para ello es necesario actualizar nuestra mentalidad cívica y adecuarla a las realidades existentes, entre ellas la de las organizaciones políticas supranacionales. Para ello es preciso reformular un nuevo sistema de derecho comunitario que produzca, interprete y jerarquice el ordenamiento jurídico (Menem, 1996).*
- *No nos asustan las utopías, porque las hemos venido realizando. Desde un Estado dadivoso, prebendario, sobredimensionado, benefactor, que nadie se animaba a tocar y que nos llevó al caos, construimos la utopía de obtener una moneda fuerte, instituciones ordenadas y un resurgimiento general de la confianza pública (Menem, 1996).*

- *La experiencia demuestra claramente que sólo con un Estado fuerte, pequeño, eficiente y predecible es posible desarrollar un sector privado competente, en permanente desarrollo, que garantice mayores niveles de empleo y de actividad a la vez: que —fruto de su crecimiento— contribuya con más impuestos a que el Estado atienda mejor sus obligaciones (Menem, 1997).*
- *Este proceso de modernización que estamos completando ha definido un nuevo rol: el Estado orientador e integrador. Orientador, a través de la formulación de políticas, e integrador de los diversos sectores sociales al desarrollo, a la justicia social y a los procesos de integración regional, continental y mundial (Menem, 1997).*
- *Este desafío del nuevo Estado implica:*
 - *Tener un rol estratégico en la formulación de las políticas públicas, siendo normativamente simple.*
 - *Garantizar la libre competencia frente a los monopolios, los oligopolios, el dumping y prácticas comerciales desleales, regulando los servicios públicos privatizados o concesionados.*
 - *Satisfacer las demandas sociales armonizando los conflictos, redistribuyendo la riqueza y desarrollando la equidad.*
 - *Ser inversor en infraestructuras y promotor del desarrollo, desempeñando eficientemente sus funciones de recaudación.*
 - *Brindar un servicio con calidad total y a entera satisfacción de los usuarios con una adecuada provisión de los servicios de seguridad, la defensa, y la correcta, rápida y eficiente administración de justicia.*
 - *Atender a la cobertura de los servicios sociales básicos: la salud, la educación, la acción social y la protección del medio ambiente (Menem, 1997).*
- *Esta necesaria e impostergable modernización del Estado de cara al siglo XXI debemos asentarla en principios básicos:*
 - *Debe estar orientada al logro de resultados: para aumentar la productividad del gobierno hay que desregular el sector público, reduciendo las reglas y las burocracias, hasta quedar con las mínimas necesarias para proteger a los ciudadanos.*
 - *Deberá orientar, jerarquizar e involucrar a los recursos humanos con que cuenta el Estado, para motivar al agente público y convertirlo en servidor público.*
 - *Deberá impulsar la cooperación y la complementación entre el sector público, la empresa privada y el sector de gestión social, comunitarios o de organizaciones no gubernamentales (Menem, 1997).*

- *Este proceso de modernización del Estado que estamos llevando adelante tiende a cambiar el viejo modelo de gestión burocrático, que sólo sirve a los intereses de unos pocos, por otro orientado a resultados, en beneficio de todos nuestros ciudadanos (Menem, 1997).*
- *(...) en la República Argentina, el que no paga impuestos es un delincuente, les guste o no les guste. Y como tal va a ser tratado. Los recursos del Estado son los impuestos y con ellos financiamos la justicia, la educación, la seguridad, el gasto social y la salud pública. He dado precisas instrucciones a las áreas de gobierno correspondientes para actuar con firmeza frente a la evasión impositiva (Menem, 1997).*

7 | De la Rúa y el Estado

Si bien no debe perderse de vista, a efectos del análisis, la brevedad de la gestión de De la Rúa que sólo abarca dos discursos, resulta que presenta el mayor coeficiente del todo el período para el campo semántico *Estado/ administración pública/ políticas públicas* (cuadro n° 3). Además, dentro de las palabras del campo, aquellas vinculadas a la idea profesionalizada y técnica —tecnocrática— de gestión estatal presentan coeficientes por sobre la media del período (cuadro n° 3).

En el discurso de 2000 De la Rúa focaliza sus enunciados en críticas al Estado. Lo critica por su tamaño “chico” —*Menem elogiaba el tamaño “chico” y lo vinculaba a agilidad y eficiencia en la gestión*—, por deficitario, por corrupto, por burocrático.

Proponía como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además, tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

Como idea interesante insiste con el aggiornado concepto de independencia entre los poderes, tal cual ya había propuesto Menem, que remite a una división funcional de las tareas que cada poder desempeña, pero que requiere sincronización y cooperación para una eficaz y consistente gestión de la administración estatal.

- (...) *la transformación del Estado argentino. Este que tenemos ahora —si me disculpan la expresión— no sirve para nada. No exagero. Es chico; no tiene nada más que vender. Sin embargo, tiene una deuda que amenaza a todo el sistema y asfixia al sector privado. Es un Estado sin recursos genuinos para generar políticas activas. Este Estado, así, no suma (De la Rúa, 2000).*
- (...) *sanear el Estado. Estoy eliminando el déficit que nos asfixia (De la Rúa, 2000).*
- *Firmaré el decreto de compras del Estado para no pagar más sobrepuestos y asegurarme de que no se dilapidará el dinero (De la Rúa, 2000).*
- (...) *aumentar los impuestos de los que más pueden, porque el resto no puede más. Nadie lo hizo porque tiene un alto costo político; yo tuve que hacerlo para salvar la quiebra del Estado (De la Rúa, 2000).*
- *Un Estado debe proteger a los más débiles, y de eso trata también el tercer punto sobre la transformación del Estado que se quiere llevar adelante. Quiero recuperar la autoridad moral del Estado para poder ejercer la autoridad real (De la Rúa, 2000).*
- *Nuestros pequeños y medianos productores hace años que viven en la más absoluta desprotección por parte del Estado. El Estado ha perdido la capacidad de garantizar el cumplimiento de los derechos y de las obligaciones de todos, se desfinanció, se quedó sin recursos genuinos para implementar políticas activas y se corrompió. Entonces, los que más necesitan se quedaron sin un Estado que los proteja (De la Rúa, 2000).*
- *Quiero un Estado honesto y eficiente. Quiero terminar con la corrupción estructural del Estado, con la burocracia, que siempre tiene un problema para cada una de nuestras soluciones. Quiero un Estado que escuche los reclamos de los ciudadanos y que sepa dar respuesta a sus problemas. Hoy, en cambio, tenemos un Estado inútil, endeudado y sin recursos; quiero transformarlo en un Estado rico, eficaz, activo en sus políticas, cercano a la gente y capaz de pararse al frente del desarrollo de la Argentina. Les propongo una segunda transformación del Estado argentino (De la Rúa, 2000).*
- (...) *es la necesaria reforma del Estado. El sector público tiene que dejar de ser una carga para la sociedad y proveer bienes y servicios de calidad (De la Rúa, 2001).*
- *Hoy la solvencia fiscal está garantizada y el Estado cuenta con un blindaje que elimina la posibilidad de que enfrente problemas de liquidez. La convertibilidad está fuerte, y la vamos a mantener, y el sistema financiero es muy sólido y tiene capacidad para aumentar el crédito en el corto plazo (De la Rúa, 2001).*
- *Soy respetuoso de la independencia de los poderes del Estado. En una democracia madura ellos son funcionalmente autónomos; pero, desde luego, deben*

cooperar entre sí. Y este es un tiempo de cooperación política y solidaridad social. El Estado debe ser un engranaje sincronizado y confluyente para servir en conjunto al bien común (De la Rúa, 2001).

8 | Duhalde y el Estado. La pauperización de la clase media, la pobreza y la exclusión. Programas de asistencia

Durante la presidencia de Duhalde las referencias a programas, planes y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo *Estado/ administración pública/ políticas públicas* (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo (cuadro n° 8). La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

- *El cóctel de desocupación, exclusión y recesión hizo que en 2001 más de un millón de jóvenes de 15 a 18 años no trabajen ni estudien. ¿Cómo garantizar la paz social en una sociedad donde en la última década, la brecha entre el ingreso per cápita del 10 por ciento más rico y del 10 por ciento más pobre se amplió casi en un 70 por ciento? Donde la clase media de trabajo, a su vez, se empobreció de forma alarmante. En el informe del PNUD del año 1974 todavía había registro de una movilidad social ascendente y no figuraba, en cambio, la categoría de los hoy llamados nuevos pobres. Luego, primero por goteo y después con una fuerte aceleración en la última década, se llegó a contabilizar un millón de personas de clase media de trabajo que pasaron a revistar en la categoría de pobres. La situación se agravó en estos dos últimos años, registrándose 800 mil personas más en el año 2000; y en 2001, otras 890 mil personas que cayeron bajo la línea de pobreza (Duhalde, 2002).*
- *Tengamos en cuenta que desde principios del siglo pasado, los sectores medios fueron definiendo las características culturales, políticas, productivas, educativas y demográficas de un país que buscaba su plena integración. Si hubo algo que durante décadas distinguió a la Argentina, fue la existencia de su clase media —culto, progresista y cosmopolita— y la movilidad social ascendente (Duhalde, 2002).*
- *(...) quiero referirme a la enorme tarea social cumplida por el gobierno nacional, las provincias, los municipios y la sociedad civil. Como hombre del Movimiento que fundaron Juan Perón y Eva Perón (...) movimiento que hunde sus raíces en la doctrina social de la Iglesia, y creador de la Justicia*

Social como fin supremo de la política, sentí el imperativo moral de enfrentar con prioridad la terrible injusticia que agobiaba al pueblo. Urgía actuar. Declaramos de inmediato la emergencia alimentaria, sanitaria, laboral y educativa, y creamos el Consejo Nacional de Coordinación de Políticas Sociales, con la intención de atender con rapidez al mayor número de necesitados, con un máximo de eficiencia posible. Pusimos en marcha programas sociales que constituyen una sustancial transferencia de recursos hacia los sectores más desamparados y castigados por la crisis. Pasamos de 40 mil subsidios en enero de 2002 a más de dos millones de beneficiarios del Plan Jefas y Jefes de Hogar Desocupados. Este Plan se ha complementado en los últimos meses con el Programa Familias, a través del cual el Ministerio de Desarrollo Social atiende a otros 220 mil grupos familiares sin ingresos (Duhalde, 2003).

9 | Kirchner y el rol del Estado

El discurso de Kirchner rescata como rol del Estado el desarrollo de políticas a largo plazo (las denominadas *políticas de Estado*), la presencia y rol activo del Estado como regulador y para dar equilibrio a las desigualdades que pueda deparar el mercado. Hace hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación. Si bien se ha pretendido marcar un real cambio de paradigma respecto al rol del Estado, perdura cierta huella de los '90, considerando los espacios que el Estado ha abandonado y que no podrá recuperar en el contexto irrefrenable de la globalización. Uno de los rasgos salientes de la globalización, es el de ser un proceso de centralización política en el marco de la integración regional y con una fuerte tendencia a la superposición de estructuras administrativas y normativas supranacionales, nacionales y locales, que someten a los Estados nacionales a un proceso constante de cesión de competencias. El Estado hoy, si bien con matices, no puede salirse de la huella profunda de esa dinámica.⁽⁹⁾

- *En este nuevo milenio, el éxito de las políticas deberá medirse bajo otros parámetros, en orden a nuevos paradigmas. Debe juzgárselas desde su acercamiento a la finalidad de concretar el bien común, sumando al funcionamiento pleno del Estado de derecho y la vigencia de una efectiva democracia, la correcta gestión del gobierno y el efectivo ejercicio del poder político na-*

(9) Desarrollo este tema en Bercholc, 2008.

cional en cumplimiento de transparentes y racionales reglas, imponiendo la capacidad reguladora del Estado ejercida por sus organismos de contralor y aplicación. El cambio implica medir el éxito o el fracaso de la dirigencia desde otra perspectiva. Discursos, diagnósticos sobre las crisis, no bastarán ni serán suficientes. Se analizarán conductas y los resultados de las acciones. El éxito se medirá desde la capacidad y la decisión y la eficacia para encarar los cambios (Kirchner, 2003).

- (...) la presencia o la ausencia del Estado constituye toda una actitud política. Por supuesto, no se trata de poner en marcha una vez más movimientos pendulares que vayan desde un Estado omnipresente y aplastante de la actividad privada, a un Estado desertor y ausente, para retornar continuamente de extremo a extremo, en lo que parece ser una auténtica manía nacional que nos impide encontrar los justos, sensatos y necesarios equilibrios. Se trata de tener lo necesario para nuestro desarrollo, en una reingeniería que nos permita contar con un Estado inteligente (Kirchner, 2003).
- Es el Estado el que debe actuar como el gran reparador de las desigualdades sociales en un trabajo permanente de inclusión y creando oportunidades a partir del fortalecimiento de la posibilidad de acceso a la educación, la salud, y la vivienda, promoviendo el progreso social basado en el esfuerzo y el trabajo de cada uno. Es el Estado el que debe viabilizar los derechos constitucionales, protegiendo a los sectores más vulnerables de la sociedad, es decir, los trabajadores, los jubilados, los pensionados, los usuarios y los consumidores (Kirchner, 2003).
- (...) el Estado nacional debe recuperar su rol en materia de planificación y contenidos de la educación y sistemas de formación y evaluación docente. Garantizar la igualdad educativa de norte a sur es aportar a la formación de una verdadera conciencia e identidad nacional (Kirchner, 2003).
- Capitalismo con reglas claras en las que el Estado cubra su rol con inteligencia, para regular, para controlar, para estar presente donde haga falta mitigar los males que el mercado no repara. Un Estado que ponga equilibrio en la sociedad y que permita el normal funcionamiento del país (Kirchner, 2004).
- La inversión del Estado en vivienda permite crecimiento económico, generación de puestos de trabajo y mejora de la calidad de vida de los sectores más castigados por el modelo de exclusión precedente (Kirchner, 2005).
- (...) el Estado asumió un rol activo y la planificación en inversión e infraestructura ha sido uno de los ejes. Estamos trabajando con un crecimiento equilibrado social y territorial, y la industria de la construcción actúa indudablemente como una eficaz herramienta para el desarrollo (Kirchner, 2007).
- (...) el Estado nacional retomó la gestión del Correo Oficial de la República Argentina (...) El Estado nacional también recuperó la gestión del espectro

radioeléctrico (...) el Estado y los capitales argentinos deben recuperar protagonismo en las áreas críticas del interés nacional (Kirchner, 2007).

i. La reivindicación del Estado como agente económico. Las obras públicas

El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner.

El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del Estado en la economía.

- *(...) el Estado se incorporará urgentemente como sujeto económico activo, apuntando a la terminación de las obras públicas inconclusas, la generación de trabajo genuino y la fuerte inversión en nuevas obras. No se tratará de obras faraónicas, apuntaremos más a cubrir las necesidades de vivienda y de infraestructura en sectores críticos de la economía para mejorar la calidad de vida y a perfilar un país más competitivo, distribuyendo la inversión con criterio federal y desarrollando nuestro perfil productivo. Tenemos que volver a planificar y ejecutar obra pública en la Argentina, para desmentir con hechos el discurso único del neoliberalismo que las estigmatizó como gasto público improductivo (Kirchner, 2003).*
- *Con la creación del Ministerio de Planificación Federal e Infraestructura, y con la decisión expresada desde el primer día de nuestro gobierno, se ha vuelto a planificar y a ejecutar obra pública en la Argentina, superando la visión que estigmatizaba esto como gasto improductivo. Esto ayuda a incrementar la velocidad de la recuperación económica (Kirchner, 2004).*
- *Uno de los principales desafíos que enfrentamos vinculados con el papel del Estado es volver a poner a la inversión en obra pública, en infraestructura, como una de las prioridades de la gestión estatal, considerando su capacidad de mejorar la calidad de vida, de motorizar rápidamente el nivel de actividad y generar mejor competitividad económica y social (Kirchner, 2007).*

ii. Kirchner y la gestión estatal. Planes y programas para políticas sociales

El proceso de desciudadanización que implica el dualismo *incluidos/excluidos* es paralelo, paradójicamente, a un proceso de expansión de la ciudadanía a partir de la consagración de nuevos derechos —llamados por los constitucionalistas derechos de tercera y cuarta generación—, garantizados por los textos constitucionales en particular luego de la reforma de 1994. Los nuevos derechos de los incluidos y las carencias de los excluidos,

generan una proliferación y fragmentación de demandas y reivindicaciones puntuales vinculadas a cuestiones económicas, sociales y culturales diversas; por ejemplo de carácter ambiental, social, de género, de orientación sexual, antidiscriminatorias, en defensa del multiculturalismo, de derechos indigenistas, de las condiciones de consumo, etc.

Esa fragmentación en el tipo de demandas sociales obliga a un tipo de respuestas, desde el gobierno, también más fragmentado, específico y sectorial. Por ello se observa la utilización discursiva de la palabra *política*, más cercana a una concepción técnica de la actividad, que requiere del enunciador, ante demandas complejas, respuestas acordes. En ese sentido se ha corroborado que el campo semántico Estado/ administración pública/ políticas públicas, tiene un alto coeficiente y una importante cantidad de repeticiones nominales de las palabras *gestión*, *plan* y *programa*.

- *En los diversos planes nacionales que implementamos se expresan políticas sociales concretas, que articulan las acciones de los planes nacionales y provinciales en una red federal buscando la equidad. Las políticas sociales así concebidas hacen referencia directa a las necesidades sociales detectadas en cada territorio y, necesariamente, deben promover la participación activa de todos los actores locales para dar una eficaz respuesta a las mismas (Kirchner, 2005).*

La política específica o sectorial implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda. Para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas. Estas palabras remiten a una idea profesionalizada y técnica —tecnocrática— de gestión estatal. Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Fernández de Kirchner. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al Estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.

Kirchner tiene los mayores coeficientes del período 1983/2011 en el campo semántico *políticas sociales*, en especial en las palabras *salud*, *vivienda*, *inversión social*, *desarrollo social*, y *distribución del ingreso*. *Inversión social* y *desarrollo social* son palabras monopolizadas por Kirchner. El 60% de las menciones de inversión social, y el 56% de desarrollo social son enunciadas en sus discursos.

10 | Cristina Fernández de Kirchner y el rol del Estado

Cristina Fernández de Kirchner es quien menos menciona al Estado de todos los presidentes del período estudiado (cuadros n° 2 y 3). Las dos palabras del campo que tienen coeficiente por sobre la media del período son *gestión* y *plan* (cuadro n° 3). Ello denota, también en Fernández de Kirchner, una idea profesionalizada y técnica —tecnocrática— de gestión estatal.

En sus discursos Cristina Fernández de Kirchner define el rol del Estado que debe ser activo y claro, garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Más allá de acuerdos o desacuerdos con el modelo, lo cierto es que el rol que la actual Presidenta le asigna al Estado fue claramente identificado desde su primer discurso, y se procuró que ese rol y las acciones e intervenciones anunciadas fueran cumplidas. La función que se asigna al Estado, entre otras y la más referida en los discursos de la presidente, es la de sostener los compromisos asumidos a efectos de mantener condiciones sustentables para la exportación rentable y el sostén y expansión del mercado interno. Además, las ideas sobre el rol del Estado, ya expresadas con claridad desde el primer discurso, se mantuvieron inalterables en todo el período.

El rol activo del Estado garantizando las condiciones del modelo económico remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de "*no gastar más de lo que ingresa*"; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras.

También enuncia Cristina Fernández de Kirchner las características del rol activo del Estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo, entre otras:

- (...) *el compromiso por parte del Estado de mantener los pilares básicos que son una administración correcta de los recursos con los dos superávits. Presupone también, la necesidad de seguir en la política de desendeudamiento y acumulación de reservas (Fernández de Kirchner, 2008).*

- (...) hay un gran esfuerzo de todo el pueblo argentino y de la administración del Estado de mantener el tipo de cambio competitivo y los precios internos que le permiten ser muy rentable a la exportación (Fernández de Kirchner, 2008).
- (...) aquel derrumbe del Muro de Berlín hizo caer a algunos en los mismos fundamentalismos en que habían caído quienes habían construido esos muros, los mismos, aquellos que presuponían que el Estado todo lo podía resolver y que poco tenía que ver lo que quería cada ciudadano o cada ciudadana, y luego este otro modelo que se impuso en lo que podemos denominar "fundamentalismo de mercado" en el cual el Estado debía desaparecer (Fernández de Kirchner, 2009).
- (...) una ley absolutamente estructural como fue el retorno de la administración de los recursos de nuestros jubilados a manos del Estado Nacional (Fernández de Kirchner, 2009).
- (...) esto fue simplemente gestión y una fuerte intervención de políticas activas del Estado a través de ayudas como el Repro (Programa de Recuperación Productiva que se aplica mientras dure la Emergencia Ocupacional Nacional) a muchísimas empresas, más de 100.000 trabajadores han recibido la ayuda del plan del Ministerio de Trabajo (Fernández de Kirchner, 2010).
- (...) esta Asignación Universal que hoy cobran 3 millones y medio de chicos y con la cual todos estaban de acuerdo, solamente se pudo hacer a partir de poder transferir el recurso de los trabajadores a manos del Estado (Fernández de Kirchner, 2010).
- (...) el Estado, a través de salarios dignos, a través de jubilaciones, a través de asignaciones, a través de ese piso de protección social estamos asegurando la demanda agregada. Este es el rol que tiene que tener el Estado que además se retroalimenta con la actividad privada porque si nosotros, ante momentos de crisis, utilizamos políticas activas en donde sostenemos y aumentamos aún a costa de que dicen "se redujo el superávit" (Fernández de Kirchner, 2010).
- Creo en un modelo de absoluta racionalidad con un Estado sosteniendo la demanda agregada; con un sector privado que invierta y aumente la oferta; con un Estado que también proteja esa oferta; con una capacitación de nuestros recursos humanos a través de la educación, de la ciencia y la tecnología para agregar cada vez más valor a sus productos (Fernández de Kirchner, 2010).
- (...) luego de ese formidable esfuerzo institucional de los tres poderes del Estado que significó decretar la anulación de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final (Fernández de Kirchner, 2011).
- Por eso le decimos también al sector empresarial que aquí está el Estado, para hacerse cargo de los roles indeclinables en materia de construcción de infraestructura, en materia de sostenimiento de la demanda agregada, en materia de sostenimiento de los pilares macroeconómicos que le han dado sustentabilidad y andamiaje a este modelo (Fernández de Kirchner, 2011).

II | Conclusiones

El discurso presidencial ha evolucionado hacia una idea profesionalizada y técnica —tecnocrática— de gestión estatal, implementada a través de políticas públicas específicas y sectoriales ejecutadas desde el gobierno, disminuyendo las referencias a debates y definiciones ideológicas.

Se observa en el campo semántico Estado, un alto coeficiente y repeticiones nominales de las palabras *gestión*, *plan* y *programa*.

La política específica o sectorial (*policy*) implica gestión y respuestas desagregadas por tipo de demanda, para ello se anunciaron una gran cantidad de planes y programas específicos. Ello remite a una idea profesionalizada y técnica —tecnocrática— de gestión estatal implementada a través de políticas específicas y sectoriales.

Esta acepción de la palabra política remite a acciones y decisiones en sentido de política específica o sectorial,⁽¹⁰⁾ por ejemplo, entre otras, *política fiscal, tributaria, económica, cultural, social, de derechos humanos, sanitaria, educativa, exterior, industrial, de Estado*. Esta acepción se conoce, en la Ciencia Política anglosajona, como *Policy*, concepto que remite a los aspectos de contenido de la política y a sus ámbitos de aplicación, en general, a través de acciones y agencias estatales, por ello también se denomina a esta acepción, genéricamente, como *políticas públicas*.⁽¹¹⁾

En ese sentido, los indicadores respecto al incremento de la enunciación de planes específicos de acción de gobierno con una tendencia fuerte a referirse a la gestión, sustentan la hipótesis de que el discurso presidencial se ha ido transformando en un discurso cada vez más profesionalizado, tecnocrático y focalizado en la gestión del gobierno, en desmedro de los debates y las definiciones ideológicas.

.....

(10) Se trata de una acepción reconocida en las Ciencias Políticas y bien diferenciada de *Politics* y que se refiere a políticas específicas, tal cual las hemos definido y detallado en concordancia con Schubert, 2006.

.....

(11) Para esta definición puede verse el artículo Jann, 2006.

II.1 | Presidencia de Alfonsín

Se observa un fuerte cambio en las enunciaciones sobre el Estado. En 1983 definió que el Estado debía ser independiente de poderes políticos y económicos extranjeros, ético, y equilibrado entre el liberalismo y el intervencionismo económico. En 1988 sólo se refirió al Estado, insistentemente, por su ineficiencia y a efectos de su reforma y de la privatización de las empresas públicas.

II.2 | Primera presidencia de Menem

Menem enunció reiterados juicios críticos respecto a la situación del Estado, tildándolo de burocrático, ineficiente y corrupto, entre otros males que se le endilgaron. Con ese escenario crítico respecto al Estado, encaró enunciados que planteaban la necesidad de una refundación estatal. Los principios de esa refundación giraban en torno a: i) la descentralización de funciones; ii) la venta de las empresas de servicios públicos; iii) la eliminación de regulaciones y de burocracia; iv) la apertura a los mercados mundiales de la economía; v) concentración de funciones estatales en educación, justicia, salud, gobierno y seguridad.

II.3 | Segunda presidencia de Menem

En su segunda presidencia fue delineando su modelo estatal post-privatizaciones y post-reforma constitucional de 1994. Entre sus definiciones más significativas destacaba que el redimensionamiento del Estado le permitiría contar con una estructura ágil y dinámica propensa a la eficiencia y a la solidaridad. Esta idea de un Estado solidario es polémica, pues parece más adecuada a una política basada en la acción de entidades caritativas que al diseño de un Estado de derecho y a la expansión de la ciudadanía.

Sus enunciados presentaban respecto al modelo de Estado, ideas oscuras o difusas, ambiguas y, en algunos casos, forzadas, extrapolando conceptos y categorías de manera poco consistente para la construcción de un supuesto diseño modernizado de Estado. Así, el amontonamiento de conceptos como *solidaridad*, *eficacia*, *nación* e *integración* resulta autocontradictorio y teóricamente inconsistente. Las ideas de rediseño estatal en

torno al eje de la modernización, parecen encubrir la limitación del Estado a sus clásicas funciones mínimas del *laissez-faire*.

II.4 | Presidencia de De la Rúa

De la Rúa propuso como nueva reforma estatal aumentar los impuestos, combatir la corrupción, lograr eficiencia. Sus enunciados se presentaban voluntaristas y sin ideas claras que explicaran cómo lograr esos propósitos, que además tenían similitud con los que había propuesto Menem en sus 10 años de gobierno. Incluso se anunciaba con firmeza que la convertibilidad estaba sólida y se mantendría.

II.5 | Presidencia de Duhalde

Las referencias en los discursos a programas, plan y políticas específicas, especialmente de tipo asistenciales, fueron las más enunciadas del campo Estado/ administración pública/ políticas públicas (38 menciones nominales en total), representando el 70% del campo. La severidad de la crisis no permitía otra cosa que auxiliar las necesidades más acuciantes e intentar controlar los conflictos más severos.

II.6 | Presidencia de Kirchner

El rol del Estado como *sujeto económico activo* en la realización de obras públicas que permitan reactivación económica, generación de empleos, mejoras salariales y aumento del consumo y del mercado interno, fue claramente reivindicado por Kirchner. El énfasis discursivo en la importancia de la intervención estatal a través de la obra pública, busca diferenciar el discurso respecto a la etapa menemista que estigmatizó las intervenciones del Estado en la economía. Hace también hincapié en la gestión y solvencia técnica de las agencias estatales para la toma de decisiones eficaces y el desarrollo de planes y programas, especialmente, en las áreas de salud, vivienda y educación.

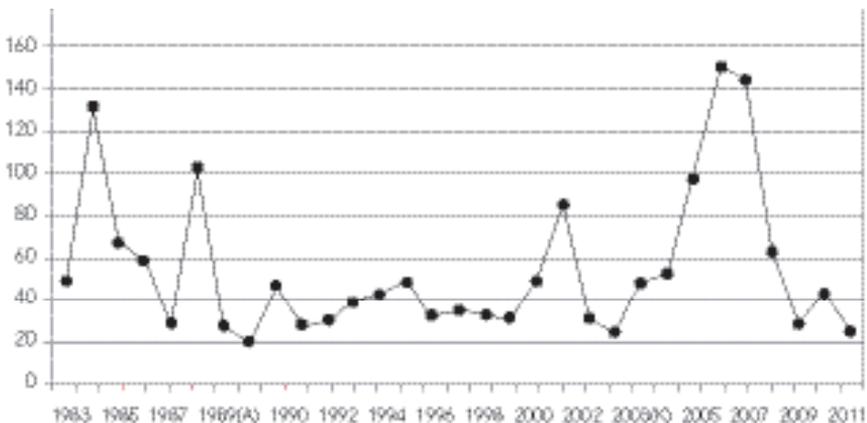
Kirchner anunció en sus discursos la aplicación de más de 50 planes y programas especiales. Casi duplica la cantidad de planes y programas anunciados en los discursos por Alfonsín, Menem y Fernández de Kirchner. Ello también resulta demostrativo del rol activo que desde el gobierno se le impuso al Estado a través de una gestión planificada, activa e intervencionista.

II.7 | Presidencia de Cristina Fernández de Kirchner

La presidente define el rol del Estado que debe ser activo y claro en sus acciones garantizando condiciones para el desarrollo del modelo económico ya referido. Ese rol activo del Estado remite a: una gestión prolija y una correcta asignación de recursos; el mantenimiento del equilibrio fiscal, sosteniendo el superávit y la idea de “no gastar más de lo que ingresa”; la política de desendeudamiento; la acumulación de reservas; la competitividad o el objetivo del crecimiento económico; entre otras. También enuncia Cristina Fernández de Kirchner las características del rol activo del Estado en la intervención social, a través de la generación y el sostenimiento del empleo, los aumentos de salarios y jubilaciones y la implementación de la asignación universal por hijo.

12 | Anexo. Cuadros y Gráficos

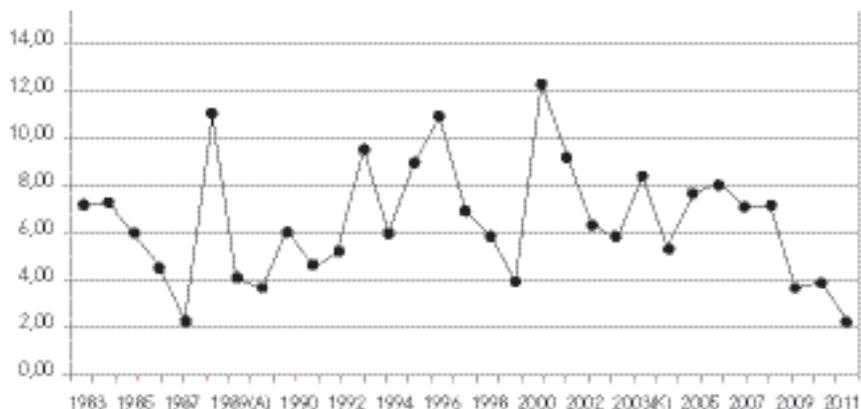
GRÁFICO 1: EVOLUCIÓN POR CANTIDAD DE REPETICIONES NOMINALES (CR) DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, 1983-2011



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.⁽¹²⁾

(12) Se consultó la publicación de cada mensaje anual que imprime la Dirección de Publicaciones del Senado de la Nación. Los ejemplares fueron proveídos por la Biblioteca del Congreso de la Nación.

GRÁFICO 2: EVOLUCIÓN POR COEFICIENTE DE REPETICIÓN (COR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, 1983-2011



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

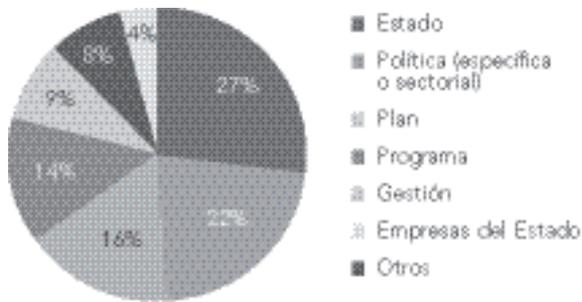
CUADRO 1: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, 1983-2011

PALABRA	CR 1983-2011	Promedio por discurso	COR 1983-2011	% sobre CR de palabras del campo
Estado	445	14,35	1,67	26,35%
Política (específica/sectorial)	361	11,65	1,35	21,37%
Plan	266	8,58	1,00	15,75%
Programa	244	7,87	0,91	14,45%
Gestión	159	5,13	0,60	9,41%
Empresas del Estado	75	2,42	0,28	4,44%
Servicios públicos	41	1,32	0,15	2,43%
Burocracia	31	1,00	0,12	1,84%
Política de Estado	29	0,94	0,11	1,72%

PALABRA	CR 1983-2011	Promedio por discurso	COR 1983-2011	% sobre CR de palabras del campo
Reforma del Estado	24	0,77	0,09	1,42%
Administración Pública	14	0,45	0,05	0,83%
Total	1689	54,48	6,32	100,00%

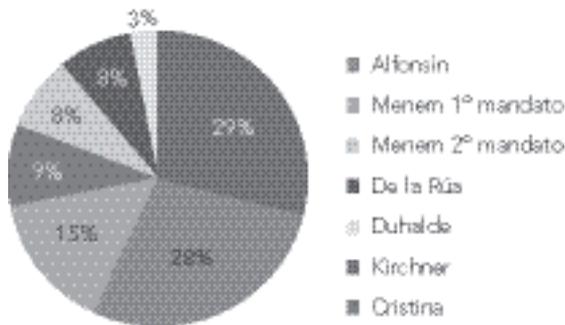
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 3: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/ POLÍTICAS PÚBLICAS, 1983-2011



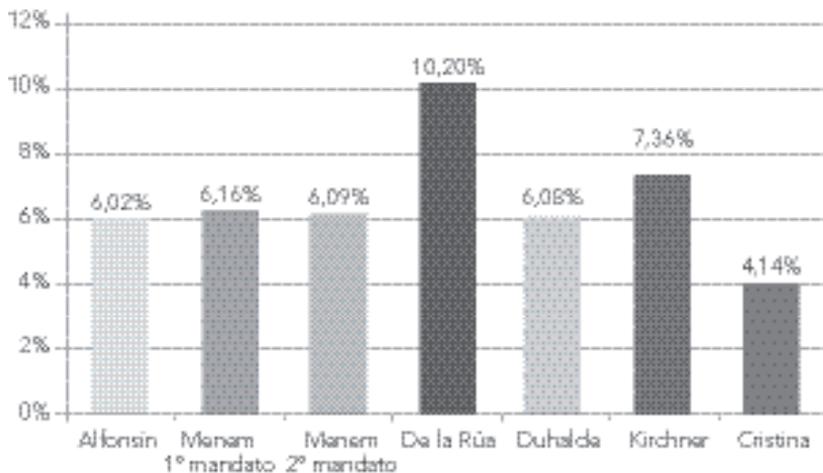
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 4: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/ POLÍTICAS PÚBLICAS, DESAGREGADO POR PERÍODO PRESIDENCIAL



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 5: EVOLUCIÓN POR COEFICIENTE DE REPETICIÓN (COR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, DESAGREGADAS POR PERÍODO PRESIDENCIAL



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 2: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS CANTIDAD DE REPETICIONES (CR), DESAGREGADO POR PERÍODO PRESIDENCIAL

PALABRA	Alfonsín	Menem 1º	Menem 2º	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	1983-2011
Estado	114	70	39	48	12	113	49	445
Política (específica o sectorial)	115	56	26	23	12	107	22	361
Plan	52	22	14	17	11	97	53	266
Programa	57	40	19	24	15	85	4	244
Gestión	24	23	16	11	2	55	28	159
Empresas del estado	53	14	0	1	0	5	2	75
Servicios públicos	17	8	2	3	0	10	1	41

PALABRA	Alfonsín	Menem 1º	Menem 2º	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	1983-2011
Burocracia	9	13	5	3	0	1	0	31
Política de Estado	0	1	7	0	3	18	0	29
Reforma del Estado	12	6	3	3	0	0	0	24
Administración Pública	12	1	0	0	0	1	0	14
Total	465	254	131	133	55	492	159	1689

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 3: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/ POLÍTICAS PÚBLICAS, COEFICIENTE DE REPETICIÓN (COR), DESAGREGADO POR PERÍODO PRESIDENCIAL

PALABRA	Alfonsín	Menem 1º	Menem 2º	De la Rúa	Duhalde	Kirchner	Cristina	1983-2011
Estado	1,48	1,70	1,81	3,68	1,33	1,69	1,28	1,67
Política (específica o sectorial)	1,49	1,36	1,21	1,76	1,33	1,60	0,57	1,35
Plan	0,67	0,53	0,65	1,30	1,22	1,45	1,38	1,00
Programa	0,74	0,97	0,88	1,84	1,66	1,27	0,10	0,91
Gestión	0,31	0,56	0,74	0,84	0,22	0,82	0,73	0,60
Empresas del Estado	0,69	0,34	0,00	0,08	0,00	0,07	0,05	0,28
Servicios públicos	0,22	0,19	0,09	0,23	0,00	0,15	0,03	0,15
Burocracia	0,12	0,32	0,23	0,23	0,00	0,01	0,00	0,12
Política de Estado	0,00	0,02	0,33	0,00	0,33	0,27	0,00	0,11
Reforma del Estado	0,16	0,15	0,14	0,23	0,00	0,00	0,00	0,09
Administración Pública	0,16	0,02	0,00	0,00	0,00	0,01	0,00	0,05
Total	6,02	6,16	6,09	10,20	6,08	7,36	4,14	6,32

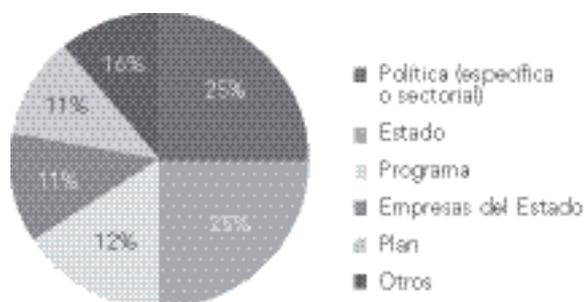
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 4: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE ALFONSÍN, 1983-1989

PALABRA	CR Alfonsín	Promedio x Discurso	COR Alfonsín	% sobre CR de palabras del campo
Política (específica o sectorial)	115	16,43	1,49	24,73%
Estado	114	16,29	1,48	24,52%
Programa	57	8,14	0,74	12,26%
Empresas del Estado	53	7,57	0,69	11,40%
Plan	52	7,43	0,67	11,18%
Gestión	24	3,43	0,31	5,16%
Servicios públicos	17	2,43	0,22	3,66%
Administración Pública	12	1,71	0,16	2,58%
Reforma del Estado	12	1,71	0,16	2,58%
Burocracia	9	1,29	0,12	1,94%
Total	465	66,43	6,02	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 6: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE ALFONSÍN, 1983-1989



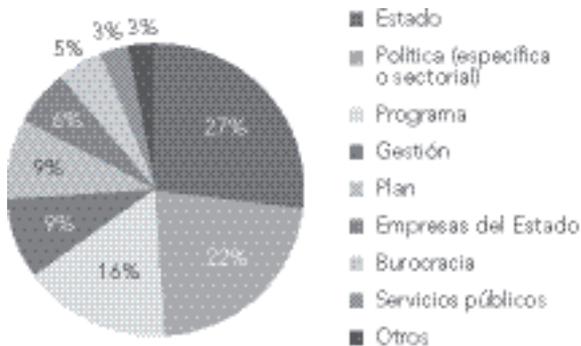
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 5: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRIMERA PRESIDENCIA DE MENEM, 1989-1995

PALABRA	CR Menem	Promedio x discurso	COR Menem	% sobre CR de palabras del campo
Estado	70	10,00	1,70	27,56%
Política (específica o sectorial)	56	8,00	1,36	22,05%
Programa	40	5,71	0,97	15,75%
Gestión	23	3,29	0,56	9,06%
Plan	22	3,14	0,53	8,66%
Empresas del Estado	14	2,00	0,34	5,51%
Burocracia	13	1,86	0,32	5,12%
Servicios públicos	8	1,14	0,19	3,15%
Reforma del Estado	6	0,86	0,15	2,36%
Administración Pública	1	0,14	0,02	0,39%
Política de Estado	1	0,14	0,02	0,39%
Total	254	36,29	6,16	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 7: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRIMERA PRESIDENCIA DE MENEM, 1989-1995



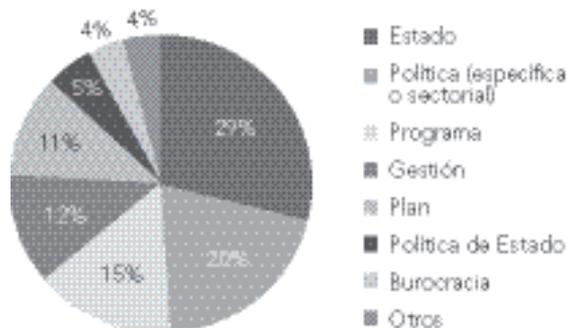
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 6: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, SEGUNDA PRESIDENCIA DE MENEM, 1995-1999

PALABRA	CR Menem 2º	Promedio x discurso	COR Menem 2º	% sobre CR de palabras del campo
Estado	39	9,75	1,81	29,77%
Política (específica/ sectorial)	26	6,50	1,21	19,85%
Programa	19	4,75	0,88	14,50%
Gestión	16	4,00	0,74	12,21%
Plan	14	3,50	0,65	10,69%
Política de Estado	7	1,75	0,33	5,34%
Burocracia	5	1,25	0,23	3,82%
Reforma del Estado	3	0,75	0,14	2,29%
Servicios públicos	2	0,50	0,09	1,53%
Total	131	32,75	6,09	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 8: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, SEGUNDA PRESIDENCIA DE MENEM, 1995-1999



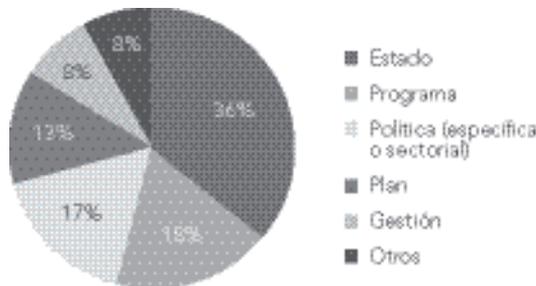
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 7: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE DE LA RÚA, 1999-2001

PALABRA	CR De la Rúa	Promedio x discurso	COR De la Rúa	% sobre CR de palabras del campo
Estado	48	24,00	3,68	36,09%
Programa	24	12,00	1,84	18,05%
Política (específica o sectorial)	23	11,50	1,76	17,29%
Plan	17	8,50	1,30	12,78%
Gestión	11	5,50	0,84	8,27%
Burocracia	3	1,50	0,23	2,26%
Reforma del Estado	3	1,50	0,23	2,26%
Servicios públicos	3	1,50	0,23	2,26%
Empresas del Estado	1	0,50	0,08	0,75%
Total	133	66,50	10,20	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 9: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE DE LA RÚA, 1999-2001



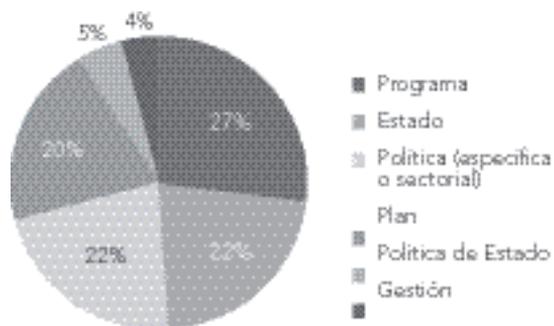
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 8: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE DUHALDE, 2002-2003

PALABRA	CR Duhalde	Promedio x discurso	COR Duhalde	% sobre CR de palabras del campo
Programa	15	7,50	1,66	27,27%
Estado	12	6,00	1,33	21,82%
Política (específica o sectorial)	12	6,00	1,33	21,82%
Plan	11	5,50	1,22	20,00%
Política de Estado	3	1,50	0,33	5,45%
Gestión	2	1,00	0,22	3,64%
Total	55	27,50	6,08	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 10: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE DUHALDE, 2002-2003



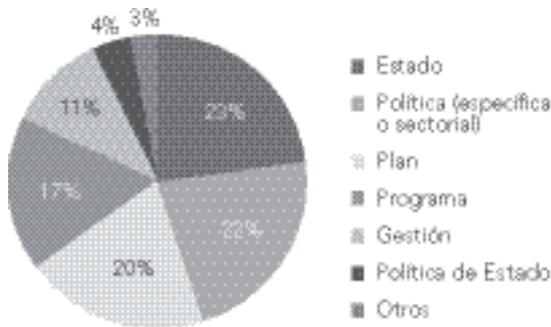
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 9: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE KIRCHNER 2003-2007

PALABRA	CR Kirchner	Promedio x discurso	COR Kirchner	% sobre CR de palabras del campo
Estado	113	22,60	1,69	22,97%
Política (específica sectorial)	107	21,40	1,60	21,75%
Plan	97	19,40	1,45	19,72%
Programa	85	17,00	1,27	17,28%
Gestión	55	11,00	0,82	11,18%
Política de Estado	18	3,60	0,27	3,66%
Servicios públicos	10	2,00	0,15	2,03%
Empresas del Estado	5	1,00	0,07	1,02%
Administración Pública	1	0,20	0,01	0,20%
Burocracia	1	0,20	0,01	0,20%
Total	492	98,40	7,36	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 11: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE KIRCHNER 2003-2007



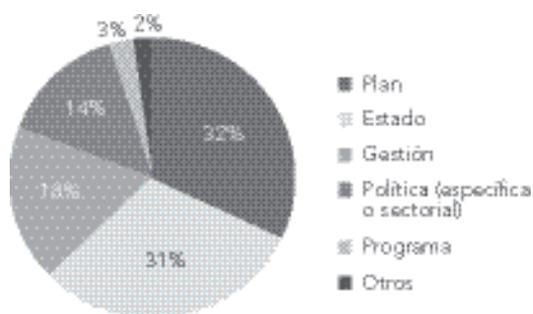
Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

CUADRO 10: RANKING DE PALABRAS EN EL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE CRISTINA 2007-2011

PALABRA	CR Cristina	Promedio x discurso	COR Cristina	% sobre CR de palabras del campo
Plan	53	13,25	1,38	33,33%
Estado	49	12,25	1,28	30,82%
Gestión	28	7,00	0,73	17,61%
Política (específica o sectorial)	22	5,50	0,57	13,84%
Programa	4	1,00	0,10	2,52%
Empresas del Estado	2	0,50	0,05	1,26%
Servicios públicos	1	0,25	0,03	0,63%
Total	159	39,75	4,14	100,00%

Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

GRÁFICO 12: PORCENTAJE DE REPETICIONES (CR) DE PALABRAS DEL CAMPO SEMÁNTICO ESTADO/ADMINISTRACIÓN PÚBLICA/POLÍTICAS PÚBLICAS, PRESIDENCIA DE CRISTINA 2007-2011



Fuente: Elaboración propia, según base de datos relevada en la investigación.

El impacto de la gestión en el servicio de justicia

por **CLAUDIA B. SBDAR**⁽¹⁾ y **LUIS M. ZELARAYÁN DE ESCALADA**⁽²⁾

I | Hacia el cambio de paradigma organizacional en el Poder Judicial. La Oficina de Gestión Judicial

El Poder Judicial tiene a su cargo el deber de asegurar a las personas el derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 18, 75, inc. 22 CN y 8 CADH). Tal mandato constitucional se traduce en la prestación eficiente del servicio de justicia, que demanda de la mejora continua de los procesos de gestión de las unidades judiciales en términos de tiempo y calidad. Los Poderes Judiciales nacionales, provinciales, así como los de otros países de la región, vienen adoptando como política institucional la aplicación de buenas prácticas de gestión, las que incluyen el acceso a la justicia de sectores vulnerables, garantizando una atención adecuada a sus demandas; la consideración de la perspectiva ambiental, detectando oportunidades de preservación del medioambiente y racionalizando el uso de recursos, y la integración de la perspectiva de género, visibilizando situaciones cotidianas que legitiman la desigualdad entre hombres y mujeres.

.....
(1) Vocal de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán.

(2) Abogado. Secretario Coordinador de la Oficina de Gestión Corte Suprema Justicia de Tucumán.

Desde fines del año 2008, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán resolvió por Acordada N° 1116 iniciar la ejecución de programas de gestión judicial por fueros íntegros en Fiscalías de Instrucción y Juzgados Civiles en Documentos y Locaciones con el propósito de alcanzar satisfacción en el destinatario del servicio de justicia y, al mismo tiempo, lograr calidad y satisfacción en el espacio laboral. Durante los años 2009 y 2010, su implementación estuvo a cargo de un equipo local integrado por magistrados, funcionarios y empleados de diferentes áreas que, por su experiencia o formación, estaban en condiciones de coordinar los mencionados programas, bajo la dirección general de la coautora de este trabajo y con la asistencia técnica del Dr. Eduardo Parody, integrante de la Comisión de Gestión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En el año 2009, se firmó un convenio de colaboración en materia de tecnología y gestión judicial con CSJN.

El desarrollo, la evaluación y seguimiento de los programas mencionados generó la necesidad de contar con una instancia institucional interna que se ocupara de esta tarea exclusivamente y no en forma paralela al trabajo en otras áreas del Poder Judicial, como lo venía haciendo la comisión *ad hoc* antes mencionada. Por ello, a fines del año 2010, la Corte Suprema de Tucumán creó la Oficina de Gestión Judicial (OGJ) para coordinar dichas actividades. Dicha Oficina está coordinada por un abogado y está compuesta por un equipo interdisciplinario de profesionales abogados, licenciados en Administración de Empresas, en Ciencias Políticas, Psicología laboral y especialistas en uso del sistema informático Lex Doctor.

En el mes de diciembre del año 2011, la CSJT aprobó el Manual de Procedimientos y Tareas de la Oficina de Gestión, que describe el Sistema de Gestión de Calidad del Poder Judicial de Tucumán.

La función de la Oficina de Gestión es coordinar el proceso de cambio institucional de las unidades judiciales que voluntariamente decidieron implementar dicho sistema partir de la intervención en tres campos: recursos humanos, procedimientos y tareas, y el campo tecnológico.

En el mes de marzo del corriente año, la Oficina de Gestión comenzó la implementación del sistema en 15 unidades judiciales (Cámara de Ape-

laciones en lo Penal de Instrucción, Juzgado Correccional (C. J. Concepción), Fiscalías de Instrucción IV y VIII (C. J. Capital), Juzgado Civil y Comercial Común III (C. J. Capital), Juzgado de Familia I (C. J. Capital), Juzgados de Conciliación y Trámite I, III y V (C. J. Capital), Juzgado Conciliación y Trámite I (C. J. Concepción) y Juzgados en Documentos y Locaciones III, IV, VII y IX (C. J. Capital).

A partir del mes de agosto, se sumaron 6 unidades (Cámara Penal: Presidencia y Sala II, Juzgado de Familia I, Juzgado Civil y Comercial I, Juzgado en Documentos y Locaciones I (C. J. Capital). Asimismo, 2 unidades más requirieron ser incorporadas al cronograma de trabajo de la Oficina de Gestión durante el mes de septiembre (Juzgado de Familia VIII y Fiscalía de Instrucción I (C. J. Capital).

2 | Acerca de los campos de intervención: hacia la mejora de los plazos procesales, la organización de los procedimientos y tareas, y el clima laboral.

La planificación estratégica y operativa

En el campo de los procedimientos y tareas, se diseña una planificación estratégica que opera como marco orientador de los diferentes procedimientos de trabajos que se abordarán en el tiempo y su secuencia de ejecución a través de planes operativos. Un proceso de mejora integral no puede ser abordado en todos los procesos y todos los sectores de manera simultánea, sólo puede ser desarrollado de manera gradual y continua.

La planificación estratégica brinda a quienes implementan un Sistema de Gestión de Calidad en una unidad judicial (integrantes de la Oficina de Gestión e integrantes de una unidad en particular) un camino seguro para transitar durante su ejecución. Al finalizar el abordaje de todos los planes operativos, se evalúa sobre los resultados, como así también se analiza, a su conclusión, si la planificación estratégica diseñada fue o no la correcta, y las posibles acciones de mejora sobre el sistema.

En el proceso de elaboración de los planes estratégicos en una unidad judicial, se cumplen los siguientes pasos:

1. Identificación de los resultados de procesos (productos) que se efectúan en la unidad (p.e. atención al público, agregación de escritos, cédulas, oficios, planillas fiscales, decretos, órdenes de pago, pases, elevación a cámara, etc.).
2. Realización de un diagnóstico conforme los resultados de procesos (productos) definidos.
3. El diagnóstico se compone de la realización de:
 - a. Relevamientos: son realizados por integrantes de la Oficina de Gestión. Se hace una merituación del valor de prioridad en abordar cada resultado de proceso (producto) definido en la etapa anterior conforme relevamientos materiales e informáticos según corresponda. El valor de prioridad de abordaje que asigna el personal de la OGJ es de 1 a 4, siendo 4 el valor de mayor prioridad y 1 el de menor.
 - b. Autoevaluación: es realizada por los magistrados, en donde el titular de la unidad indica un valor de prioridad en abordar los distintos resultados de procesos identificados en su unidad conforme su percepción. El valor de prioridad es de 1 a 4 (siendo el 4 valor de mayor prioridad de abordaje y 1 el de menor).
 - c. Encuestas: son realizadas a los funcionarios y empleados, indican un valor de prioridad en abordar cada resultado de proceso definido conforme su percepción. El valor de prioridad es de 1 a 4.
4. Se realiza la ponderación de los elementos del diagnóstico por producto (p.e. cédula: Relevamiento: 4, Autoevaluación: 3, Encuestas: 3 = promedio 3,33).
5. Se trasladan los valores obtenidos a la Matriz de Pareto:
 - a. En la columna "Producto" se carga el resultado de proceso definido.
 - b. En la columna "Prioridad del diagnóstico" se carga el promedio resultante del producto en el diagnóstico promedio del relevamiento, la autoevaluación y las encuestas (p.e. cédula: Relevamiento: 4, Autoevaluación: 3, Encuestas: 3 = promedio 3,33).
 - c. En la columna "Relación entre productos" se establece el grado de relación de los productos entre sí. Para ello se realiza la siguiente pregunta: "¿Qué relación tiene el producto 1 con el producto 2?". Y así sucesivamente con todos los productos (4 es la máxima relación y 1 la mínima).
 - d. En la columna "Peso comparado" se suman los puntajes asignados a cada producto en relación con los otros productos (cuyos valores fueron establecidos en la columna relación entre productos).

- e. En la columna "Peso ponderado" se suman los puntajes asignados en "Prioridad" más los resultados obtenidos en la columna "Peso Comparado".
- f. Los resultados de la columna "Peso Comparado" establece el orden de prelación de abordaje de los resultados de procesos (productos), considerando como prioritarios aquéllos que obtuvieron los puntajes más altos.

A continuación se adjunta un ejemplo:

TABLA 1: EJEMPLO MATRIZ DE PARETO

Producto	Prioridad de diagnóstico	Peso comp.	Peso pond.	Relación entre productos					
Cédulas	3,33	14	17,33						
Oficios	4	10	14	1					
Órdenes de pago	3	10	13	1	1				
Pases	3,66	11	14,66	1	1	2			
Decretos	2	19	21	4	4	4	4		
Audiencias	1,33	18	19,33	4	1	1	1	3	
Mandamientos	3	11	14	1	4	1	1	1	2
Edictos	4	10	14	1	1	4	1	1	1

Según este ejemplo, habría que empezar a trabajar en: los decretos (21 puntos), después en audiencias (19,33) y así sucesivamente.

- 6. Una vez que se completa la matriz de cada unidad, se trasladan los resultados a la estructura "plan estratégico", en donde se fija paso a paso cuál será la secuencia de abordaje de los distintos productos definidos en dicha unidad.
- 7. Una vez diseñado dicho plan estratégico, se presenta al titular de la unidad que puede aprobarlo o hacerle correcciones.
- 8. Luego, comienza a implementarse a través de diversos planes operativos. En cada uno de ellos:
 - a. Se establecen objetivos.
 - b. Se fijan fechas de realización de mediciones.
 - c. Se definen los perfiles de puestos.
 - d. Se diseñan nuevos circuitos, en caso de ser necesario.

- e. Se implementan métodos de seguimiento.
- f. Se controla el cumplimiento de los objetivos.

Como métodos de seguimiento, se implementan planillas de control en diversos circuitos.

Así también, en estas unidades se instala un panel de control informático que permite a los jueces y secretarios llevar un control diario de todos los escritos ingresados a su Juzgado y el tiempo que cada uno de ellos lleva sin ser proveído. El programa posee una interfaz de un gráfico de columnas de tres colores (verde, amarillo y rojo) e indica en su parte inferior cuántos escritos se encuentran en cada situación (verde: los presentados en el día; amarillo: los que tienen hasta 48 hs. de ser presentados; y rojo: los que tienen más de 48 hs. de ser presentados).

Por otra parte, la OGJ —conjuntamente con la Dirección de Sistemas de la Corte— tiene a su cargo la coordinación del proceso de implementación gradual del expediente digital, a partir de la vigencia de la ley provincial 8279 que autorizó el uso del expediente digital, documento electrónico, clave informática simple, firma electrónica, firma digital, comunicaciones electrónicas, y domicilio electrónico constituido en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan en el ámbito del Poder Judicial de Tucumán, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales (art. 1). Asimismo, facultó a la Corte Suprema de Justicia de Tucumán a reglamentar su uso y disponer su gradual implementación (art. 2). Mediante Acordadas N° 1214/2010, dicho Tribunal aprobó la implementación gradual del expediente digital, estableciéndose el inicio de los procesos de comunicaciones de las oficinas jurisdiccionales entre sí y con las oficinas no jurisdiccionales mediante el uso del correo electrónico y la firma digital, a realizarse en todos los fueros y reparticiones, disponiéndose la implementación en Familia y Sucesiones en primer término y en carácter de prueba piloto (punto III, apart. 1).

Posteriormente, mediante Acordadas N° 325/2011 se dispuso que la primera fase de los procesos de comunicación mediante el uso de correo electrónico y firma digital se inicie con la digitalización de las comunicaciones entre las Secretarías Administrativa y de Superintendencia, y las diversas unidades del Fuero en Familia y Sucesiones del Centro Judicial Capital. En dicho marco, la OGJ y la Dirección de Sistemas consensuaron

los actos que integraron la prueba piloto de digitalización con la Secretaría Administrativa: Solicitud de Certificado de Trabajo (formulario 001-008), Solicitud de copia de boleta de sueldo (formulario 001-009), Solicitud de Certificación de servicios y remuneraciones (formulario 009-001) y Solicitud de provisión de fotocopias (formulario 003-001); también con la Secretaría de Superintendencia: comunicaciones diarias de ausencia de personal (por enfermedad, por licencia, sin causa, etc.) y comunicaciones de llegadas tarde del personal en los supuestos en que corresponda hacerlo por nota. Se implementaron, además, las altas de Certificados Digitales de la totalidad de funcionarios del fuero de Familia y Sucesiones (secretarios y prosecretarios), Secretaría Administrativa y de Superintendencia; asimismo se generaron casillas de correos (direcciones de e-mail) para que funcionen como Mesa de Entrada Virtual en todas las unidades involucradas en esta etapa, y personales para cada funcionario que participa de la experiencia y se realizó un curso de capacitación general respecto de la firma digital dirigido a la totalidad de funcionarios involucrados en esta prueba piloto.

Luego de un período de remisión simultánea de dichas comunicaciones en soporte papel e informático, se logró la despapelización de los actos involucrados en la experiencia piloto. Se proyecta avanzar en el proceso de digitalización de comunicaciones mediante el uso del correo electrónico y firma digital entre las Secretarías Administrativas y de Superintendencia de la Corte Suprema con los Juzgados Civiles en Documentos y Locaciones, la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Instrucción, los Juzgados de Instrucción, Fiscalías de Instrucción, Mesa de Entradas Penal y Oficina de Autores Desconocidos del Centro Judicial Capital y los Juzgados de Instrucción, Fiscalías de Instrucción y Mesa de Entradas Penal de los Centros Judiciales de Concepción y Monteros, como también entre las unidades judiciales mencionadas entre sí. Cabe mencionar que, en los Juzgados de Documentos y Locaciones, se viene trabajando con firma digital en las comunicaciones con el Registro de la Propiedad Inmobiliaria desde el año 2007 (Acordadas N° 610/2007 y N° 634/2008).

Asimismo, y en el marco del Convenio de Cooperación e Intercambio Tecnológico celebrado en noviembre de 2009 entre la Corte Suprema de Justicia y el Gobierno de la Provincia a fin de optimizar las tareas que realizan conjuntamente, se suscribió un convenio, entre la CSJT y el Ministerio de Seguridad Ciudadana del Poder Ejecutivo, de prove-

chamiento y uso gratuito de un par de hilos de fibra óptica de la red de dicho Ministerio (Acordadas N° 569/11). Contar con una plataforma de interoperabilidad de este tipo permitirá a las oficinas del Poder Judicial interactuar en dos planos:

- a. *Externo*: en la migración de registros virtuales entre el Poder Judicial y todos los organismos públicos que conformen la plataforma de fibra óptica. Entre otras aplicaciones, permitirá la conexión directa con comisarías o con el centro de control que las agrupe.
- b. *Interno*: en la migración de registros virtuales entre el Palacio de Justicia de calle Lamadrid y los edificios de calle 24 de Septiembre y Av. Sarmiento, posibilitando la transferencia de datos entre las distintas unidades ubicadas en cada edificio, optimizando y acelerando las comunicaciones y, por lo tanto, los trámites procesales.

En el campo de los recursos humanos, la Oficina de Gestión trabaja en función de las demandas y necesidades de cada unidad. Para este propósito se realizan diagnósticos a través de la matriz FODA, encuestas de clima laboral y entrevistas a jueces, funcionarios y empleados. En virtud de estos diagnósticos se diseñan intervenciones a través de talleres de capacitación y reflexión sobre los siguientes temas: liderazgo, trabajo en equipo, comunicación, reuniones efectivas, resolución de conflictos, administración del tiempo, *feedback*, formación de formadores, cambios actitudinales, etc.

3 | Profundizando el desarrollo de la política de gestión: Proyecto de Norma de Gestión de Calidad, desarrollo del saber académico

En el marco de la profundización de la política de gestión, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán y la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS) organizaron el I Encuentro de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de la Argentina sobre Gestión Judicial, realizado el 19/05/2011. Participaron el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Ricardo Lorenzetti; el Pre-

sidente de la JU.FE.JUS, Dr. Rafael Gutiérrez; los Ministros y Vocales de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de 20 provincias argentinas y los equipos técnicos o encargados de gestión de la CSJN y de las Cortes provinciales. En el Encuentro se debatió el proyecto de Norma de Gestión de Calidad: Organización de la Unidad Judicial elaborado por la Oficina de Gestión de la CSJT. Los Ministros y Vocales de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia suscribieron un acuerdo marco sobre gestión judicial en el que los superiores tribunales convinieron analizar el proyecto de norma referido, dejando planteada la conveniencia de avanzar en la conformación de un órgano federal de acreditación, y generar una instancia de evaluación del grado de desarrollo alcanzado en cada jurisdicción en materia de gestión.

Así también, y con el objetivo de formar y capacitar operadores judiciales en la gestión administrativa organizacional, la Corte Suprema de Justicia de Tucumán y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires firmaron dos convenios los días 23 y 30 de junio de 2011. El primero, "Convenio Marco de Cooperación Académica" y el segundo, "Curso de Posgrado de Administración de Sistemas Judiciales de Gestión"; a partir de ellos, se aprobó la realización del Curso de Posgrado "Administración de Sistemas Judiciales de Gestión", cuyo dictado y certificación está a cargo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Su dictado es mensual y tiene una carga horaria total de 80 hs. La primera edición fue para 100 (cien) profesionales del Poder Judicial de Tucumán y finalizó el cursado durante el mes de Junio de 2012. La segunda edición, que también fue para 100 (cien) profesionales, ya comenzó el cursado en el mismo mes.

4 | El cuidado del ambiente: eje transversal

Con el fin de proponer el desarrollo planificado, en nuestro Poder Judicial, de la política prioritaria de Estado de la Provincia de Tucumán de preservación del medio ambiente (art. 41 CP), se elevó a Corte Suprema el proyecto de desarrollo de un Sistema de Gestión Ambiental a través de la implementación de una Norma que tenga por finalidad orientar, integrar, coordinar, supervisar, evaluar y garantizar la aplicación de las políticas, planes, proyectos y acciones destinados a la protección del am-

biente y contribuir a la conservación y el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.

El desarrollo de esta política de ambiente, también se fundamenta en la declaración de las Naciones Unidas de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992), los arts. 41 CN y 1, 2 y 3 de la 25.675.

El proyecto de Norma de Gestión Ambiental presentado define la política, los objetivos, la operatividad en la implementación del Sistema y la documentación de las acciones realizadas.

Con el fin de generar y coordinar proyectos de acciones concretas, se propone la creación de un grupo de trabajo integrado por los interesados en la materia bajo la coordinación de la Oficina de Gestión.

En esta línea, se inscribe también un proyecto para reciclaje de papel en el Poder Judicial de Tucumán en el que se proyecta que los fondos obtenidos sean donados a una ONG para ampliar un Banco Ortopédico solidario.

5 | Conclusiones

La gestión como mecanismo de mejora continua del Poder Judicial ha sido adoptada como política de Estado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y también por la mayor parte de las Cortes o Superiores Tribunales de Justicia de las provincias argentinas. Tal decisión institucional constituye la clave inicial y de impulso continuo de un proceso de transformación dirigido a alcanzar un servicio de justicia eficiente, y es el reflejo y producto de un profundo debate y reflexión que viene desarrollándose en las Conferencias Nacionales de Jueces que la CSJN realiza a partir del año 2006. En dichos encuentros, se trabaja sobre políticas de Estado consensuadas con la participación de los jueces de todas las instancias y de todas las regiones del país del ámbito nacional y federal, como de las provincias: relación comunicacional con la sociedad, acceso a la justicia, política de género, independencia judicial, y gestión judicial e informática.

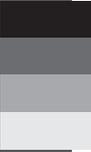
Con relación a la que motiva el presente trabajo, la gestión judicial e informática, es pertinente señalar que las herramientas tecnológicas son

fundamentales, pero sin un cambio cultural, sin un verdadero análisis y revisión de prácticas judiciales decimonónicas, no se producen los resultados esperados.

El Poder Judicial de Tucumán inició, a partir del año 2008, el desarrollo de un ambicioso plan de gestión, de modo sistemático y organizado a cargo de una oficina que depende de la Corte Suprema de Justicia. El modelo de intervención que desde allí se propone requiere, como condición de funcionamiento, del compromiso y la participación activa de los titulares de cada unidad judicial para modificar prácticas obsoletas y naturalizadas e instalar una nueva mecánica de trabajo que, basada en un círculo de reflexión-acción, busque constantemente oportunidades de mejora del servicio de justicia.

El programa implementado en los últimos tres años muestra resultados satisfactorios que alientan tanto a su profundización como a su extensión hacia nuevas unidades judiciales con el propósito de cumplir el mandato constitucional de brindar una tutela judicial efectiva a través de una respuesta ágil y adecuada al reclamo del ciudadano.

El Poder Judicial de Tucumán apuesta a generar nuevas prácticas laborales que apunten a una mejor calidad de vida laboral y a la implementación progresiva de cada una de las fases que configuran el expediente digital. No podemos dejar de señalar que ese cambio estructural no sólo piensa en nosotros, mujeres y hombres de este tiempo, sino en las próximas generaciones, horizonte imprescindible en el diseño e implementación de políticas de Estado sólidas y eficaces.



Fuentes citadas

Índice de fuentes citadas

- ADAMS, WILLI PAUL, *Los Estados Unidos de América*, Madrid, Siglo XXI, 1998.
- ADORNO, THEODOR; FRENKEL-BRUNSWIK, ELSE; LEVINSON, DANIEL J. y NEVITT, SANFORD R., *The Authoritarian Personality*, Nueva York, Harper & Row, 1950.
- ALAÉZ CORRAL, BENITO y ÁLVAREZ, LEONARDO, *Las decisiones básicas del Tribunal constitucional federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, CEPC, 2008.
- ALAÉZ CORRAL, BENITO, “Nacionalidad, ciudadanía y democracia en la configuración nación/pueblo”, en *Fundamentos*, n° 7 (Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional), Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2012.
- ALBORNOZ, LILIANA, “El derecho a réplica, rectificación o respuesta y la jerarquización del hombre”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-A.
- ALCA, *El largo camino a la crisis. Centro, periferia y transformaciones de la economía mundial*, Buenos Aires, Editorial Cara o Ceca, 2011.
- ALCA, *Neoliberalismo y nuevo pacto colonial*, Bs. As., Editorial de la Central de Trabajadores Argentinos, diciembre 2001.
- ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Bs. As., Astrea, 1998.
- ALEX, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 1997.
- ALFONSÍN, RAÚL, *Democracia y consenso. A propósito de la reforma constitucional*, Bs. As., Corregidor-Tiempo de Ideas, 1996.
- ALTHUSSER, LOUIS, *Montesquieu. La política y la Historia*, Madrid, Editorial Ariel, 1964.
- AMUNÁTEGUI ECHEVERRÍA, ANDRÉS, “El protagonismo político del Poder Judicial entre los años 1965 y 1973”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVI*, Valparaíso, Chile, 2011 (1er semestre).
- ANDERSON, PERRY, “Neoliberalismo: un balance provisorio”, en Sader Emilio y Pablo Gentili (comps.), *La trama del Neoliberalismo. Mercado, crisis y exclusión social*, 2da. edición, Bs. As., Clacso (Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales), 2003.
- ANSALDI, WALDO, *América Latina. La construcción del orden*, Bs. As., Editorial Ariel, 2012.
- ANSALDI, WALDO, “La democracia en América Latina, más cerca de la precariedad que de la fortaleza”, en *Sociedad*, n° 19, Bs. As., Facultad de Ciencias Sociales (UBA), diciembre 2001.
- ANSOLABEHERE, KARINA, *La política desde la justicia. Cortes Supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, Flacso/Fontamara, 2007.
- APESTEGUIA, CARLOS, *Sumarios Administrativos*, 3ra. edición aumentada y actualizada, Bs. As., Ediciones La Rocca, 2008.
- ARCEO, ENRIQUE y ARIAS, MARÍA FERNANDA, “Discurso de ideas y de masas: la campaña peronista de 1989”, en *Documento de trabajo n° 2*, Universidad Católica Argentina, Bs. As., 1997.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- ARISTÓTELES, *POLÍTICA*, 1289 a 15-18, W. L. Newman (ed.), Oxford University Press, 1962, vol. IV.
- BADENI, GREGORIO, *Libertad de prensa*, Bs.As., Ed. Abeledo Perrot, 1997.
- BADENI, GREGORIO, *Tratado de Derecho constitucional*, Bs. As., La Ley, 2004.
- BASTIDA, FRANCISCO, “Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales”, en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Barcelona, Ariel, 2004.
- BASUALDO, EDUARDO M., *Sistema político y modelo de acumulación*, Bs. As., Cara o Ceca, 2011.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Miguel Carbonell y Leonardo Jaramillo (eds.), AA.VV., *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- BAZÁN, VÍCTOR, “Estado constitucional y Derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos”, en AA.VV., *Derechos Humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Navarra, Cívitas, 2011.
- BELTRÁN DE FELIPE, MIGUEL y GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V., *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*, Madrid, CEPC, 2006.
- BENDIX, REINHARD, *Max Weber*, Bs. As., Amorrotu, 1979.
- BERCHOLC, JORGE OMAR y BERCHOLC, DIEGO JUAN, *Los discursos presidenciales en la Argentina democrática (1983-2011)*, Bs. As., Lajouane, 2012.
- BERCHOLC, JORGE OMAR, *El Estado y la globalización*, Bs. As., Ediar, 2008.
- BIANCHI, ALBERTO B., “Un fallo sobre derecho de réplica que pone en mora al Congreso”, en *ED*, 1992, t. 148.
- BIANCHI, ENRIQUE TOMÁS, “Derecho de rectificación o respuesta. La información inexacta y perjudicial”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1996D.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., “El ‘adentro’ y el ‘afuera’ del derecho de réplica”, en *ED* 25/08/1992, T. 48.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Bs. As., Ediar, 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de Derecho constitucional*, Bs. As., Ediar, 1996, Tomo I.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Manual de la Constitución reformada*, Bs. As., Ediar, 1996.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado elemental de Derecho Constitucional*, Ediar, Bs. As., 2000, Tomo I-A.
- BINDER, ALBERTO, ¿Cómo y sobre qué debe rendir cuentas el sistema judicial?, en *Revista Sistemas Judiciales*, n° 15, Santiago de Chile, 2011.
- BISCARETTI DI RUFFIA, PAOLO, *Introducción al Derecho constitucional comparado*. trad Héctor Fix-Zamudio, México DF, FCE, 1996.
- BOBBIO, NORBERTO, *Contribución a la teoría del Derecho*, Valencia, Torres Editor, 1980.
- BOBBIO, NORBERTO, *El futuro de la democracia*, trad. de J. Moreno, Barcelona, Planeta, 1994.
- BOBBIO, NORBERTO, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- BOBBIO, NORBERTO, *Origen y fundamento del poder político*, México, Grijalbo, 1985.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- BOBBIO, NORBERTO; MATUCCI, NICOLA y PASQUIN, GIANFRANCO, *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 2002.
- BONAVIDES, PAULO A., *Constituição aberta*, São Paulo, Malheiro Editores, 1996.
- BONAVIDES, PAULO A., *Curso de Direito constitucional*, 26ta. ed., São Paulo, Malheiro Editores, 2011.
- BORGES, JORGE LUIS, “El impostor inverosímil de Tom Castro”, en *Obras completas, Bs. As., Sudamericana/La Nación, 2011, Tomo IV*.
- BOUDON, R. y BOURRICAUD, F., *Diccionario crítico de sociología*, Argentina, Edicial, 1993.
- BRECHT, ARNOLD, *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX* (trad. de J. M. Maurí), Bs. As., Depalma, 1963.
- BULYGIN, EUGENIO, “Sentencia Judicial y Creación de Derecho”, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, CEPC, 1991.
- BUNGE, MARIO, *Filosofía y Sociedad*, México D.F, Siglo XXI editores, 2008.
- BUNGE, MARIO, *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, Barcelona, Gedisa, 2011.
- BUNGE, MARIO, *Emergencia y convergencia*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- BUNGE, MARIO, *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1982.
- BUNGE, MARIO, *Filosofía política. Solidaridad, cooperación y democracia integral*, Barcelona, Gedisa, 2009.
- BUNGE, MARIO, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., Sudamericana, 1998.
- BUNGE, MARIO, *Las ciencias sociales en discusión*, Bs. As., Sudamericana, 1999.
- BURGOS SILVA, GERMÁN, “¿Qué se entiende hoy por independencia judicial? Algunos elementos conceptuales”, en *Independencia judicial en América Latina: ¿de quién?, ¿para qué?, ¿cómo?*, Bogotá D. C., Ediciones Ántropos Ltda/ ILSA/ Series Textos de Aquí y Ahora, 2003.
- CABRERA ACEVEDO, LUCIO, *La Suprema Corte de Justicia durante el gobierno del general Lázaro Cárdenas (1935-40)*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1999.
- CALCAGNO, ALFREDO E., *La perversa deuda externa Argentina*, Bs. As., Legasa, 1985.
- CÁMPORA, MARIO y NAVARRO MARCELO, “La facultad sancionadora de los jueces y la Convención Americana de Derechos Humanos”, en *La Ley*, 9 de febrero, volumen 2010-A.
- CARPIZO, JORGE “El poder: su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”, en *Temas constitucionales*, México DF, Porrúa, 2003.
- CARRILLO MARK, “LIBERTAD de expresión y derecho de rectificación en la constitución española (comentario a la ley orgánica)”, en *Revista de Derecho Político*, Madrid, marzo 1984.
- CARRIÓ, GENARO, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Bs. As., Abeledo Perrot, 1994.
- CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “La Constitución y la Justicia Social” (palabras liminares a *Ciencia Política y Constitución*), en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As., Editorial Docencia, 2012, Tomo 1.
- CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “La política económica constitucional, los derechos básicos y una nueva Constitución”, (palabras Liminares

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- a *La Reforma de la Constitución*), en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As., Editorial Docencia, 2012, t. 12-1 y 13-4.
- CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “La vigencia de los derechos socioeconómicos y la Constitución”, en *Realidad Económica*, n° 89, 4to. Bimestre, 1989.
- CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “Reelección: sólo una norma habilitante”, en *Boletín del Instituto Económico-Social Interamericano*, año I, n° 5, agosto de 1993.
- CHOLVIS, JORGE FRANCISCO, “*Sampay y la Soberanía*” (palabras liminares a *El derecho y la soberanía argentina*), en *Obras Selectas de Arturo E. Sampay*, Bs. As., Editorial Docencia, 2012, t. 10.
- CICERÓN, MARCO TULLIO, *Tratado de los deberes*, J. S. Cruz Teijeiro (trad.), Madrid, Editorial Nacional, 1975.
- CIFUENTES, SANTOS, *Derechos Personalísimos*, Bs. As., Astrea, 1995.
- COOLEY, THOMAS M., *Principios generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América*, Bs. As., J. Peuser Editor, 1898.
- COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos*, Seminario SELA, Bs. As., 2001.
- DAHL, ROBERT, “La democracia”, en *Revista Postdata*, n° 10, Bs. As., 2004.
- DAHL, ROBERT, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992.
- DALLA VÍA, ALBERTO RICARDO, *Manual de Derecho constitucional*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2011.
- DE ASÚA, MIGUEL, “El primer trabajo de Newton sobre su teoría de la luz y los colores”, en *Ciencia Hoy*, Asociación Civil Ciencia hoy, vol. 10, n° 58, Bs. As., 2000.
- DE CASTRO REMIGIO FERRAZ y MARTINS RODRIGUES CARLOS ROBERTO, “Conselho Nacional de Justiça: tentativa de democratização do poder judiciário?”, en *Anais do XVII Congresso Nacional do Conpedi*, Brasília, 20, 21 y 22 de noviembre de 2008.
- DE LA CUADRA, TOMÁS, “Responsabilidad y Rectificación”, en *Revista española de derecho administrativo*, n°3, octubre-diciembre 1974.
- DE OTTO, IGNACIO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1991.
- DE VERGOTTINI, GIUSEPPE, *Derecho constitucional comparado*, C. Herrera (trad.), Bs. As., Universidad de Buenos Aires, 2005.
- DESANTES GUANTER JOSÉ M., “*La Cláusula de Conciencia*”, Pamplona, Ed. Eunsa, 1978.
- DESCARTES, RENÉ, *Discurso del método. Para dirigir bien la razón y buscar la verdad en las ciencias*, Barcelona, Altaya, 1993.
- DESHAZO, METER y VARGAS, JUAN ENRIQUE, “Evaluación de la Reforma judicial en América Latina”, Programa de las Américas del CSIS y el Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006. Ver texto en http://www.cejamericas.org/doc/documentos/JudicialReforminLatinAmericaSPANISH_final.pdf
- DIANA, NICOLÁS, “Discurso jurídico y derecho administrativo: doctrina de facto y emergencia económica (Anexo I)”, en Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, El método en derecho - La administración paralela*, 2da. edición, Bs. As., FDA, 2012, Tomo 6.
- DIRECCIÓN DE PUBLICACIONES DEL SENADO DE LA NACIÓN, “Discursos Presidenciales a la Asamblea Legislativa, 1983-2011”, Biblioteca del Congreso de la Nación, Bs. As.

- DOLABJIAN, “*Debates sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (primera parte)*”, en *Revista de Derecho Público*, año 1, n° 3, 2012.
- DUFFAU, NICOLÁS y RICO, ÁLVARO, *El Poder Judicial bajo la dictadura, 1973-1985*, Montevideo, Universidad de la República/CIEJ, 2012.
- DUQUE CORREDOR, ROMÁN; “El procedimiento Administrativo sancionador judicial en la experiencia comparada”, en *Técnicas de Administración de la corrupción en la administración de justicia*, Lima, Oficina de Control de la Magistratura, Poder Judicial, 2007.
- DURKHEIM, ÉMILE, *Las reglas del método sociológico*, Bs. As., Gradifco, 2011.
- ESPEJO YAKSIC, NICOLÁS y LEIVA GARCÍA, CARLA, *Digesto de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2012.
- EVANS, PETER, “El Estado como problema y como solución”, en *Revista Desarrollo Económico*, Bs. As., n° 140, 1996.
- FARRELL, MARTÍN D., *Ética en las relaciones internas e internacionales*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- FEDERICO PINEDO, “La Constitución vigente y el progreso económico y social”, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, 1948, t. XXVI.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1997.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 2009, t. IV.
- FERREIRA MENDES, GILMAR, “A suprallegalidade dos tratados internacionais de directos humanos e a prisão civil do depositario infiel no Brasil”, en la *Revista Systemas*, vol. 2, n° 1 CEPEJUS, Mato Grosso do Sul, 2010.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “An Approach to the Legal World. Constitution and Fundamental Rights”, en *Jahrbuch Des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Neue Folge, Band 60, Mohr Siebeck, Alemania, 2012.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “*Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*”, Carolina Machado Cyrillo da Silva y David Leal da Silva (trads.), Porto Alegre, Linus, 2012.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “El Derecho, la razón de la fuerza. Sobre la constitución y los derechos fundamentales”, en *Contextos*, n° 1, Bs. As., seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs. As., 2011.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, “Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos”, en *Contextos*, publicación del seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs. As., n° 4, Bs. As., 2012.
- FERREYRA, RAÚL GUSTAVO, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad. Límites a la judicialidad de la enmienda*, México D.F, Porrúa, 2007.
- FEUERBACH, LUDWIG, *La esencia del cristianismo*, F. Huber (trad.), Bs. As., Claridad, 2006.
- FINER, HERMAN, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, E. Tierno Galván (trad.), Madrid, Tecnos, 1964.
- FISS, OWEN, *El grado adecuado de independencia*, en Burgos, 2003.
- FIX ZAMUDIO, HÉCTOR y VALENCIA CARMONA, SALVADOR, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México DF, Porrúa, 2001.
- FLORES DAPKEVICIUS, RUBÉN, *Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1967. Actualizada, anotada y concordada*, Montevideo, AMF, 2004.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- FOUCAULT, MICHEL, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets, 1987.
- FOUCAULT, MICHEL, *Las redes del poder*, Bs. As., Almagesto, 1991.
- FOUCAULT, MICHEL, *Vigilar y Castigar*, Madrid, Editorial Siglo XXI, 1996.
- FREITES, SÁNCHEZ ALEJANDRO, “El proceso a los jueces tiene plazo fatal”, en *Revista Y Considerando...*, Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, n° 102, agosto 2012.
- FROMM, ERIC, *Anatomía de la destructividad humana*, Madrid, Siglo XXI, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Cívitas, 1991.
- GARCÍA G., JOSÉ FRANCISCO, “Corte Suprema y gobierno judicial: un programa de reformas”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, n° 20, julio 2009, Tomo I.
- GARCÍA JURADO, ROBERTO, “La personalidad autoritaria y la cultura cívica: de Adorno a Almond y a Verba”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, n° 201, Universidad Nacional Autónoma de México, septiembre-diciembre, 2007, vol. XLIX.
- GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Derecho Constitucional comparado*, Madrid, Alianza, 1987.
- GARGARELLA, ROBERTO, “Constitucionalismo versus Democracia”, en AA.VV., *Teoría y crítica del Derecho constitucional, T I: Democracia*, Bs. As., Abeledo Perrot, 2008.
- GARGARELLA, ROBERTO, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, en *Revista Perfiles Latinoamericanos*, México, 2006.
- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona, Ariel, 1996.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 4ta. edición ampliada y actualizada, Bs. As., La Ley, 2008.
- GHIRARDI, OLSEN, *El control de logicidad. En la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Córdoba, Advocatus, 2008.
- GOFFMAN, ERWIN, *Estigma. La identidad deteriorada*, Bs. As., Amorrortu, 2009.
- GÓMEZ LENIS, LEÓN, “Dos posturas encontradas frente al problema de la universalidad: posibilidad de una ética de la universalidad desde el horizonte de la eticidad (A propósito del debate entre liberales y comunitaristas). El debate liberalismo-comunitarismo”, en AA. VV., *Moralidad-Eticidad. Estudios sobre Kant y Hegel*, Universidad del Valle, Cali, Colombia, 2004.
- GONZÁLEZ ARZAC, ALBERTO, *Arturo E. Sampay y la Constitución de 1949*, Bs. As., Quince Editores, 2009.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, JUAN A., *Derecho constitucional argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución*, Bs. As., LaJouane & Cía., 1931.
- GONZÁLEZ FUENTES, SONIA, “Desconfianza política: el colapso del sistema de partidos en Venezuela”, Documento de Trabajo 03-14, n° 14, Unidad de Políticas Comparadas, CSIC, Madrid, 2003.
- GONZÁLEZ, FLORENTINO, *Lecciones de Derecho constitucional*, París, Bouret, 1889.
- GORDILLO, AGUSTÍN, “La creciente internacionalización del derecho”, en *Derechos Humanos*, 5ta. edición, Bs. As., FDA editores, 2005.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- GRAHAM-YOOLL, ANDREW, *Tiempo de tragedias y esperanzas. Cronología histórica 1955-2005. De Perón a Kirchner*, Bs. As., Lumiere, 2006.
- GRAMSCI, ANTONIO, *Antología*, Bs. As., Siglo XXI Editores, 2011.
- GRAMSCI, ANTONIO, *Los intelectuales y la organización de la cultura*, México, 1975.
- GRAMSCI, ANTONIO, *Notas sobre Maquiavelo, la Política y el Estado Moderno*, Barcelona, Planeta Agostini, 1973.
- GUASTINI, RICCARDO, *Distinguiendo*, Barcelona, Gedisa, 1999.
- GUASTINI, RICCARDO, *Teoria e Dogmatica Delle Fonti*, Milán, Giuffrè, 1998.
- GUIAR, HENOCH D., “Derecho de réplica: fundamentos y legislación comparada”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1985-D.
- GUIBOURG, RICARDO y MENDONCA, DANIEL, *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- HÄBERLE, PETER, *El Estado constitucional*, H. Fix-Fierro (trad.), México DF, IJ, 2003.
- HÄBERLE, PETER, “La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y ‘procesal’ de la Constitución”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6, n° 11, Bs. As., Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bs. As., 2008.
- HABERMAS, JURGEN, *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989.
- HAMILTON, ALEXANDER; MADISON, JAMES y JAY, J., *El federalista*, G. Velasco (trad.), México DF, FCE, 1994.
- HARRE ROM y LAMB, ROGER, *Diccionario de Psicología Social y de la Personalidad*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1992.
- HART, H., *El concepto de derecho*, G. Carrió (trad.), Bs. As., Abeledo Perrot, 1992.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la Filosofía del Derecho*, trad. y prólogo de Juan Luis Vermal, Madrid, Editorial Edhasa, 1988.
- HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- HESSE, KONRAD, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid, CEPC, 1992.
- HITTERS, JUAN CARLOS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de DDHH?”, en *Revista jurídica La Ley*, 2008.
- HOBBSBAWN, ERIC, *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica, 1995.
- HOHFELD, WESLEY N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, México DF, Fontamara, 2002.
- HOSTOS, EUGENIO M., *Moral social*, Madrid, Sociedad Española de Librería/ Circa 1910.
- HUMBOLDT, GUILLERMO DE, *Escritos políticos*, México DF, FCE, 1943.
- HUME, DAVID, “De los primeros principios del gobierno”, en *Ensayos morales y políticos*, trad. de J. A. Vazquez, Bs. As., Losada, 2010.
- INCLÁN, SILVIA e INCLÁN, MARÍA, “Las reformas judiciales en América latina y la rendición de cuentas del estado”, en *Perfiles Latinoamericanos*, México DF Facultad Latinoamericana de ciencias sociales Universidad Autónoma del Estado de México, n° 26, julio-diciembre, 2005.
- JANN, WERNER, “Análisis de políticas sectoriales”, en Dieter Nohlen (comp.), *Diccionario de política*, México, Porrúa, 2006, t. 1.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- JELLINEK, GEORG, *Teoría general del Estado*, F. de los Ríos (trad.), Bs. As., Albatros, 1954.
- KELSEN, HANS, ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?, R. Brie (trad.), Madrid, Tecnos, 1995.
- KELSEN, HANS, “La función de la constitución”, E. Bein (trad.), Bs. As., *Revista Electrónica del Instituto “Ambrosio L. Gioja”*, año IV, n° 5, 2010.
- KELSEN, HANS, “La garantía jurisdiccional de la Constitución”, R. Tamayo Salmorán (trad.), en *Revista Latinoamericana de Derecho procesal constitucional*, 2008.
- KELSEN, HANS, *Quién debe ser el defensor de la Constitución*, R. Brie (trad.), Madrid, Tecnos, 1995.
- KELSEN, HANS, *Teoría general de las normas*, H. C. Delory Jacobs (trad.), México DF, Trillas, 2007.
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del Derecho*, 2da. edición, R. Vernengo (trad.), México DF, Porrúa, 1998.
- KUNZ, ANA, “Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1930-1983)”, en *Estudios de Sociología y Metodología*, Ed. Estudio, 2000.
- LACACHE, DANIEL, *Psicoanálisis y estructura de la personalidad*, La Lucerna, 2005.
- LAMBERT, EDOUARD, *El gobierno de los jueces*, F. la Fuente (trad.), Madrid, Tecnos, 2010.
- LAMBERT, JACQUES, *América Latina, estructuras sociales e instituciones políticas*, 2da. ed., Barcelona, Ariel, 1964.
- LAPLANCHE, JEAN y PONTALIS, JEAN- BERTRAND, *Diccionario de Psicoanálisis*, Paidós, 1996.
- LASSALLE, FERNANDO, ¿Qué es una Constitución?, Bs. As., Ediciones Siglo XX, 1964.
- LAZZARINI, JOSÉ LUÍS, “La vigencia de facto de la Constitución”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1989-C-1315.
- LEIBNIZ, GOTTFRIED W., *Discurso de metafísica*, J. Marías (trad.), Madrid, Alianza, 2002.
- LEMONS, RENATO, “Poder Judiciário e poder militar (1964-1969), UFRJ”, en Celso Castro, Vitor Izecksohn, Hendrik Kraay (orgs.), *Nova história militar brasileira*, Río de Janeiro, Editora FGV/Bom Texto, 2004.
- LETURIA, FRANCISCO y CAVIEDES, CRISTÓBAL, *Poder Judicial en Chile. Percepción de Corrupción y Deficiencias Estructurales*, 2012.
- LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Derecho constitucional e instituciones políticas*, 3ra. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1981, t. II.
- LIPSET SEYMOUR, MARTÍN, “Elites, educación y función empresarial en América Latina”, en Lipset y Solari (comps.), *Elites y desarrollo en América Latina*, Paidós, Bs. As., 1967.
- LIPSET SEYMOUR, MARTÍN, “Repensando los requisitos sociales de la democracia”, *Revista Agora*, n° 5, Bs. As., 1996.
- LOEWENSTEIN, KARL, *Teoría de la constitución*, A. Gallego Anabitarte (trad.), Barcelona, Ariel, 1979.
- LOÑ, FÉLIX, “Derecho de Réplica”, en *Jurisprudencia Argentina*, 1986-III.
- LORETI, DAMIÁN, *El Derecho a la Información. Relación entre medios, público y periodistas*, Bs.As., Paidós, 1995.
- LOZADA, SALVADOR MARÍA, *Instituciones de Derecho Público*, 2da. ed., Bs. As., Editorial El Coloquio, 1976.

- LOZADA, SALVADOR MARÍA, *Instituciones de Derecho Público*, 2da. ed., Bs. As., El Coloquio, 1976.
- MÁIZ, RAMÓN, “Más allá del mito del Ágora. Democracia y Poliarquía en Robert Dahl”, en *Revista de Estudios Públicos*, Madrid, Nueva Época, n° 112, abril-junio 2001.
- MANILI, PABLO L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el Derecho constitucional argentino*, Bs. As., La Ley, 2003.
- MASNATTA, HÉCTOR, “La era de la crisis: instrumentos normativos, jurisprudenciales y para-jurisdiccionales”, en *Revista Jurídica La Ley*, 2004-A-1275.
- MODERN, RODOLFO, *Franz Kafka. Una búsqueda sin salida*, Bs. As., Editorial Almagesto, 1993.
- MORGAN, EDMUND, *La invención del pueblo. El surgimiento de la soberanía popular en Inglaterra y Estados Unidos*, J. Sierra (trad.), Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2006.
- NEGRETTO, GABRIEL, “El constitucionalismo puesto a prueba: decretos legislativos y emergencia económica en América Latina Estado de derecho y democracia en América Latina”, en *Revista Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n° 14, 2001.
- NEWTON, ISAAC, “El primer trabajo de Newton sobre su teoría de la luz y los colores” (1672), Miguel de Asúa (trad.), en *Ciencia Hoy*, Asociación Civil Ciencia hoy, vol. 10, n° 58, Bs. As., 2000.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2007.
- NOGUEIRA ALCALÁ, HUMBERTO, “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en *Estudios Constitucionales*, año 7, n° 2, 2009.
- NUTTIN, JOSEPH, *La estructura de la personalidad*, Bs. As., Editorial Kapelusz, 1968.
- O’ DONNELL, GUILLERMO, “Accountability horizontal: la institucionalización legal de la desconfianza política”, en *Revista Posdata*, Bs. As., 2011.
- O’ DONNELL, GUILLERMO, “Rendición de cuentas horizontal y nuevas poliarquías”, en *Revista Nueva Sociedad*, n° 152, noviembre-diciembre 1997.
- OSZLAK, OSCAR, “Formación histórica del Estado en América Latina: elementos teórico metodológicos para su estudio”, en *Estudios CEDES*, vol. 1, n° 3, 1978.
- PACE, ALESSANDRO y VARELA, JOAQUÍN, *La rigidez de las constituciones escritas*, P. Biglino Campos (trad.), Madrid, CEPCC, 1995.
- PALMA GONZÁLEZ, ERIC EDUARDO; “Sobre la intervención del Poder Judicial en Chile luego del 11 de septiembre de 1973”, en *Jueces para la Democracia*, n° 32, España, julio 1998.
- PÁSARA, LUIS, *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- PÁSARA, LUIS, “La experiencia comparada de los consejos en Reforma Judicial”, en *Revista Mexicana de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.
- PÉREZ GALLEGO, ROBERTO, “Constitución, derechos y poder judicial en la República de Weimar —Alemania 1919-1933— (A propósito

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- del 80° aniversario de la Constitución de Weimar)", en *Revista Jueces para la democracia*, Madrid, Editorial Edisa, 2000.
- PERÓN, JUAN D., *El Proyecto Nacional*, Bs. As., El Cid Editor, 1981.
- PLATÓN, "Político", en *Diálogos*, t. V. M. I. Santa Cruz et al (trads.), Madrid, Gredos, 2007.
- POPKIN, MARGARET, "Fortalecer la independencia judicial publicado", en Luis Pásara, *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- POPKIN, MARGARET, "Iniciativas para mejorar la Independencia Judicial en América Latina: una perspectiva comparativa", en Margaret Popkin (Directora Ejecutiva Fundación para el Debido Proceso Legal), *Pautas Para Promover La Independencia y La Imparcialidad Judicial*, Serie de Publicaciones Técnicas, Office of Democracy and Governance Bureau for Democracy, Conflict, and Humanitarian Assistance U.S. Agency for International Development, Washington, DC 20523-3100, 2002. Ver texto en: <http://www.dplf.org/uploads/1184344266.pdf>
- PORTANTIERO, JUAN CARLOS, *El rol de las Nuevas Tecnologías; en el Sistema de Justicia*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2012.
- PORTANTIERO, JUAN CARLOS, "La Organización y el Rol de las Cortes Supremas", en *Revista Cejas*, Bs. As., Ediciones del Instituto/ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2006.
- PORTANTIERO, JUAN CARLOS, "Reforma Judicial", en *Revista Mexicana de Justicia*, n° 2, julio- diciembre, México.
- PORTANTIERO, JUAN CARLOS, *Los usos de Gramsci*, Bs. As., Grijalbo, 1999.
- POSADA, ADOLFO, *Tratado de Derecho político*, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1924, t. II.
- POUND, ROSCOE, *Desarrollo de las garantías constitucionales de la libertad*, M. Calichio (trad.), Bs. As., Agora, 1960.
- PRITCHETT, HERMAN, *La constitución americana*, Bs. As., TEA, 1965.
- PROTÁGORAS, GORGIAS, *Fragmentos y testimonios*, Bs. As., Orbis, 1984.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Derecho constitucional*, Bs. As., Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1978.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, José Medina Echevarría (trad.), Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1944.
- RAMELLA, PABLO A., *Derecho constitucional*, 3ra. ed., Bs. As., Depalma, 1986.
- RAMOS TAVARES, ANDRÉ, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2011.
- RAVIGNANI, EMILIO (coord.), *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Peuser, Bs. As., 1937, T. 4.
- RAZ, JOSEPH, *La autoridad del Derecho*, México DF, UNAM, 1982.
- RICO JOSÉ MARÍ y SALAS, LUIS, *Independencia Judicial: replanteamiento de un tema tradicional*. Editorial San José, Colección Monografías, 1990.
- RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil: parte general*, 3ra. ed., Bs. As., Abeledo Perrot.
- RIVERO J., *Le Statu des techniques le formation de l'opinion, l'opinion publique*, Presses Universitaires de France, 1957.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- ROSANVALLON, PIERRE, *El modelo político francés. La sociedad civil contra el jacobinismo, de 1789 hasta nuestros días*, V. Goldstein (trad.), Bs. As., Siglo Veintiuno Editores, 2007.
- ROSATTI, HORACIO D., *Tratado de Derecho constitucional*, Bs. As., Rubinzal Culzoni, 2010, t. I.
- ROUSSEAU, JEAN J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, V. Waksman (trad.), Bs. As., Prometeo, 2008.
- ROUSSEAU, JEAN J., *Discurso sobre las ciencias y las artes*, S. Cano Méndez (trad.), Madrid, Alba, 1987.
- RUSSELL, BERTRAND, *Antología*, México DF, Siglo XXI, 2004.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., “El control de convencionalidad, en particular sobre las constituciones nacionales”, en *Revista jurídica La Ley*, Tomo 2009-B.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Elementos de Derecho Constitucional*, t. I, Bs. As., Astrea, 1993.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., *Manual de Derecho constitucional*, Bs. As., Astrea, 2012.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, en *Estudios constitucionales*, año 8, n° 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2010.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Reflexiones sobre la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables. A propósito de la “coalición” contra Irak”, en *Jurisprudencia Argentina*, SJA, Bs. As, Lexis Nexis, septiembre, 2005.
- SAGÜÉS, NÉSTOR P., “Variables del ejercicio del derecho a réplica”, *Revista jurídica La Ley*, 1996-A.
- SALAMANCA, LUIS, “La crisis global del poder judicial. Ideas para un Programa Nacional por una nueva Justicia en Venezuela”, en *Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n° 114, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1999.
- SAMPAY, ARTURO E., *Constitución y Pueblo*, 2da. ed., Bs. As., Cuenca Ediciones.
- SAMPAY, ARTURO E., *Diario de sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, 1949, t. I.
- SAMPAY, ARTURO E., *Ideas para la revolución de nuestro tiempo en la Argentina*, Bs. As., Juárez Editor, 1968.
- SAMPAY, ARTURO E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Bs. As., Bibliográfica Omeba, 1961.
- SAMPAY, ARTURO E., *La Paz-República de Bolivia*, 5 de abril de 1954.
- SAMPAY, ARTURO E., *Las Constituciones de la Argentina 1810/1972*, Bs. As., Eudeba, 1974.
- SAMPAY, ARTURO ENRIQUE, *La Constitución Democrática*, Bs. As., Ediciones Ciudad Argentina, 1999.
- SARTORI, GIOVANNI, *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estructuras, incentivos y resultados*, R. Reyes Mazzoni (trad.), México DF, FCE, 1996.
- SARTORI, GIOVANNI, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1990.
- SAYER, DEREK, *Capitalismo y modernidad. Una lectura de Marx y Weber*, Bs. As., Editorial Losada, 1994.
- SCHIFFRIN, LEOPOLDO, “Sobre la justicia”, en Román Lejtman, *Quince años de Democracia. Ensayos sobre la nueva República*, Bs. As., Editorial Norma, 1998.
- SCHUBERT, KLAUS, “Politics/Polity”, EN DIETER NOHLEN (comp.), *Diccionario de política*, México, Porrúa, 2006, t. 2.

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- SCOTT, PETER DALE, *The Road to 9/11. Wealth, Empire, and the Future of America*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 2007.
- SENESE, SALVATORE, “Aparato Judicial y lógica del sistema”, en *Política y Justicia en el Estado Capitalista. Selección*, Perfecto Andrés Ibañez (trad., introducción y notas), Barcelona, Editorial Fontanella, 1978.
- SERRAFERO, MARIO, “El área de Estudios presidenciales”, en *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Bs. As., 2011. Ver texto en: <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/13%20Serrafero.pdf>
- SERRONI COPELLO, RAÚL A., *Diálogo, racionalidad y salud mental*, Bs. As., Adip, 1997.
- SERRONI COPELLO, RAÚL A., *Encuentros con Mario Bunge*, Bs. As., Adip, 1989.
- SHELDON S. WOLIN, *Democracia S. A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*, Madrid, Katz editores, 2008.
- SMEND, RUDOLF, *Constitución y Derecho constitucional*, J. M. Beneyto Pérez (trad.), Madrid, CEPC, 1985.
- SMULOVITZ, CATALINA, “Constitución y Poder Judicial en la nueva democracia argentina. La experiencia de las instituciones” en Carlos H. Acuña, *La nueva matriz política argentina*, Bs. As., Nueva Visión, 1995.
- SOLA, JUAN V., *Derecho constitucional*, Bs. As., Lexis Nexis, 2006.
- SPOTA, ALBERTO A., “Método cartesiano. Iusnaturalismo y sistema republicano de gobierno”, en el *Boletín AADC*, n° 181, año XVII, Bs. As., Asociación Argentina de Derecho constitucional, 2001.
- SQUELLA, AGUSTÍN, “Independencia interna del Poder Judicial: Ante quiénes, en qué y para qué tenemos jueces independientes”, en Javier Couso y Fernando Atria (eds.), *La Judicatura como Organización*, Santiago, Instituto Expansiva-UDP e Instituto de Estudios Judiciales, 2007.
- STOPPINO, M., “Autoritarismo” en Bobbio N., et al., *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI, 1997.
- STOPPINO, M., “Transparencia Internacional Un sistema judicial independiente”, 2000. Ver texto en: <http://www.transparenciamexicana.org.mx/documentos/Sourcebook/capitulo8.pdf>
- STORY, JOSEPH, *Comentario abreviado a la Constitución de Estados Unidos de América*, México DF, Ed. Oxford, 1998.
- TOINET, MARIE-FRANCE, *El sistema político de los Estados Unidos*, G. A. Gallardo Jordán (trad.), México DF, FCE, 1994.
- TORRES DEL MORAL, ANTONIO, *Principios de Derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 2004.
- UNGE, MARIO, *La ciencia, su método y su filosofía*, Bs. As., Sudamericana, 1998.
- UNGE, MARIO, *Epistemología*, Barcelona, Ariel, 1982.
- UNGE, MARIO, *Las ciencias sociales en discusión*, Bs. As., Sudamericana, 1999.
- VALADÉS, DIEGO, *La lengua del Derecho y el derecho de la lengua*, México DF, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.
- VALADÉS, DIEGO, “Visión panorámica del constitucionalismo del siglo XX”, en *Revista Lati-*

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

- noamericana de Estudios constitucionais, n° 12, Fortaleza, Demócrito Rocha, 2011.
- VALLADARES LANZA, LEO, “Elementos para una conceptualización del derecho a la información. Ver texto en: <http://www.transparencia.org.es>
- VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE y DUCE JULIO, MAURICIO, “Gobierno Judicial: la organización y el rol de las cortes supremas”, en *Revista Sistemas Judiciales, La Organización y el Rol de las Cortes Supremas, Revista Cejas* 2006.
- VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE y DUCE JULIO, MAURICIO, “Informe sobre Independencia Judicial en Chile”, junio, 2000.
- VILAS, CARLOS MARÍA, *Derecho y Estado en una economía dependiente*, Bs. As., Editorial Guadalupe, 1974.
- VILLEY, MICHEL, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias, 1976.
- VON IHERING, RUDOLPH, *La Lucha por el Derecho*, Madrid, A. Posada (trad.), Librería de Victoriano Suárez, 1921.
- WALDRON, JEREMY, *Derecho y desacuerdos*, J. L. Martí et al (trad.), Madrid, Marcial Pons, 2005.
- WEBER, MAX, *Economía y Sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- WEBER, MAX, *Escritos Políticos*, México, Editorial Folios, 1985.
- WHEARE, K. C., *Las Constituciones Modernas*, Barcelona, Editorial Labor, 1971.
- WOLIN, SHELDON S., *Democracia S.A. La democracia dirigida y el fantasma del totalitarismo invertido*, Bs. As., Editorial Katz, 2009.
- WRÓBLEWSKI, JERZY, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid, Cívitas, 1985.
- XIFRA HERAS, JORGE, *Curso de derecho constitucional*, 2da. ed., Barcelona, Bosch, 1962.
- ZABLUDOSKY, GINA, *La Dominación patrimonial en Max Weber*, México Fondo de Cultura Económica/UNAM, 1990.
- ZABLUDOSKY, GINA, *Max Weber y la dominación patrimonial en América Latina*, Bs. As., Unidad de docencia e investigación sociohistóricas de América Latina/UDISHAL, 1991.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Bs. As., Ediar, 2000.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Ciudadanía y jurisdicción en América Latina”, en *Contextos*, n° 4, Bs. As., Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Bs. As., 2012.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, “Elogio del parlamentarismo”, en *Le Monde Diplomatique*, Bs. As., agosto de 2007.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Estructuras judiciales*, Bs. As., Ediar, 1994.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL *et. al.*, *Manual de Derecho penal*, Bs. As., Ediar, 2006.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *La Pachamama y el humano*, Bs. As., Colihue, 2011.
- ZANNONI, EDUARDO A., *Responsabilidad de los medios de prensa*, Bs. As., Astrea, 1993.
- ZANNOTTI, FRANCESCA; “El Consejo Superior de la Magistratura en Italia: funciones y disfunciones”, en Julio Salvador Nazareno, Julio Rodolfo Comadira e Carlos Guillermo Ocampo (a cura di), *Jornadas Internacionales so-*

ÍNDICE DE FUENTES CITADAS

bre el Consejo de la Magistratura, Bs. As., Ministerio de Justicia de la Nación, 1999.

ZAVALÍA, CLODOMIRO, *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina en relación con su modelo norteamericano*, Bs. As., Peuser, 1920.

ZAVALÍA, CLODOMIRO, *Jurisprudencia de la Constitución Argentina*, Bs. As., Restoy & Doeste, 1924.

ZUÑIGA URBINA, FRANCISCO “Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, caso ‘Atala Riffo y niñas vs. Chile’”, en *Estudios constitucionales*, año 10, n° 1, Santiago de Chile, Universidad de Talca, 2012.

Otras fuentes consultadas

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1858.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1863.

Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, 1994, Tomo 4.

Índice Temático

A

ACCESO A LA JUSTICIA P. 72, 293, 302
derecho a la tutela judicial efectiva P. 293

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA P. 255, 257, 259, 260, 269, 271, 275, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292

asignación universal por hijo P. 276, 281

C

CONSEJO DE LA MAGISTRATURA P. 212, 213, 216, 217, 219, 220

CONSENSO DE WASHINGTON P. 20, 31, 33, 40, 170, 171

CONSTITUCIÓN NACIONAL P. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 19, 25, 33, 40, 50, 96, 111, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 142, 143, 212, 219, 256, 266

bloque de constitucionalidad P. 63, 315
Constitución de 1853 P. 12, 18, 19, 25, 28,

30, 34, 40, 42, 43, 50, 51, 80
Constitución de 1949 P. 6, 12, 19, 26, 42, 47, 51, 154, 313

constitución escrita P. 4, 6, 9, 11, 14, 16, 17, 18, 19, 24, 26, 27, 28, 30, 34, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 50, 52, 55, 316

constitución real P. 4, 6, 9, 11, 16, 17, 18, 19, 20, 24, 25, 26, 27, 30, 31, 36, 38, 39, 41, 42, 48, 50, 51, 52, 53, 55

Pacto de Olivos P. 33, 34, 35, 39, 51, 154, 219
parte dogmática P. 10, 12, 13, 15, 25, 28, 30,

34, 38, 54
parte orgánica P. 10, 15, 25, 28, 33, 34, 54

poder constituyente P. 9, 10, 11, 25, 26, 27, 29, 30, 32, 34, 36, 39, 43, 45, 50, 51, 53, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 71, 74, 77, 78, 82, 86, 87, 93, 99, 102, 107, 148, 158

reforma constitucional P. 11, 28, 32, 33, 43, 59, 74, 148, 153, 154, 312

Principio de supremacía constitucional P. 17, 54, 73, 153

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD P. 59, 74, 75, 104, 105, 111, 183, 214

constitucionalidad de la ley P. 115, 103, 155, 159, 173, 174

control de constitucionalidad difuso P. 159, 160

control judicial de constitucionalidad P. 111, 112, 113, 155, 161, 173, 174, 311

declaración de inconstitucionalidad P. 67, 94, 115, 117, 122, 133, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 173

CORRUPCIÓN P. 165, 182, 190, 193, 216, 264, 265, 269, 270, 280

D

DERECHO CONSTITUCIONAL P. 12, 28, 32, 57, 67, 77, 90, 104, 105, 111, 161, 238

DERECHOS HUMANOS P. 61, 62, 63, 64, 65, 78, 94, 108

derecho internacional de los derechos humanos P. 61, 62, 63, 64, 65, 78, 94, 108

DERECHO OBJETIVO P. 60, 63, 90, 178

DERECHOS FUNDAMENTALES P. 8, 38, 60, 66, 68, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 105, 107, 108, 158

DERECHOS SUBJETIVOS P. 60, 83, 84, 88, 90, 91, 97, 108, 225

derechos de libertad P. 94

derechos sociales P. 95

DIVISIÓN DE PODERES P. 168, 170, 177, 179, 266

independencia de los poderes del Estado P. 143, 144, 146, 151, 266, 269, 270

E

- EMPLEO PÚBLICO P. 265
 empleo público profesionalizado P. 265
- EMPRESAS P. 282, 284, 285, 286, 287, 289, 291, 292, 294
 privatización de las empresas públicas P. 260, 262, 264, 268, 279

G

- GOLPE DE ESTADO P. 20, 25, 26, 27, 28, 30, 38, 40, 48, 51, 52, 154

I

- INTERPRETACIÓN DE LA LEY P. 18, 19, 36, 67, 68, 69, 70, 71, 75, 102, 105, 112, 117, 136, 142, 143, 150
 interpretación usual o práctica P. 113, 115, 118, 119, 120, 121

J

- JUSTICIA FEDERAL P. 111, 126, 136, 142
 competencia federal P. 126, 130, 133
- JUSTICIA NACIONAL P. 126, 127, 130, 133, 147
 competencia de los tribunales nacionales P. 131, 133
- JUSTICIA SOCIAL P. 4, 5, 16, 24, 41, 49, 96, 261, 268

L

- LEYES DE OBEDIENCIA DEBIDA Y PUNTO FINAL P. 277

N

- NEOLIBERALISMO P. 22, 33, 38, 40, 51, 52, 53, 170, 171, 260, 274

P

- PODER JUDICIAL P. 70, 74, 75, 111, 112, 113, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 127, 128, 129, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 150, 153, 154, 155, 157, 161, 166, 168, 174, 175, 184, 185, 187, 190, 217, 218, 293, 294, 298, 300, 301, 302, 303
- autocracia judicial P. 171, 193, 194
- burocracia judicial P. 197, 201
- empleados judiciales P. 211, 213
- facultades disciplinarias de los tribunales P. 163, 212
- independencia del Poder Judicial P. 165, 171, 188, 190, 191, 202, 216, 217
- reforma judicial P. 163, 164, 166, 169, 171, 195
- POLIARQUÍA P. 186, 187
- POLÍTICAS PÚBLICAS P. 24, 205, 255, 257, 259, 268, 269, 271, 280, 281, 282, 283, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292
- política específica o sectorial P. 272, 275, 278, 284, 285, 286, 289, 290, 292, 302, 303
- Políticas Sociales P. 272
- PODER EJECUTIVO NACIONAL P. 33, 34, 43, 44, 45, 46, 48, 50, 73, 82, 156, 157, 166, 168, 186, 217, 276, 281
- discursos presidenciales P. 255, 257, 278, 283, 285, 287, 289, 291
- PROTECCIÓN DEL AMBIENTE P. 301
 preservación del medio ambiente P. 263, 265, 301
- REELECCIÓN PRESIDENCIAL P. 43, 44, 45, 46, 47, 49, 50
- REFORMA DEL ESTADO P. 51, 259, 260, 264, 267, 269, 279, 280, 283, 285, 286, 287, 288, 289

ÍNDICE TEMÁTICO

modernización del Estado P. 266,
268, 269, 279

refundación del Estado P. 263,
264, 279

ROL DEL ESTADO P. 258, 259, 260,
263, 272, 274, 276, 280, 281

recuperación del rol del Estado P. 258

redefinición del papel del Estado P. 259,
260, 262

S

SENTENCIA P. 66, 67, 74, 75, 82, 95, 96, 116,
117, 118, 135, 136, 147, 153, 160, 190, 194, 197, 211, 213,
215, 236, 242, 251

arbitrariedad de sentencias P. 72

SOBERANÍA P. 20, 31, 32, 38, 54, 60, 87, 93,
117, 126, 132, 138, 151, 152, 264

soberanía popular P. 88, 114, 133, 134,
176, 190, 218

Este libro con una tirada de 10.000 ejemplares, se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de la Cooperativa Campichuelo Ltda. en marzo de 2013.



Campichuelo 553 - C.A.B.A. - C1405BOG - Telefax: 4981-6500 / 2065-5202
campichuelo@cogcal.com.ar www.cogcal.com.ar