

**Concurso de artículos
académicos en homenaje
a Augusto Mario Morello**

**CONCURSO
DE ARTÍCULOS
ACADÉMICOS
EN HOMENAJE
A AUGUSTO MARIO
MORELLO,
A TREINTA AÑOS
DE LA REFORMA
CONSTITUCIONAL**

**Jurado integrado por:
Decano Ab. Miguel BERRI,
Dr. Roberto BERIZONCE,
y Profesor Mauro Fernando LETURIA**



**LIBRERÍA
EDITORIA
PLATENSE** La Plata, 2024

*Edición al cuidado de
Enrique Horacio Bonatto*

*Director Académico
Profesor Mauro Fernando Leturia
mpleturia@hotmail.com*

*Armado y paginación electrónica
Juan Bonatto Seoane
bottproducciones@hotmail.com*

*Diseño de portada realizado por el artista Matías La Plata.
Medio de Contacto: matiasleturia1@gmail.com*

*© Librería Editora Platense S.R.L.
Calle 15 n° 644 - 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina
Teléfono: (0221) 482-8070
info@editoraplatense.com.ar // www.editoraplatense.com.ar
Impreso en la Argentina- Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723*

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.442 de la República Argentina

Vargas, Telas Verónica
Concurso de artículos académicos / Telas Verónica Vargas; Juan Pablo Gardinetti; Emiliano Stazzone.
1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2024.
424 p. ; 23 x 16 cm.
1. Derecho. I. Gardinetti, Juan Pablo II. Stazzone, Emiliano III. Título
CDD 340.1

ISBN 978-950-536-596-8



Tabla de contenido

Prólogo.....	9
Orden de mérito y fundamentación.....	13
Hacia la construcción de un criterio en materia de libertad personal. Estándares para armar. Algunas reflexiones sobre “Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina” (sentencia 1 de septiembre de 2020) Telma Verónica VARGAS.....	17
Las regiones en la reforma constitucional de 1994 Juan Paulo GARDINETTI.....	113
Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una mirada a través de la figura del jefe de gabinete EmilianoSTAZZONE.....	135
30 años de la reforma constitucional de 1994: su impacto en materia procesal ManuelSARAGUSTI.....	161
Garantía y procedimiento constitucional de juicio por jurados, y su falta de regulación a nivel nacional a más de 170 años María Malena CABRERA.....	187
Consejo de la Magistratura Un aporte a la independencia del Poder Judicial Edgardo D. CHACÓN.....	215
A treinta años de la reforma constitucional, ¿nace un nuevo poder constituyente? Lucrecia CONTARDI GONZÁLEZ.....	223

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

Derechos de la infancia y la adolescencia a treinta años de la reforma constitucional Cintia Natalia CARRERAS JACZNIK.....	249
La falta de perspectiva de género en el ámbito del Poder Judicial. La no aplicación de la Ley Micaela Pilar Julieta DI LORENZO.....	267
El derecho del consumo, entre la reforma constitucional de 1994 y las “nuevas bases” para la economía y libertad de los argentinos (DNU 70/2023 y ley 27.742) Jeremías GARCÍA, Miriam S. PRIMO LIZAUR; Adrián Emir GOCHICOA.....	277
Por un derecho humano a un ambiente sano, 30 años de su constitucionalización a través de la causa ambiental argentina por el conflicto de las pasteras en Uruguay Juan Ignacio MORENO.....	287
El proceso ambiental y Morello: el adolescente y el maestro Tomás VASSER.....	311
El imperio de la Constitución Verónica BILCZIK.....	335
El trabajo, la propiedad privada y la justicia social a la luz de la Constitución de 1994 Sofía HARISPE.....	363
A 30 años de la reforma constitucional de 1994. Sistema socioeconómico expuesto y la antinomia con los instrumentos sobre DD.HH. Gerónimo Martín ERDMANN MC DONALD.....	393

Prólogo

En el vasto universo del conocimiento jurídico, hay figuras que brillan con luz propia, y una de ellas es la del Maestro Augusto Mario MORELLO. Este libro es más que una compilación de artículos; es un homenaje a su legado y a su incansable labor en la promoción del acceso a los derechos fundamentales. La Secretaria de Investigación Científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Librería Editora Platense, han unido fuerzas para organizar un concurso de ensayos y artículos de divulgación jurídica y científica. ¿El motivo? Celebrar los 30 años de la reforma constitucional de 1994 y, al mismo tiempo, rendir tributo al profesor MORELLO, por su tarea de promoción del saber y la investigación en el ámbito del Derecho.

Este concurso no fue sólo una oportunidad para que docentes, graduados, estudiantes y la comunidad educativa en general muestren su talento y creatividad. También es un espacio para reflexionar sobre las problemáticas actuales de las ciencias jurídicas y sociales, y fomentar la producción de conocimientos originales e inéditos. Los objetivos de este certamen -y por lo tanto, del libro que ahora se publica- fueron claros: incentivar la participación de toda la comunidad académica y reconocer la calidad y originalidad de los trabajos presentados. Todo esto, con la finalidad de generar un hábito de investigación y divulgación científica que enriquezca nuestro campo de estudio, y como consecuencia la eficacia y accesibilidad de los derechos fundamentales.

La producción científica en Derecho es uno de los pilares fundamentales de nuestra Casa de Altos Estudios. Por ello, es esencial promover formatos que alienten la participación de todos, para conocer y debatir el estado de las discusiones en las diversas ramas del Derecho que conforman las variadas problemáticas de la ciencia jurídica. La creatividad y la divulgación científica son, sin duda, parte esencial de los conoci-

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

mientos que promovemos entre nuestros espacios académicos, y de investigación científica.

Este libro se edita en el marco del concurso de ensayos y artículos en homenaje al Dr. Augusto Mario MORELLO con la intención de continuar con su legado así como también celebrar el aniversario de la reforma constitucional de 1994 que marcó un hito en la historia de nuestro país, en relación al cual, a 30 años de su implementación, hemos decidido reflexionar sobre sus impactos y desafíos. Desde la Secretaría de Investigación Científica venimos desarrollando y participando en diversas actividades que fomentan estos debates y ponderaciones. Este concurso se suma a las tareas que nos encomendamos, al mismo tiempo en que se constituye en una invitación abierta a toda la comunidad académica para que se sumerja en este ejercicio de análisis y reflexión.

Los objetivos de este libro son múltiples y ambiciosos. En primer lugar, se busca fomentar la participación, alentando la realización de trabajos originales e inéditos, ya sean individuales o colectivos. La idea es generar un ámbito especialmente creado que permita el desarrollo profesional de los docentes, graduados y estudiantes, mediante la reflexión de las problemáticas actuales relacionadas con cualquier materia propia de las ciencias jurídicas o sociales. En segundo lugar, se pretende reconocer académicamente la realización de los artículos originales correspondientes o derivados de las investigaciones o ensayos realizados por nuestra comunidad -en el caso particular que nos convoca, sobre los 30 años de la reforma constitucional de 1994-. Este reconocimiento no sólo es un incentivo para los autores, sino también una forma de destacar la calidad y originalidad de los trabajos presentados.

Otro de los objetivos de esta publicación -pero sobre todo de la realización de un concurso académico- fue diseñar, por medio de una evaluación transparente, los mecanismos que estimulen a los autores a desarrollar tareas de investigación. La transparencia en la evaluación es fundamental para garantizar el reconocimiento a la calidad de los trabajos de forma imparcial. Para ello, se ha decidido que los trabajos se presenten

A treinta años de la reforma constitucional

bajo seudónimos, lo que asegura que la evaluación se realice sin prejuicios y basada únicamente en el mérito del contenido; pero más importante aun: se ha designado un jurado de lujo, académicos expertos en la materia, agradecemos a los profesores Roberto Omar BERIZONCE, Miguel BERRI y Mauro LETURIA, por su participación y evaluación.

Finalmente, uno de los objetivos más importantes del concurso es contar con una producción de trabajos de calidad académica para proceder a su publicación o recopilación en un volumen. Este volumen estará bajo la dirección del Director Académico de Librería Editora Platense, y será una muestra tangible del esfuerzo y dedicación de nuestra comunidad académica, a quienes también agradecemos.

El concurso de ensayos y artículos de divulgación jurídica y científica en homenaje al Dr. Augusto Mario MORELLO fue una oportunidad única -que configura la inauguración de una práctica, que repetiremos el año entrante, y consideramos sostener en los sucesivos- para que la comunidad educativa en general pueda contribuir al avance del conocimiento jurídico. Fue una invitación a reflexionar sobre los 30 años de la reforma constitucional de 1994 y a analizar sus impactos y desafíos desde diversas perspectivas. Es, en definitiva, una forma de honrar la memoria de un gran maestro y de continuar con su legado de promoción del acceso a la Justicia y el conocimiento jurídico.

Así que, querido lector, te invitamos a sumergirte en estas páginas con la misma pasión y curiosidad con la que fueron escritas. Este libro es un testimonio del esfuerzo colectivo por avanzar en el conocimiento jurídico y un tributo a la memoria de un gran maestro.

Carola BIANCO y Nahuel ROLDÁN
Secretaría de Investigación Científica
FCJYS UNLP

Orden de mérito y fundamentación

Luego de analizada la totalidad de los trabajos presentados y por unanimidad, el jurado, acorde a las características de los temas abordados, la calidad de los mismos, la profundidad en el tratamiento dado por cada autor, ha decidido establecer el siguiente orden de mérito para los tres primeros lugares acorde a las condiciones del concurso.

-Primer Premio, para el trabajo de VARGAS, Telma Verónica, “Hacia la construcción de un criterio en materia de libertad personal. Estándares para armar. Algunas reflexiones sobre ‘Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina’ (sentencia 1 de septiembre de 2020)”

Realiza algunas reflexiones sobre “Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina (sentencia 1 de septiembre de 2020)” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la cual se encontró responsable internacionalmente al Estado Argentino de vulnerar garantías constitucionales, en perjuicio de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro, y ordenó la adecuación interna de la normativa nacional en materia de detenciones y requisas. Sin embargo, esta decisión de trascendencia para nuestro país, no estuvo acompañada de mayores precisiones, ni tampoco surgen del fallo herramientas nítidas que nos permitan armar un nuevo estándar de actuación. Por ello, lo que este trabajo pretende, es por un lado recopilar cuáles han sido los estándares que la CSJN fijó a lo largo del tiempo y por otro, encontrar herramientas disponibles en nuestros sistemas procesales actuales para arribar a una solución conforme la decisión del sistema interamericano de protección.

El trabajo resulta sobresaliente, por la importancia de la temática abordada y su claridad con profusión de fuentes nacionales y de la CIDH, desarrolla los estándares de actuación judicial y concluye proponiendo un criterio en materia de libertad personal.

-Segundo Premio: para el trabajo de GARDINETTI, Juan Pablo, “Las regiones en la reforma constitucional de 1994”

El trabajo aborda un tema propio de la reforma constitucional. El autor reflexiona acerca de una entidad -la región- incorporada a nuestro texto jurídico supremo por la reforma operada en el año 1994 (artículo 124 CN).

Nos trae las principales opiniones doctrinarias al respecto, las razones tenidas en miras por el constituyente reformador para su adopción y las prevenciones que cabe tener presente ante posibles desvíos de la finalidad para la que fueron reconocidas constitucionalmente las regiones. Asimismo, evalúa en qué medida ello puede implicar un fortalecimiento del sistema federal como principio organizador de la distribución del poder en nuestro país y de un mayor respeto a los derechos fundamentales de las personas.

-Tercer premio, para el trabajo de Emiliano STAZZONE, “Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una mirada a través de la figura del Jefe de Gabinete

El autor realiza un recorrido histórico que llega a la reforma constitucional del año 1994, en el que describe que existían distintas hipótesis acerca del tipo de vinculación política y el rol que tendría el JGM con el resto de los actores institucionales.

Un escenario posible sería que ese rol lo desempeñara una figura política fuerte, sea por su trayectoria previa o por ser referente de algún distrito relevante, y que tuviera el margen de maniobra suficiente para que -sin opacar a su superior jerárquico- pudiera conducir el gabinete y tener una intensa vinculación con el Parlamento. La segunda opción era la de una figura anodina que actuara exclusivamente bajo delegación presidencial y con escaso poder de negociación autónomo, haciendo las veces de “vocero” del PEN. El avance voraz de las facultades presidenciales y el alejamiento progresivo de su vo-

A treinta años de la reforma constitucional

cación coordinadora terminaron relegando al JGM a cumplir menos en tareas de intermediación que de vocería del Gobierno nacional.

Resultando que acorde a los objetivos de la Facultad tenidos en mira en la realización de este concurso, el jurado recomienda también la publicación de los siguientes trabajos, sin establecer entre ellos orden de mérito dado que su publicación, edición y corrección corresponde a Librería Editora Platense, acorde a sus reglas y pautas editoriales.

Trabajos que se publican en la obra colectiva

-CABRERA, María Malena, “Garantía y procedimiento constitucional de Juicio por Jurados, y su falta de regulación a nivel nacional a más de 170 años”

-SARAGUSTI, Manuel, “30 años de la reforma constitucional de 1994: su impacto en materia procesal”

-BILCZYK, Verónica, “El imperio de la Constitución”

-GARCÍA, Jeremías, GOCHICOA, Adrián Emir, PRIMO LIZAUR, Miriam S., “El Derecho del consumo, entre la reforma constitucional de 1994 y las ‘nuevas bases’ para la economía y libertad de los argentinos (DNU 70/2023 y ley 27.742)”

-CARRERAS JACNIZ, Cintia Natalia, “Derechos de la infancia y la adolescencia a treinta años de la reforma constitucional”

-MORENO, Juan Ignacio, “Por un derecho humano a un ambiente sano, 30 años de constitucionalización a través de la causa ambiental argentina por el conflicto de las pasteras de Uruguay”

-CONTARDI GONZÁLEZ, Lucrecia, “A treinta años de la reforma constitucional de 1994. ¿Nace un nuevo poder constituyente?”

-DI LORENZO, Julieta, “La falta de perspectiva de género en el ámbito del Poder Judicial. La no aplicación de la Ley Micaela”

-VASSER, Tomás, “El proceso ambiental y Morello: el adolescente y el Maestro”

-CHACÓN, Edgardo, “Consejo de la Magistratura. Un aporte a la independencia del Poder Judicial”

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

-HARISPE, Sofía, “El trabajo, la propiedad privada y la justicia social a la luz de la Constitución de 1994”

-MC DONALD, Gerónimo, ERDMANN, Martín, “A 30 años de la reforma constitucional de 1994. Sistema socioeconómico expuesto y la antinomia con los instrumentos sobre DD.HH.”

Menciones especiales a los trabajos que sin perjuicio de que no alcanzaron las condiciones mínimas para su publicación, el jurado felicita a sus autores y autoras por su realización y presentación en el concurso invitándolos a que continúen en el desarrollo de los temas abordados para las próximas ediciones del concurso.

-CORREA, Yriana, “Renta básica universal como óbolo del sistema capitalista” - “Democracia como Vox populi”

“Los procesos autoritarios se han reforzado a partir del año 2020, en ocasión de la pandemia global por COVID 19. Se ha tornado evidente la finalidad de control y regimentación del individuo”

-WILLIMAN, Nahuel Ignacio, “Los problemas actuales del Derecho Laboral”

Hacia la construcción de un criterio en materia de libertad personal.

Estándares para armar. Algunas reflexiones sobre “Fernández Prieto y Tumbeiro Vs. Argentina” (sentencia 1 de septiembre de 2020)

Telma Verónica VARGAS

SUMARIO: I. Introducción.- II. Pronunciamientos de la CSJN en casos de requisas y detenciones ilegales.- III. Estándares de actuación emergentes.- IV. Caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”.- V. Criterios de actuación desde el Ministerio Público de la Nación y Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires a partir de la sentencia.- VI. Algunas reflexiones.- VII. Bibliografía

I. Introducción

El 1 de septiembre de 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos encontró responsable internacionalmente al Estado Argentino de vulnerar garantías constitucionales, en perjuicio de los Sres. Fernández Prieto y Tumbeiro, y ordenó la adecuación interna de la normativa nacional en materia de detenciones y requisas. Sin embargo, esta decisión de trascendencia para nuestro país, no estuvo acompañada de mayores precisiones, ni tampoco surgen del fallo herramientas nítidas que nos permitan armar un nuevo estándar de actuación. Por ello, lo que este trabajo pretende, es por un lado recopilar cuáles han sido los estándares que la CSJN fijó a lo largo del tiempo y por otro, encontrar herramientas disponibles en nuestros sistemas procesales actuales para arribar a una solución conforme la decisión del sistema interamericano de protección.

II. Pronunciamientos de la CSJN en casos de requisas y detenciones ilegales

a) “*Daray*” (22/12/1994)

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

Hechos. En este caso, a raíz de un control de rutina que realizó personal de la Delegación San Rafael de la Policía Federal, aproximadamente a las 9:30 de la mañana del día 18 de abril de 1991 resultó la detención de Carlos Antonio Garbin, quien se encontraba circulando por la ciudad a bordo de un vehículo Mercedes Benz con patente de Capital Federal. Según los dichos de los preventores, la razón de la detención fue para que el conductor acreditara su habilitación para conducir. A pesar de que Garbin exhibió la documentación del auto y el permiso para circular, la prevención lo invitó a concurrir a la seccional policial; una vez allí, se constató que tanto los números grabados en el automotor como en el chasis coincidían con los consignados en la cedula de identificación del vehículo. En ese momento, mientras el personal policial intentaba comunicarse con Capital Federal para averiguar si el automotor tenía algún impedimento, Garbin hizo una declaración espontánea, según el relato de los preventores, en la que involucró a sus hijos diciendo que estos tenían automóviles extranjeros con patentes diplomáticas e incluso se ofreció a acompañar a los oficiales a “entrevistarse” con sus hijos. Efectivamente la entrevista se concretó, y los hijos de Garbin reconocieron haber comprado autos importados por diplomáticos de manera irregular, revelando las operaciones realizadas y el lugar en donde se ocultaban los vehículos. A partir de esta revelación, la policía detuvo e incomunicó a los hermanos Garbin, se le dio intervención al juez de turno por el delito de contrabando y se requirió orden de allanamiento para el secuestro de los vehículos y de su documentación. Consecuentemente se secuestró un automóvil Mercedes Benz con chapa diplomática, posteriormente se pudo averiguar que el mismo pertenecía al cónsul de Paraguay de la ciudad de Resistencia, el que requirió la devolución del vehículo y motivó la competencia originaria de la CSJN.

Decisión. En este marco la Corte tuvo que expedirse sobre la validez del procedimiento realizado por la prevención; de su lectura puede identificarse dos grupos de votos mayoritarios. El primero integrado por los votos de los jueces Petracchi,

A treinta años de la reforma constitucional

Fayt, Boggiano y López y el segundo integrado por los votos de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y Levene. El primer grupo de votos centra su análisis en el concepto de competencia, y considera que cuando el art. 18 CN dice "...Nadie puede ser...arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente...", se está refiriendo a que la facultad de restringir la libertad ambulatoria es un permiso otorgado por expreso mandato legislativo, el que debe ejercerse en las formas y condiciones fijadas por esa disposición legal. Tal requisito surge claramente del principio constitucional de legalidad, respecto del cual el máximo Tribunal ha dicho: "Toda nuestra organización política y civil reposa en la ley. Los derechos y obligaciones de los habitantes así como las penas de cualquier clase que sean, sólo existen en virtud de sanciones legislativas y el Poder Ejecutivo no puede crearlas ni el Poder Judicial aplicarlas si falta la ley que las establezca" (caso "Cimadamore", *Fallos*, 191:245 y su cita). Las normas (vigentes al momento del hecho), no autorizaban a la Policía Federal a restringir la libertad ambulatoria de Garbin, en virtud de que el art. 4 del código de procedimiento en materia penal, sólo habilitaba a detener por dos causales: cuando el sospechoso sea descubierto *in fraganti* delito o bien contra quienes haya indicios vehementes o semiplena prueba de culpabilidad. Ahora bien, la alegada "necesidad de una mayor verificación" por parte de la policía, que dio lugar a la "invitación" para que Garbin concurreniera a la dependencia policial, no puede equipararse a "indicio vehemente de culpabilidad o semiplena prueba" y en los hechos, tampoco se han configurado los requisitos que hubieren habilitado a la fuerza a detener con fines de averiguación de identidad (Art. 5, inc. 1 dec-ley 333/58), esto es, no se llega a ver de modo claro cuáles eran "las circunstancias que justificaban la actuación policial". Más aun, en las actas policiales no se explicaba cuáles eran las circunstancias que motivaron la restricción de libertad de Garbin padre. Los magistrados dicen que a partir de "Rayford", es doctrina de la CSJN que si en el proceso existe un solo cauce de investigación, y éste estuvo viciado de ilegalidad, tal circuns-

tancia contamina de nulidad todas las pruebas que se hubieran originado a partir de aquél (“Ruiz”, *Fallos*, 310:1847 y “Francomano”, *Fallos*, 310:2384). No alcanza para aceptar la existencia de un curso de prueba independiente, que a través de un juicio meramente hipotético se pueda imaginar la existencia de otras actividades que pudo haber realizado la autoridad de prevención, es necesario que conste en el expediente de forma expresa la existencia de dicha actividad independiente que habría llevado inevitablemente al mismo resultado. De las actuaciones, no es posible advertir la existencia de un curso de prueba, que con independencia de la detención declarada inválida, permita arribar al hallazgo del automóvil en cuestión; las declaraciones brindadas por los vecinos de los señores Garbin, en el sentido de que “era habitual observar a los imputados conducir autos importados”, no los hacen por sí mismas sospechosos (salvo que fueran autos con chapa diplomática y conducidas por quienes no revestían ese estatus), pero además las mismas fueron tomadas con posterioridad y a raíz de las actuaciones policiales que se inician con la detención de los nombrados. Finalmente, el hecho notorio “conducir autos importados”, no ameritó *per se* la apertura de ninguna investigación. Concluyen los magistrados que el arresto al que se refiere el art. 18 CN exige autoridad competente, y esa competencia surge exclusivamente de la ley; nada hay en la letra de la ley que habilite a los funcionarios a actuar en el caso concreto. El segundo grupo de votos inicia el análisis de los hechos a partir del momento en que se da la detención de Carlos Garbin, si bien admite que la Policía Federal estaba facultada para realizar controles de rutina con el fin de averiguación de antecedentes, lo cierto es que desde que Garbin exhibe su identificación personal y la documentación del vehículo en el que circulaba, allí debió haber cesado la actividad de los agentes del Estado. No obstante, cuando el personal policial toma la decisión de “invitar” a Garbin a que los acompañe a la delegación estatal, y éste los sigue, inicia una privación ilegal de la libertad. En los términos de los magistrados no hubo una “invitación” sino una verdadera detención desde el comienzo

A treinta años de la reforma constitucional

(CONS. 8). En este orden, analizan toda la evidencia disponible y concluyen en que hay contradicciones: primeramente, de las actas policiales se desprende que Garbin fue trasladado a la seccional a las 9:30 de la mañana, pero según la versión brindada por el propio afectado el requerimiento de traslado habría sido a las 8:30 hs y del libro de detenidos surge que su soltura se dispuso recién a las 1:46 hs del día 19 de abril; esto los lleva a concluir que durante al menos 16 horas Garbin estuvo privado de su libertad por un simple control de rutina. Segundo, en relación a la “entrevista” realizada por los agentes del Estado a Claudio y Alejandro Garbin, concluyen los magistrados que la misma fue anterior a la orden de detención efectuada por el juez de turno la que se realizó a las 17 hs. Del confronte de los libros respectivos surge que el ingreso de los hermanos a la delegación aconteció a las 14 hs del día 18 de abril, sin embargo, de las testimoniales de algunos agentes policiales intervinientes surgiría que su ingreso se habría dado cerca del mediodía y de las declaraciones de los afectados surgiría que su detención ocurrió entre las 10 y las 11 hs, en palabras de los magistrados “Lo que resulta objeto de debate es todo lo actuado a continuación del control mismo. El señor Carlos Antonio Garbin acreditó la titularidad y permiso para circular con el rodado y no obstante ello se lo detuvo. Ya en esa situación la autoridad policial dejó constancia de que el nombrado habría involucrado ‘espontáneamente’ en un delito a sus dos hijos. Esos hijos fueron inmediatamente detenidos y dieron explicaciones acerca del supuesto delito y del lugar en el que se encontraban los objetos del ilícito. Todo este procedimiento, que duró al menos varias horas, y en el que todos los afectados se vieron privados del acceso a un defensor, fue mantenido oculto al juez natural, hasta el momento en que se solicitaron las órdenes de allanamiento. En esa oportunidad también se omitió hacer saber al juez que Alejandro y Claudio Garbin ya se hallaban detenidos, y que éstos habían proporcionado datos sobre el lugar en el que se encontraban los automóviles. Las órdenes libradas por el juez para allanar los domicilios que le indicó la policía fueron diligenciadas con éxito”

¹. En este orden, se preguntan los magistrados si la detención sufrida se llevó a cabo de una manera compatible con el art. 18 CN, y señalan que la norma debe valorarse en dos aspectos: a) el primero de ellos en cuanto establece que ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y b) el segundo en cuanto garantiza que nadie puede ser arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. De la interpretación conjunta de ambos aspectos se concluye que no basta con la apertura de un procedimiento para garantizar suficientemente la libertad individual, sino que el mismo debe ajustarse a una ley anterior que al mismo tiempo faculte y limite al Estado en el ejercicio de la actividad procesal. Agregan que aun cuando exista una ley anterior que autorice la coacción estatal con fines procesales, esa autorización debe ser respetuosa de las libertades individuales aseguradas por la Constitución, que el art. 14 garantiza de modo general el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino. Ese derecho no es, sin embargo, absoluto pues, en cuanto aquí interesa, se encuentra condicionado por el art. 18, que autoriza a limitar la libertad ambulatoria de las personas con fines procesales. De la regla según la cual se proscribe el arresto de personas sin orden escrita de autoridad competente, se deriva, a *contrario sensu*, la autorización de restringir la libertad de las personas con fines cautelares siempre que la orden provenga de autoridad competente. Toda vez que la coerción procesal se lleva a cabo sobre quien goza de un estado de inocencia que todavía no ha sido destruido por una sentencia condenatoria, es necesario que las medidas restrictivas de la libertad y, en especial, las restrictivas de la libertad ambulatoria, sean ejecutadas conforme a la ley. Por otra parte, no basta la existencia de una ley para autorizar indiscriminadamente el empleo de la coacción estatal, sino que ésta debe limitarse a los casos en los que aparece fundadamente necesario restringir ciertos

1 CSJN, *Fallos*, 317:1985; LL,1995-B-349. Considerando n°10.

A treinta años de la reforma constitucional

derechos de quien todavía aparece como inocente ante el sistema penal, pues de lo contrario las garantías del art. 14 CN serían letra muerta ². Seguidamente analizan el art. 4 del Código de Procedimientos en materia penal (bajo cuyo imperio se inició la causa) reglamentario del art. 18 de la Constitución Nacional, el que establece el deber de los agentes de policía de detener a las personas que sorprendan en flagrante delito, y a aquellas contra quienes haya indicios vehementes o semiple-na prueba de culpabilidad, y los obliga a ponerlas inmediatamente a disposición del juez competente. En este caso, los agentes de policía no presenciaron la comisión de ningún delito (art. 5 del citado cuerpo legal), ni han dejado constancia de que tuviesen, al momento de detener al señor Garbin, algún indicio que razonablemente pudiera sustentar la sospecha de su vinculación con la comisión de un delito. Al contrario, no se advierte qué tiene de sospechoso que una persona conduzca su propio automóvil portando la documentación habilitante expedida a su nombre. Tampoco difiere la conclusión si se confronta la detención con la autorización concedida por el art. 5, inc. 1º, por la ley orgánica de la Policía Federal -decreto-ley 333/58, ratificado por ley 14.467 entonces vigente- que permitía a sus agentes “detener con fines de identificación en circunstancias que lo justifiquen y por un lapso no mayor de 24 horas, a toda persona de la cual sea necesario conocer sus antecedentes”. Esta norma no constituye una autorización en blanco para detener a los ciudadanos según el antojo de las autoridades policiales, ella requiere que estén reunidas circunstancias que justifiquen la razonabilidad de la detención. Esta exigencia de que la detención se sustente en una causa razonable permite fundamentar por qué es lícito que un habitante de la Nación deba tolerar la detención y, al mismo tiempo, proscribir que cualquier habitante esté expuesto, en cualquier circunstancia y momento de su vida, sin razón explícita alguna, a la posibilidad de ser detenido por la autoridad. De lo

2 Idem. Considerando n° 11.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

actuado en la causa nada persuade de que la autoridad policial haya obrado sobre la base del conocimiento de circunstancias que hiciesen razonable conducir al señor Garbin a la delegación policial y, en todo caso, si esas circunstancias han existido, los agentes policiales las han mantenido *in pectore*, y no han dejado expresión de ellas, lo cual impide disipar toda duda sobre la arbitrariedad del arresto. En esas condiciones, la detención de Carlos Antonio Garbin ha contrariado los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional ³.

b) “Fernández Prieto”⁴ (12/11/1998)

Hechos. El 26 de mayo de 1992 a las 19 horas, en circunstancias en que miembros del personal policial de la sección “Sustracción de Automotores” recorrían la jurisdicción de General Pueyrredón, ciudad de Mar del Plata, observaron que circulaba un vehículo marca Renault 12 con tres sujetos en su interior en “actitud sospechosa”, razón por la que lo interceptaron e hicieron descender a los ocupantes y lo requisaron en presencia de testigos habiéndose hallado “ladrillos” característicos de picadura de marihuana tanto en el baúl como en el interior del vehículo. Asimismo se incautaron un arma y proyectiles que se encontraban en el baúl. Uno de ellos, Fernández Prieto, asumió la responsabilidad del hecho al momento de la indagatoria.

Decisión. En este caso, se decidió por mayoría de votos convalidar el procedimiento policial y confirmar la sentencia condenatoria. El voto mayoritario, integrado paradójicamente por los mismos jueces que fijaron la doctrina “Daray”, sostuvo que los hechos del presente diferían de la doctrina fijada, por entender que en el caso bajo examen, la cuestión giraba alrededor de si era legítimo interceptar un vehículo automotor

3 Idem. Considerando n° 12.

4 *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Recurso de hecho Fernández Prieto, Carlos Alberto y otro s/infracción ley 23.737” –causa n° 10.099-.

sin orden, en cambio en “Daray”, lo que se cuestionaba era la detención y posterior traslado al solo efecto de una mayor verificación. En este sentido advierte CARRIÓ, que por los argumentos esgrimidos, parecería que para la Corte existirían detenciones “mayores” (que sí ameritaban su invalidación) y detenciones “menores” (tolerables, que no configuraban una verdadera detención o bien que ésta no era completa) ⁵, de allí que variara el criterio adoptado. Esta modificación de criterio, va a ser duramente criticada por los jueces que votan en disidencia, lo que abordaremos en el acápite siguiente. El voto mayoritario integrado por los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Belluscio, López y Vázquez, resuelve citando doctrina emergente de la Suprema Corte de Estados Unidos. En esta línea tiene especialmente en cuenta el caso “Terry v. Ohio”, del cual surge una excepción al estándar de prueba “causa probable”, que procede para requisas y detenciones sin orden, cuando medie “actitud sospechosa”. En el caso citado, dos personas se encontraban merodeando un supermercado, por un cierto periodo de tiempo, y esta actitud fue observada por personal policial, lo que ameritó que éste los indagara acerca del porqué de su presencia en ese lugar, sin que las respuestas brindadas alcanzaran a disipar sus dudas, por lo que procedió a palpar entre sus ropas de manera superficial, lo que arrojó como resultado la presencia de armas de fuego. Este proceder fue luego validado por la suprema Corte estadounidense, por entender que cuando un oficial de policía advierte una conducta extraña que lo lleva a concluir, a la luz de su experiencia, que se está preparando una actividad delictuosa, que las personas pueden estar armadas y ser peligrosas y que al presentarse como policía formula preguntas, sin que las respuestas brindadas disipen sus dudas acerca del temor razonable sobre su propia seguridad y la de los demás, tiene derecho para su propia protección y de los demás a revisar li-

5 CARRIÓ, Alejandro D. (2022), *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 6ª ed., p. 291.

mitadamente las ropas para descubrir armas. A su vez refuerza su decisión, citando el caso “Alabama v. White”, que fija un criterio de prueba menos exigente. En el que se sostuvo que el estándar de prueba sospecha razonable es un criterio flexible e inferior al estándar de causa probable, en virtud de que surge de información menos confiable que la que requiere causa probable, pero en ambos estándares de pruebas la validez de la información depende del contexto en que la información es obtenida y el grado de confiabilidad de la fuente ⁶. Agrega a sus fundamentos lo resuelto en “United States v. Watson”, en el que la Corte estadounidense adoptó como regla que para poder detener y requisar sin orden debe analizarse el momento y lugar del procedimiento y la existencia de razones urgentes para corroborarlos ⁷. Señala que dentro del sistema de precedentes norteamericano, en el caso “Carroll v. United States”, la Corte sentó la doctrina de “excepción del automotor”, que indica que existe una diferencia entre inspeccionar una morada e inspeccionar un auto: en este último es probable que no se pueda obtener una orden judicial rápida, en virtud de que el rodado puede rápidamente ser sacado de la localidad o jurisdicción en la cual la orden debe ser obtenida ⁸. Este criterio fue seguido posteriormente en “Chambers v. Maroney”, en donde la Corte expresó que la legalidad de la requisita depende de que el oficial actuante tenga causa probable para creer que el vehículo que él ha detenido transporta mercadería proveniente de un hecho ilícito. En este contexto, las circunstancias que la determinan son imprevisibles y la oportunidad de inspección fugaz. En esta misma línea citó como un argumento más, lo resuelto en “Droper v. United States”, “United States v. Ross”

6 Considerando n°10 Voto Mayoritario. *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Fernández Prieto”, cit.

7 Considerando n°11 Voto Mayoritario. *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Fernández Prieto”, cit.

8 Considerando n°12 Voto Mayoritario. *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Fernández Prieto”, cit.

A treinta años de la reforma constitucional

y “California v. Acevedo” en donde se reiteró el amplio campo de esfera para las requisas de automóviles, bajo el argumento de que los ciudadanos tienen menos expectativa de privacidad en los autos que en sus casas, y que la legalidad de la requisa depende de que exista causa probable y se dé inmediata comunicación al juez ⁹. Para finalizar hizo referencia al caso “United States v. Cortez”, del cual surge el estándar “*the whole picture*” aplicable a requisas y detenciones, en donde se dijo que para determinar si existe causa probable o sospecha razonable debe considerarse la totalidad de las circunstancias; también mencionó el caso “Illinois v. Gates”, en el cual la Corte sostuvo que si la información provenía de un llamado anónimo, una valoración aislada del mismo no proporciona fundamento suficiente para configurar causa probable, para creer que podía hallarse material de contrabando en la vivienda y en el automóvil; para determinar si hay causa probable debe ponderarse la totalidad de las circunstancias, corroborando la credibilidad del testigo y si su información es confiable.

Luego de citar estos precedentes, el voto mayoritario analiza el caso en cuestión y considera que el acto que se pretende impugnar se desarrolla en especiales circunstancias, que hacen que la requisa y la detención sea legítima, 1) los preventores estaban asignados a la zona; 2) tenían la específica función de prevención de delitos, 3) en el contexto de sus funciones, interceptan un automóvil, 4) esa interceptación se da por actitud sospechosa por la presunta comisión de un delito, 5) esa sospecha fue corroborada con el procedimiento, 6) se comunicó inmediatamente al juez ¹⁰. En este marco, entienden los magistrados que no hay afectación a garantías constitucionales, debido a que los oficiales de policía convocaron testigos de actuación, el imputado no cuestionó el procedimiento y exis-

9 Considerando n° 13 Voto Mayoritario. *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Fernández Prieto”, cit.

10 Considerando n°15. *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Fernández Prieto”, cit.

tían razones de urgencia para no demorar el procedimiento, en virtud de que el vehículo se encontraba en circulación y la demora hubiera posibilitado la fuga. La validez del acto se da por cuanto fue realizado como resultado de la específica tarea impuesta al personal interviniente de prevenir delitos y existían sospechas razonables y previas de la presunta conexión de los pasajeros del rodado con un hecho criminal ¹¹. A estas razones para decidir, el voto agrega el precedente nacional “José Tibold” ¹², en donde se sostuvo que los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional estricto, la razón de justicia que exige que el delito comprobado no rinda beneficios y por otra parte, que el interés público reclama que la verdad se determine en juicio, porque es el medio para alcanzar los valores más altos. Dicho en otras palabras, de no darse por válido el procedimiento, se estaría desconociendo la “verdad material” revelada en el proceso.

c) “*Tumbeiro*” ¹³ (03/10/2002)

Hechos. El 15 de enero de 1998 a las 13.45 horas, en las inmediaciones de la calle Corea al 1700 ciudad de Buenos Aires, el personal policial identificó a Carlos Alejandro Tumbeiro al considerar que su actitud en la vía pública resultaba sospechosa, porque su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero. No obstante acreditar su identidad con el documento que llevaba en su poder, ante el nerviosismo que exhibía se lo condujo al interior del vehículo policial a fin de establecer, a través del sistema dígito radial, si registraba pedido de captura, lo que arrojó re-

11 Considerando n°18. *Fallos*, 321:2947. F. 140. XXXIII. “Fernández Prieto”, cit.

12 *Fallos*, 254:320, considerando n°13.

13 *Fallos*, 325:2485. T. 135. XXXV. Tumbeiro, Carlos Alejandro s/ recurso extraordinario.

sultado negativo. Mientras se obtenía ese informe, se detectó que dentro del diario perteneciente al nombrado, que estaba a su lado en el asiento, había una bolsita con una sustancia que resultó ser cocaína. Ante este hallazgo, se convocó a testigos, se labró acta de estilo y se procedió a la detención. A partir de esos hechos, el tribunal *a quo* consideró que la interceptación de una persona en la vía pública con fines identificatorios y su posterior alojamiento en un vehículo policial a la espera de la recepción de los antecedentes que pudiera registrar, constituye una verdadera detención que no encuadra en ninguno de los supuestos del artículo 284, inciso 3, del Código Procesal Penal, sin que pueda invocarse una hipótesis de flagrancia porque la verificación del presunto delito fue posterior a esa detención. Asimismo, juzgó que el estado de nerviosismo de Tumbeiro era una circunstancia equívoca y, como tal, insusceptible para habilitar esa medida. Por último, descartó la aplicación del artículo 1 de la ley 23.950, pues no mediaron las condiciones que fija esa norma para la detención por averiguación de antecedentes.

Decisión. Por mayoría de votos, se aplicó la doctrina de “causa probable” tal y como fue desarrollada en “Fernández Prieto”, y se agregó como argumento de peso, la necesidad de que los casos se resuelvan conforme los criterios de interpretación. El texto de la ley procesal no puede interpretarse de manera aislada, sino que primero debe recurrirse al texto de la ley y luego tener en cuenta la función teleológica de la norma. En este sentido, sostienen los magistrados que la fuerza policial, en el caso concreto, no sólo estaba habilitada a intervenir en caso de flagrancia, sino que el mismo ordenamiento le permitía actuar sin orden cuando mediaran motivos de urgencia. El art 183 del Código de Procedimiento Penal le ordena a la policía prevenir los delitos cuya competencia corresponde a jueces de la Nación, es con relación a ese doble contexto normativo que debe analizarse la diligencia. Concluyen los magistrados que si bien no se configuró una situación de flagrancia, el procedimiento es válido, la policía estaba habilitada a intervenir, el imputado se encontraba en

un estado de nerviosismo, actitud evasiva, dio una imprecisa explicación sobre su presencia en el lugar ante las preguntas formuladas y la zona estaba particularmente identificada con una en las que se vendía droga. Sostienen que aun cuando todo esto no alcanzaba a fundar el estado de sospecha de la Ley 23.950, igualmente era necesario determinar *in situ* la posible existencia de pedido de captura u otro impedimento legal, pues la normativa del Código le imponía a los funcionarios actuantes la prevención general de delitos. Finalmente, los magistrados reconocen que esa facultad de prevención es ejercida por los funcionarios designados al efecto de manera discrecional y razonable, puesto que la misma no se aplica sobre cualquier individuo al azar, sino respecto de quienes, por motivos cuya exclusiva evaluación compete a la fuerza de seguridad, incitan a esa verificación en aras de sus funciones generales de prevención.

d) “Monzón”¹⁴ (12/02/2002)

Hechos. La autoridad policial estaba asignada a la prevención de delitos en el radio jurisdiccional de la División Mitre de la Superintendencia de Seguridad Ferroviaria, y en ese marco advierte la presencia de un individuo frente a la entrada del estacionamiento de la línea ferroviaria y procede a identificarlo. En esa oportunidad, los preventores notan que el individuo actuaba con cierto nerviosismo, por lo que convocan a dos testigos y le solicitan que exhiba sus efectos personales constatándose entre sus pertenencias la tenencia de tres cigarrillos de marihuana.

Decisión. La mayoría convalida la detención y requisa. El razonamiento es el siguiente: para valorar si la medida cautelar es legítima, debe examinarse el estado de sospecha que le dio lugar, a la luz de las circunstancias en que tuvo lugar la

14 Fallos, 325:3322. M. 420. XXXV. “Monzón, Rubén Manuel s/recurso de casación”.

identificación y requisas personal del encartado. Sostienen los magistrados que por aplicación de la doctrina emergente de “Fernández Prieto”, en las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial, debe darse especial relevancia al momento y lugar en que se realiza el procedimiento y a la existencia de razones urgentes para corroborarlo. Así lo resolvió la Suprema Corte norteamericana en el caso “United States v. Watson” 423, U.S., 411, C1976C, en donde convalidó arrestos sin orden judicial, practicados a la luz del día y en lugares públicos. En el caso bajo examen, la policía primero identificó a Monzón, observó cierto estado de nerviosismo, y procedió a requisarlo y detenerlo en un lugar público a plena luz del día. Las normas que regulan su accionar (arts. 183, 184 inc. 5 °, 230 y 284 del Código Procesal Penal de la Nación), indican que el personal policial estaba comisionado para recorrer el radio de la jurisdicción con la específica función de prevención del delito y en ese contexto interceptaron al encartado para su identificación, y su actitud sospechosa fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de efectos vinculados a la tenencia de estupefacientes, comunicando de inmediato la detención al juez. No sólo no se advierte ninguna irregularidad en el procedimiento del que pueda inferirse violación alguna al debido proceso legal, sino que el pronunciamiento impugnado ignora la legitimidad de lo actuado en prevención del delito, en circunstancias de urgencia y dentro del marco de una actuación prudente y razonable del personal policial en el ejercicio de sus funciones específicas ¹⁵. Concluyen los magistrados que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado “el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio”, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (conforme doctrina “Fiscal c/Fernández”, *Fallos*, 313:1305).

15 Considerando n°8.

e) “Szmilowsky”¹⁶ (06/02/2003)

Hechos. Personal policial se encontraba recorriendo el radio jurisdiccional del Departamento Operaciones Metropolitanas de la Superintendencia de Drogas Peligrosas en horas de la noche y en la intersección de las calles Pringles y Lezica, lugar donde se encontraba un paredón y un paso peatonal del Ferrocarril Sarmiento. Allí observan que dos personas se encontraban en el lugar, proceden a identificarse como policías frente a ellas y notan que quien luego resultó ulteriormente imputado, presentaba un gran nerviosismo. Razón por la cual, convocando a dos testigos, se le requirió que exhibiera sus efectos personales, constatándose entre sus pertenencias la tenencia de un envoltorio en cuyo interior se encontraba un trozo compactado de una sustancia vegetal de color marrón similar a la marihuana.

Decisión. La mayoría resuelve convalidar el procedimiento, trayendo como argumento los principios del precedente “Fernández Prieto”, reforzando la idea de que la validez del mismo debe analizarse a la luz del momento en que tuvo lugar y si existieron razones de urgencia para proceder. Sostienen los magistrados que si bien la Corte norteamericana para legitimar la injerencia estatal exige causa probable para proceder, no menos cierto es que el propio tribunal ha elaborado la doctrina “sospecha razonable” un estándar menos rígido de actuación, que habilita la injerencia sin orden judicial con tal que se examine el contexto de actuación, puede surgir de información que es inferior en calidad o contenido que la que requiere el concepto de “probable causa”, pero que en ambos supuestos, la validez de la información depende del contexto en que es obtenida y el grado de credibilidad de la fuente. En este caso, la injerencia se realizó en un lugar público y a plena luz del día, los oficiales se encontraban cumpliendo su función, éstos habían sido comisionados para recorrer el radio de

16 *Fallos*, 326:41.

la jurisdicción en la tarea de la prevención del delito y en ese contexto en horas de la noche y en las inmediaciones indicadas interceptaron al encartado que mostró una conducta muy nerviosa ante la sola presencia policial, actitud que despertó la razonable sospecha del funcionario policial actuante y que fue ulteriormente corroborada con el hallazgo de efectos vinculados a la tenencia de estupefacientes. Concluyen los magistrados que la legitimación del procedimiento se halla en el exclusivo cumplimiento de prevención de delitos, en circunstancias de urgencia. Debe recordarse que en el procedimiento penal tiene excepcional relevancia y debe ser siempre tutelado “el interés público que reclama la determinación de la verdad en el juicio”, ya que aquél no es sino el medio para alcanzar los valores más altos: la verdad y la justicia (doctrina citada en *Fallos*, 313:1305). Es por ello que una solución diferente no implicaría un aseguramiento de la defensa en juicio, sino desconocer la verdad material revelada en el proceso, toda vez que se trata de medios probatorios que no exhiben tacha original alguna (*Fallos*, 321:2947) ¹⁷.

f) *Waltta* ¹⁸ (21/9/2004)

Hechos. En horas de la noche, personal policial encuentra a cinco personas sentadas en el umbral de una morada, siendo éstas identificadas como Andrea Noelia Pérez, Silvio Muzzioli, César Luis Waltta, Rómulo Alberto Calderón y Ramón Ferrer. En esas circunstancias la policía comienza a requisarlos a todos, a excepción de Pérez, encontrando entre las pertenencias de Waltta dos cigarrillos de marihuana y una bolsita de nylon en cuyo interior se hallaba material estupefaciente y papeles para armar cigarrillos. La Cámara Federal de Rosario declaró la nulidad del procedimiento, por entender que los preventores no estaban legitimados a actuar, si bien ale-

17 Considerando N°11.

18 *Fallos*, 327:3829.

garon que al llegar a la intersección de las calles Alberdi y Av. Roca observaron la presencia de varias personas que se hallaban sentadas en el umbral de una vivienda “amparados por la penumbra de la noche, en actitud sospechosa” y que por esa razón se procedió a la identificación, los mismos constituían motivos insuficientes para legitimar la detención, y ni siquiera de las actuaciones posteriores se infería “...cuál fue el hecho concreto que motivó el proceder policial, más allá de que se alegue la circunstancia de la nocturnidad y la ‘actitud sospechosa’”. Tampoco se justificaron las razones de urgencia para actuar sin orden judicial. El Ministerio Público Fiscal impugnó la declaración de nulidad y promovió recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, ésta confirmó la decisión del superior, por lo que el Ministerio Público Fiscal promovió recurso extraordinario federal, el que fue rechazado y motivó finalmente el recurso de queja por extraordinario denegado.

Decisión. Si bien el voto mayoritario rechazó el recurso por inadmisibilidad (conf. art. 280 CPCCN), es necesario que reparemos en el voto en disidencia del Dr. Maqueda, en primer lugar porque realiza una crítica muy dura a todos los fallos posteriores a “Fernández Prieto” en los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó, a su criterio, una deformación del estándar causa probable y por otro, porque cuestiona severamente que la policía esté habilitada a realizar *razzias* cuando no se configura un supuesto de flagrancia. Veamos, el razonamiento esbozado por el magistrado es el siguiente: nuestros constituyentes eligieron no fijar el grado de sospecha exigible para habilitar la injerencia estatal sobre las libertades individuales, delegando esa facultad en el legislador; por el contrario, los constituyentes norteamericanos fijaron el estándar causa probable como criterio de actuación de su fuerza policial en el propio texto de su Carta Magna. En un principio nuestra Corte Suprema en “Daray” fijó que los únicos criterios de actuación que legitimaban la intervención estatal, eran los principios de legalidad y tipicidad, que si bien las detenciones necesitaban orden judicial, existían supuestos en los que la policía tenía competencia para actuar sin orden, esos supuestos

eran los contemplados en el art 284 CPPN (indicios vehementes de culpabilidad y ser sorprendido en flagrante delito), el art 1 de la Ley 23.950 según decreto-ley 333-1958 (que existan circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer algún delito o contravención y no acreditase fehacientemente su identidad) y el Inc.5, art 184 CPPN (que autoriza a los funcionarios policiales a requisar cuando mediaren circunstancias de urgencia conforme los exige el art. 230 CPPN, es decir, cuando existan motivos suficientes para presumir que una persona oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito). De este plexo normativo se vislumbra el grado de sospecha exigido por el legislador para detener, “indicios vehementes” y “circunstancias debidamente fundadas” y para requisar “motivos suficientes para presumir”.

Fuera de esos supuestos, la fuerza policial no está autorizada a proceder, y aun cuando el agente de prevención alcance ese estado hipotético de sospecha, nace la obligación de fundar su actuación, debe describir las conductas o actos del imputado que generaron su sospecha. Es que si la regla es que sólo el juez puede ordenar una detención o requisa y sólo excepcionalmente en los casos especialmente previstos en la norma puede delegarlo en los funcionarios policiales, la única manera de supervisar esa delegación es a través del control de las actas policiales. En el caso bajo examen, esas razones no fueron explicitadas en las actas, y tampoco pudieron darlas ante el juez de la causa, omisión que impide realizar el juicio de razonabilidad. Que no obstante la claridad del plexo normativo que habilita la injerencia, esta Corte Suprema replicó la doctrina elaborada en “Fernández Prieto” a los casos “Tumbeiro”, “Monzón” y “Szmilowsky” y sin decirlo se alejó del principio de legalidad fijado en “Daray”, en todos esos casos las circunstancias alegadas distaban de reunir elementos vehementes de culpabilidad y pese a ello legitimó los procedimientos, más aun recurrió a una confusa hermenéutica de distintos fallos de la Suprema Corte norteamericana, entre ellos “Terry vs. Ohio”, que exigiendo un estándar de prueba menos rígi-

do habilitó a la policía a detener y requisar. Que los últimos precedentes de nuestro Máximo Tribunal, a través de un estándar confuso extendió el alcance de los poderes de la fuerza de prevención que en la práctica habilita cualquier detención. Han sido legitimadas detenciones como las de Tumbeiro, en la que el estado de sospecha consistió en usar una vestimenta inusual para la zona y pese a acreditar su identidad, por encontrarse nervioso la fuerza policial se lo llevo a la comisaria, o el caso de Rubén Manuel Monzón, en el que la sospecha se configuró por encontrarse el imputado en el estacionamiento del tren Sarmiento con “cierto estado de nerviosismo”, al que luego se requiso y se le encontró marihuana; circunstancias similares fueron también suficientes para convalidar la detención de Tomás Alejandro Szmilowsky. Así, frente a diferentes situaciones el tribunal echó mano del confuso *holding* “Fernández Prieto”, mediante el cual resulta imposible imaginar qué detención sería ilegítima a la luz de esa jurisprudencia. Afirma el magistrado que nuestra Corte Suprema ha hecho una interpretación forzada del precedente norteamericano, si bien “Terry vs. Ohio” es la columna vertebral de “Fernández Prieto”, lo cierto es que si bien aquél habilita a “cachear” al sospechoso para quitarle el arma, cuando exista peligro para el propio agente o terceros, su alcance sólo puede limitarse a aquellos lugares en donde razonablemente se encontraría el arma. Para ello el oficial actuante debe demostrar que existía un estado de sospecha, detallando cuáles eran las circunstancias fácticas que lo motivaron, pero además que el individuo podía tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde ocultaba el arma, pero de ninguna manera “Terry vs. Ohio” habilita a la fuerza policial a detener a mansalva. Incluso en ese mismo precedente se dijo que para determinar si el procedimiento era legítimo, no debía valorarse la “corazonada” que tuvo el agente (sospecha inicial sin indicación de circunstancias objetivas) sino las inferencias razonables que derivan de los hechos descriptos. Veinticinco años después la Suprema Corte norteamericana en el caso 508 US 366; 1993 dijo que si la fuerza policial en virtud de una sospecha inicial de que un

individuo puede llegar a estar armado, empieza la búsqueda del arma en donde presumiblemente puede estar, encuentra un elemento distinto al buscado, por ejemplo estupefacientes, ese procedimiento, según “Terry vs. Ohio” es inválido ¹⁹.

La segunda línea argumentativa de Maqueda se centra en negar que la policía esté legitimada a realizar *razzias* por fuera de los casos de flagrancia. Su razonamiento es el siguiente: en el caso traído a resolver, sólo tenemos a cinco personas sentadas en el umbral de una morada en horas de la noche, cuyas edades rondaban los 19 y 22 años de edad, uno era operario, el otro changarín y la mujer y los otros dos se encontraban desempleados, quienes al momento de su detención brindaron sus domicilios. Sin embargo, nada aportaron los policías acerca de si concurría alguna situación de peligro para los propios agentes o para terceros, y tampoco han relatado ni dejado constancia en actas de que alguno de ellos presentara indicios vehementes de culpabilidad de la comisión de un delito. Ergo, la policía no estaba legitimada a intervenir. Señala que, en un caso resuelto por la Suprema Corte norteamericana, en donde se cuestionaba la validez constitucional de una ordenanza de Jacksonville, que convertía en delictivas actividades por lo general inofensivas, por ejemplo “caminar de noche”, se determinó que aquellas normas fomentaban arrestos arbitrarios, ya que no era posible inferir que siempre que se encontraba a una persona circulando tenía la intención de delinquir, podía darse que quien se encontraba circulando tuviera problemas para dormir o bien que se tratara de un desempleado, excluido del mercado laboral. En realidad este tipo de normas abiertas no son más que una red de pesca de los “indeseables”, pero un Estado de Derecho exige que la aplicación de la ley sea justa y equitativa ²⁰. A esto agrega que desde los comienzos de nuestro país han existido mecanismos similares para llevar a cabo

19 Considerando n°14 según su voto.

20 “Papachristou v. City of Jacksonville”, 405 U.S. 156 1972.

este tipo de detenciones sin ningún sustento legal ²¹, que es doctrina de la CSJN que la separación de funciones impide al juez realizar excepciones por fuera de la letra de la ley. Que si bien es cierto que la seguridad pública es preocupante, las fallas en las herramientas de prevención (normas) deben ser debatidas, y no modificadas pretorianamente por los jueces, porque ello implicaría apartarse del principio de legalidad que funda todo el Estado de Derecho y es deber de los jueces interpretar la norma de manera armónica. Que incluso cuando los legisladores tomaren la decisión de modificar normas, de ninguna manera esa modificación podría avasallar derechos individuales. Que así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Bulacio”, en el que señaló que la modificación de normas debe cumplir con los recaudos material y formal, esto es, que la libertad sólo puede restringirse en los casos y por las formas específicamente reguladas (tipicidad), con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (legalidad) ²². Allí también se interpretó que las *razzias* son incompatibles con derechos fundamentales, como la presunción de inocencia y la necesidad de orden judicial para detener, salvo casos de flagrancia y que conforme al Art. 2 Convención Americana de Derechos Humanos, el Estado argentino está obligado a adoptar disposiciones de Derecho interno en dos vertientes: por un lado, debe suprimir normas y prácticas de cualquier naturaleza que afecten garantías reconocidas en la Convención, y por otro, debe sancionar normas que hagan efectivas esas garantías reconocidas. Surge a las claras que la detención de Walta se apartó de las previsiones de los arts. 184 y 230 CPPN, de modo que la inexistencia de razones para detener no puede legitimarse por

21 Memorias de la Intendencia Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, 1884, t. II, págs. 100/101, Impr. Biedma.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Bulacio v. Argentina”, 2003. Serie C n°100. Sentencia del 18 de septiembre del 2003. Párr. 125.

A treinta años de la reforma constitucional

el resultado obtenido, esas razones deben surgir *ex ante*, de lo contrario razones de conveniencia se impondrían sobre derechos individuales.

g) “Peralta Cano”²³ (03/05/2007)

Hechos. El 10 de mayo de 2002, a las 22,15 horas, en el Destacamento Cuello dependiente de la Comisaría 40 de La Estanzuela, departamento Godoy Cruz, Mendoza, el cabo Luis Rosales recibió una llamada anónima, en donde una mujer informaba que en calle Lago Hermoso y Laguna Villarino había dos jóvenes en actitud sospechosa. Con ese dato, Rosales se dirigió a la zona, interceptó a dos personas, las detuvo, las condujo al destacamento, y una vez allí las requirió encontrando entre las ropas de quien resultó ser M P, C un envoltorio de papel celofán con 0,635 gramos de marihuana. La defensa oficial fue planteando en las distintas etapas dos cuestiones: 1) la nulidad de la detención, requisita y posterior secuestro de la droga en poder de Peralta Cano, por falta de orden judicial y, en su defecto, por ausencia de los requisitos de urgencia, necesidad, causa razonable y sospecha suficiente; y 2) el haberse prescindido del testimonio del cabo C quien se hizo cargo del procedimiento y a quien el imputado le dijo que lo secuestrado lo habían encontrado tirado en el piso y que no le pertenecía, así como la discordancia entre el acta del procedimiento, la versión de uno de los prevenidos a quien el juez le adjudicó el papel de testigo, y la del oficial que labró el acta. La Cámara de Casación se remitió a lo sostenido por el juez de grado en cuanto a que la ley autoriza expresamente a la policía a efectuar las requisas urgentes, con sujeción al artículo 230 del Código Procesal Penal de la Nación, dando aviso inmediato a la Justicia, situación que se habría dado en esta causa, pues el policía actuó debido al llamado de un vecino que no se iden-

23 Dictamen del Procurador General *in re* “Peralta Cano, M. E. s/ infracción Ley 23.737”-causa 50176-S.C. P. 1666, L. XLI.

tificó y quien dijo que había dos sujetos que se comportaban de forma extraña. Así, el funcionario interceptó a dos jóvenes, uno de los cuales tenía en la mano un objeto brillante que resultó ser un destornillador. Es por esto que los condujo a la comisaría, donde los revisó, encontrando en poder de uno de ellos el sobre con marihuana. Sostuvo la Casación, que es doctrina de la CSJN que en las excepciones que legitiman detenciones y requisas sin orden judicial, debe darse relevancia especial al momento en que tuvo lugar el procedimiento y a la existencia de razones urgentes para corroborarlo, hasta el punto de que se han convalidado arrestos sin mandamiento judicial practicados a la luz del día y en lugares públicos. La requisita y posterior detención de Peralta Cano -realizadas bajo el amparo de las normas procesales- resultaron legítimas, en atención a la noticia anónima y a la circunstancia de que esas dos personas estaban a altas horas de la noche en un lugar conflictivo y en actitud dudosa. Y pese a la escasa luz, el policía, al pasar cerca, percibió que uno de los jóvenes llevaba un destornillador en la mano, y alcanzó a escuchar cómo el que iba vestido de negro, alertaba al otro diciéndole: “ojo”. Estos elementos fundaron la razonable sospecha para que la autoridad procediera, con el resultado del hallazgo de estupefaciente entre las ropas de Peralta Cano.

Decisión. El voto mayoritario revoca la condena de Peralta Cano, remitiendo a los fundamentos del dictamen del Procurador General, por entender que el caso bajo examen no es asimilable ni a “Tumbeiro”, ni a “Monzón”, pero además cita el voto en disidencia de Petracchi en “Daray”. En líneas generales considera que los actos preventivos cuestionados -aprehensión, requisita y secuestro- no cumplen con los estándares mínimos exigidos por las leyes del caso. El proceso que culminó con la sentencia condenatoria, tuvo como única fuente, base y sustentación la versión solitaria del policía Rosales, que es quien atiende la supuesta llamada anónima, quien emprende la búsqueda de los sospechosos, e intercepta a los jóvenes, uno de los cuales poseía un destornillador, los conduce al destacamento y les exige que exhiban todas sus pertenencias, entre

las que se encontró marihuana. Sin embargo, no se procedió al secuestro del destornillador, ni tampoco declaró el agente que habría visto este elemento en poder del incuso. De esta manera, el acta policial que inicia las actuaciones no dio cuenta directamente de las circunstancias objetivas del procedimiento, atestando las comprobaciones y relatando los hechos a medida que ocurrían, sino que se transformó en una transcripción *a posteriori* de la versión brindada por el preventor. No se documentó el presente, sino una versión del pasado, expresada por quien no era ajeno al procedimiento. A esto se le suma que la prueba adquirida en la instrucción trae dudas sobre si el imputado poseía realmente la droga -el incuso dijo que la droga no le pertenecía, que la había encontrado en el piso-. Más aun, si es cierto que todo inició por una denuncia anónima que informaba que “unos jóvenes se encontraban en actitud sospechosa” y “golpeando las puertas de los domicilios de la calle Fusch” y que uno de ellos tenía un destornillador en la mano, se advierte que hay una discordancia entre el motivo aparente de la detención y el proceso que se inició por una escasa cantidad de droga, lo que priva de dirección y exactitud la actividad prevencional. En consecuencia, es improbable que se den aquí las excepciones de los artículos 284, 230 bis y 231 *in fine* del Código Procesal Penal de la Nación, y del artículo 10 de la ley 23.950, por cuanto no existen constancias irreprochables que permitan determinar que nos encontramos ante una situación de flagrancia, o de “indicios vehementes de culpabilidad”, o que concurren “circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiese cometer un hecho delictivo o contravencional”, o “circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de (alguna) persona” (conforme precedente “Daray” -Fallos, 317:1985). La mera existencia de una denuncia anónima y la alegación del policía de que uno de los jóvenes llevaba un destornillador en la mano que no fue secuestrado, no alcanzan para fundar “causa probable”, “sospecha razonable” o “razones urgentes”, al contrario de lo resuelto en “Fernández Prieto” (Fallos, 321:2947)

aquí la totalidad de las circunstancias permiten concluir que no se respetaron las garantías constitucionales del imputado. En aquel caso hubo testigos del secuestro de la droga en el automóvil en que viajaban los imputados, y en éste no hubo testigos ni de la aprehensión ni de la requisa. Tampoco puede equipararse a “Tumbeiro” (325:2485), donde se daba una multiplicidad de elementos a saber, una patrulla comisionada para recorrer cierto radio de jurisdicción con la específica función de prevenir el delito y la declaración de todos los policías intervinientes en relación a los motivos para sospechar del inculso. Tampoco puede asimilarse a “Monzón” (*Fallos*, 325:332) y “Szmilowsky” (*Fallos*, 326:41), porque en ambos casos también había comisiones especiales destinadas a la prevención del delito, hubo testigos del secuestro de estupefacientes y los funcionarios dieron explicaciones de por qué la actitud de los prevenidos les resultó *ab initio* sospechosa. Por lo tanto, debe aplicarse aquí la conclusión del juez Enrique Santiago Petracchi, en su voto en disidencia del precedente de *Fallos*, 321:2947, en cuanto a que “en virtud de la doctrina de esta Corte en materia de exclusión de prueba, cabe declarar que ni la detención, ni la requisa, ni los elementos secuestrados como consecuencia, debieron haber dado origen a la instrucción de la causa (*Fallos*, 308:733; 310: 1847 y 2384, entre otros)”.

*h) Ciruolo*²⁴ (20/10/2009)

Hechos. El caso se origina cuando el oficial Pietra, que estaba investigando un homicidio en ocasión del asalto a un camión que transportaba correspondencia y recorría lugares donde se negociaría con documentación robada entró, con algunos subordinados, a la confitería L’Aiglon y se dirigió directamente a uno de los presentes, ‘procediendo a identificar a quien dijo llamarse Jorge Ciruolo ...domiciliado en Bartolomé Mitre 1840 Hotel Oriental Hab. 3000’, momento en el cual éste

24 *Fallos*, 332:2397.

‘se mostró ofuscado y nervioso y de una forma impropia dijo que no tenía documentos porque los había extraviado’. Ante ello el personal policial le requirió la exhibición de sus efectos personales entre los que se observaron cheques y fotocopias de cartulares, asimismo en forma espontánea refirió que eran cheques que le daban sus clientes en razón de que era asesor financiero y que los mismos eran de una asesora de Ing. Insurance de nombre Adriana Elizabeth Morales exhibiéndole una tarjeta personal. El juez de grado condenó a Ciruolo, por los delitos de encubrimiento, hurto y estafas reiteradas. La defensa presentó recurso de Casación, el que fue rechazado y motivó el recurso extraordinario ante la CSJN.

Decisión. Si bien la mayoría rechazó el recurso por falta de motivación suficiente, resulta pertinente analizar el voto en disidencia de Lorenzetti, Zaffaroni y Maqueda, a los efectos del presente trabajo, porque sus argumentos vuelven sobre algunos aspectos abordados en “Waltta” (*Fallos*, 327:3829). En primer lugar, destacan el Dictamen del Procurador General, quien dictaminó que correspondía el control de constitucionalidad, en virtud de que Ciruolo fue condenado por la detención de cheques, y luego con datos obtenidos al momento de su detención la policía procedió al registro de su domicilio, en donde fue hallada documentación que le habrían entregado las víctimas de los delitos por los cuales terminó condenado. En este sentido, consideró que los preventores no estaban incursos en un operativo público de control, que a su entender en principio no merece reproche alguno, antes bien se trató de un procedimiento dirigido de manera directa, expresa y personal contra el imputado, sin saberse muy bien por qué. Si bien de las constancias de autos surgiría que el preventor tenía como objetivo identificar a Ciruolo, el agente mantuvo *in pectore* los motivos de su proceder, frustrando el análisis constitucional posterior, es así que en virtud de la doctrina elaborada por la CSJN, ni la detención, requisa y secuestro debieron haber dado inicio a la instrucción de la causa. Luego los disidentes retoman los argumentos del voto en disidencia de Maqueda en “Waltta”, y consideran que nuestros constituyentes en vez

de fijar un estándar para restringir la libertad -diferenciándose de Estados Unidos, que adopta “causa probable” en la IV enmienda- delegaron esa facultad en el legislador. Agregan que en “Daray”, la CSJN fijó los requisitos de legalidad y tipicidad para restringir la libertad, cuya competencia es del juez y que sólo en supuestos excepcionales puede delegarlo en la fuerza policial. Que el plexo normativo (284 CPPN, 184 inc. 8 CPPN, 230 CPPN y 230 bis CPPN; art. 1, ley 23.950 modificatorio dec-ley 333/1958) supone la existencia previa de determinadas circunstancias que generen un grado de sospecha para llevar a cabo la detención o la requisa, tales como “indicios vehementes”, “circunstancias debidamente fundadas” o “motivos para presumir”; fuera de estos parámetros la policía no está autorizada a realizar detenciones indiscriminadas. Cuando un agente de prevención se encuentra ante alguna de estas hipótesis exigidas por la ley para proceder, es necesario que describa fundadamente cuáles son las conductas u actos -en especial actitudes del imputado- que generaron su sospecha ²⁵ porque ésta es la única forma que tiene el juez de controlar la legitimidad de la actuación policial. En este caso hubo varios actos de prevención, a saber, identificación, requisa, interrogatorio, secuestro de documentación, conducción a la comisaria, en los cuales, desde su inicio el oficial Pietra una vez adentro de la confitería se dirigió directamente a requerir al Sr. Ciraolo, el que durante todo ese tiempo vio su libertad restringida, sin poder retirarse o desplazarse libremente, debiendo cumplir con las órdenes impuestas, las que a la postre eran susceptibles de comprometerlo penalmente. Ahora bien, ni del acta de detención y secuestro, ni de la prueba producida en el debate surgirían los motivos o las razones de sospecha, de modo que si esas circunstancias existieron, los agentes policiales la mantuvieron *in pectore*, lo que impide realizar un juicio de razonabilidad. Sostienen los magistrados que el

25 Considerando n° 9. Voto en disidencia Lorenzetti, Zaffaroni y Maqueda.

A treinta años de la reforma constitucional

TEDH ha sostenido que la sospecha tiene que apoyarse en hechos o informaciones que alcancen a convencer a un observador objetivo de que la persona de que se trata puede haber cometido la ofensa ²⁶. Que el criterio que tuvo la Cámara de Casación para rechazar el recurso se fundó en la aplicación de la doctrina emergente de “Fernández Prieto”, “Tumbeiro”, “Monzón” y “Szmilowsky” entre otros. Sin embargo, en la disidencia en “Waltta” se dijo que la aplicación de esa doctrina significó el apartamiento del principio de legalidad enunciado en “Daray”. A poco que uno analice las circunstancias de los casos, puede concluirse que los mismos distaban de reunir los indicios vehementes de culpabilidad y pese a ello la Corte legitimó esos procedimientos, para ello recurrió a una confusa hermenéutica de distintos fallos de la Suprema Corte de Estados Unidos, en especial “Terry vs. Ohio”, desdibujando el alcance de los poderes de la autoridad de prevención, haciendo posible la convalidación de toda detención. Ahora bien, en 1993 en el caso “Minnesota vs. Dickerson” la Corte norteamericana ratificó la vigencia de la doctrina de “Terry”, la que sólo habilita la intervención policial cuando se sospecha que alguien puede estar armado y existe peligro para terceros, limitada a la posibilidad del cacheo en aquellas zonas en donde razonablemente se encontraría el arma, mas si se descubre un elemento distinto al que se busca, ese procedimiento no puede convalidarse. En el caso bajo examen, Ciraolo se encontraba sentado en una confitería, de las constancias de la causa no surge que existiera al momento de su aprehensión una situación de peligro para terceros, ni tampoco que hubiera indicios vehementes de culpabilidad acerca de la comisión de un delito. Que la Corte Interamericana *in re* “Bulacio v. Argentina”, ha sostenido que el art. 7 de la Convención Americana que protege contra las injerencias arbitrarias en ámbitos de libertad, permite limitar este derecho en tanto y en cuanto se cumpla con los recaudos

²⁶ TEDH “Fox, Campbell y Hartley” del 30 de agosto de 1990, A, N° 182, pág. 16.

formales y materiales, esto es criterios de tipicidad y legalidad. Y que salvo hipótesis de flagrancia, las *razzias* (operativos públicos de control) vulneran presunción de inocencia y orden judicial para detener, bajo estas condiciones, el procedimiento seguido contra Ciraolo no puede legitimarse.

*i) Munch*²⁷ (03/10/2008)

Hechos. El oficial Poblete en circunstancias en que se hallaba apostado en el hotel “Liporace”, en la localidad de Rio Gallegos, Provincia de Santa cruz, en procura de establecer el paradero de una persona que debía declarar en otra causa, observó el movimiento de una persona de sexo masculino, en actitud sospechosa, y ante tal situación procedió a conducirlo a la Brigada, en atención a lo previsto en la ley provincial n° 688/71 en su artículo 13, inciso b (averiguación de antecedentes y medios de vida). Gustavo Alejandro Munch fue sometido a una requisita de sus pertenencias, en las que se encontraron quinientos pesos y dos papelitos plegados que en su interior contenían cocaína. Posteriormente con los datos obtenidos en su detención, se procedió al allanamiento del hotel en donde se hospedaba de forma transitoria. El juez de grado lo condenó por el delito de tenencia de estupefacientes con fines de comercialización a cinco años de prisión, y mil pesos de multa. La defensa promovió recurso de casación por grave afectación a garantías constitucionales, ausencia de orden judicial para detener, de causa razonable y razones de urgencia, el que fue rechazado y motivó la queja ante la CSJN.

Decisión. Si bien la mayoría rechaza la queja por defectos formales, el voto en disidencia de Maqueda y Zaffaroni hace lugar a la queja remitiendo a los fundamentos del dictamen del Procurador General, en el cual se puede observar que se viene dejando de lado el criterio sostenido en “Fernández Prieto”, “Tumbeiro” y “Monzón”. El dictamen trabaja sobre dos as-

27 *Fallos*, 333:1235.

pectos, primero cuestiona el concepto de “actitud sospechosa” para legitimar una detención. En el caso bajo examen, los preventores no tenían a su cargo un operativo público de control, antes bien, se encontraban en un lugar determinado (un hotel) porque debían dar con el paradero de un testigo que debía declarar en juicio, allí es cuando ven una actitud sospechosa de parte de quien luego sería identificado como Munch, y proceden a requisarlo. Sin embargo, los agentes no dejan constancia de manera circunstanciada de cuál era específicamente esa actitud sospechosa y por otro, tampoco especificaron cuál era el delito que se sospechaba estaba cometiendo o por cometer Munch. En segundo lugar, retomó los argumentos vertidos en “Peralta Cano”, en donde se declaró inválida la detención y requisita personal del acusado basado en la solitaria versión del policía que intervino durante todo el procedimiento, el que no dejó constancia de cuál era la actitud sospechosa desplegada por el incuso, frustrando de esa manera el control de razonabilidad posterior.

j) *Stancatti*²⁸ (24/05/2016)

Hechos. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Bahía Blanca condenó a Oscar Alberto Stancatti a la pena de 4 años y 6 meses de prisión, accesorias legales y multa, por considerarlo autor responsable del delito de transporte de estupefacientes. Se tuvo por probado que el 29 de septiembre de 2007, en la Provincia de Buenos Aires, en la barrera zoofitosanitaria de FUNBAPA, el agente del puesto de control sanitario localizado a la altura del km. 714 de la Ruta Nacional n° 3 inspeccionó a un vehículo de transporte de pasajeros de larga distancia y también a su carga con el fin de prevenir el traspaso de productos orgánicos hospederos de la Mosca de los Frutos hacia las zonas protegidas. En ocasión de realizar este control, el inspector sanitario, delante de un testigo, abrió

28 *Fallos*, 339:697.

una caja remitida como encomienda. En su interior se constató que, además de una botella, revistas y golosinas, había un envoltorio compacto recubierto con cinta de embalar, que tenía una inscripción de una marca comercial de una confitería y del que emanaba un fuerte olor a marihuana. Ante tal situación, el oficial policial que se encontraba presente en el lugar procedió a abrir el envoltorio y corroboró que se trataba de 845,6 gramos de marihuana. La defensa promovió recurso ante la Cámara de Casación, la que hizo lugar al planteo formulado, consideró que la requisita se practicó sin que existiera en los hechos grado de sospecha y situación de urgencia, y declaró la nulidad de todo lo actuado por haberse vulnerado las garantías consagradas en el art. 18 y 19 CN. Ante dicho pronunciamiento, el fiscal general promovió recurso extraordinario federal, el que fue rechazado y motivó la queja ante los Supremos, señalando como motivo de agravio doctrina de la arbitrariedad.

Decisión. La Corte dejó sin efecto la resolución de la Cámara y validó el procedimiento, en virtud de que el mismo fue realizado al amparo de las normas vigentes. En primer lugar, al momento del hecho existía una normativa específica en materia de seguridad agroalimentaria que facultaba expresamente a los funcionarios de la barrera sanitaria a inspeccionar todo vehículo, y particularmente a aquellos destinados al transporte público de pasajeros, a revisar todo bulto o equipaje, contenedor, paquete o encomienda como medida de prevención destinada a evitar el traspaso de la plaga de la mosca de los frutos a las áreas protegidas. En segundo lugar, en el marco de este operativo de control se procedió a la apertura de la encomienda, en virtud del cual se halló un objeto embalado como suelen embalsarse los estupefacientes, de consistencia compacta y con olor a marihuana. En esas condiciones el personal policial percibió al entrar en contacto con ese elemento, circunstancias que le permitieron válidamente sospechar que estaba ante un delito flagrante de transporte de estupefacientes, el que están llamados a impedir. A lo que agregan que el criterio de razonabilidad no sólo se aplica para invalidar pro-

cedimientos en donde se afecten garantías constitucionales, sino también al momento en que un juez decide invalidar un procedimiento que se cumplió respetando los recaudos legales, máxime cuando esta Corte ha señalado que todos los órganos del Estado argentino que intervengan en un proceso en el que se investigue el tráfico ilícito de estupefacientes deben comprometer sus mejores y máximos esfuerzos, en el ámbito de sus competencias, para que el enjuiciamiento sea agotado sin que queden impunes tramos de la actividad ilícita por la que la República Argentina asumió jurisdicción (“Arriola”, *Fallos*. 332:1963 y “Cabrera”, *Fallos*, 330:261).

En mi opinión la expresión “máxime cuando” puede ser interpretada de dos maneras, la primera es que constituye un *obiter dictum* (desvinculado del corazón de la doctrina del caso) o bien que el mismo implica un doble estándar que fija la Corte en materia de estupefacientes, en el sentido de que cuando se trata de drogas, aparentemente los criterios para recabar prueba de cargo se flexibilizan en virtud de compromisos internacionales. Entonces si bien las fuerzas de la prevención deberían actuar si existe causa probable, tienen igualmente legitimación para actuar, si las mismas se encuentran incurtidas en un operativo público de control fitosanitario o zoofitosanitario y durante su desarrollo susciten la razonable sospecha de que hay sustancias prohibidas o materia de delito, en esas condiciones está habilitado el secuestro aun cuando no exista orden judicial.

k) “García”²⁹ (13/06/2017)

Hechos. Unos agentes, de la dirección especializada en prevención y control de adicciones, que se hallaban cumpliendo servicios, trasladándose en un móvil -aunque no identificable- por la vía pública, observan que una persona

29 FRO 61000101/2013/1/RH1 “García, Andrés Heraldo s/delito - anterior al sistema”.

conducía una moto que no poseía su chapa patente visible. El conductor de la moto, quien luego se identificaría como García, al divisar el automóvil en el que se trasladaban los agentes, comenzó a acelerar la marcha, mirando hacia atrás, en reiteradas oportunidades, mirando el móvil policial. Esta actitud les permitió presumir a los agentes que aquél estaría tratando de evadirlos, o trasladando un elemento que lo podría comprometer penalmente. Finalmente, la fuerza policial logra alcanzarlo y tras solicitarle la documentación vehicular pertinente, mencionó no poseerla, ni traer su documento de identidad. Que efectuada la requisita sobre su persona, se halló material estupefaciente. El juez de grado condenó. La defensa presentó recurso de Casación, el cual tuvo acogida favorable, siendo su resultado el sobreseimiento del imputado por nulidad del procedimiento. Es así que el fiscal general presentó recurso extraordinario por arbitrariedad, el que al ser rechazado dio lugar al recurso de queja ante la CSJN.

Decisión. La Corte resuelve revocar el sobreseimiento de García, remitiendo a lo dictaminado por el Procurador General, quien cuestionó la decisión de la Cámara de Casación. En el entendimiento del representante del Ministerio Público Fiscal, los preventores actuaron conforme el 230 bis CPPN, en virtud de los datos objetivos provenientes del sospechoso. El día del hecho, los preventores tenían la específica función de prevenir delitos relacionados con estupefacientes y en ese marco observan a un hombre conducir una moto, sin la chapa patente colocada, el que al observarlos empieza a aumentar la velocidad y a mirar hacia el lado en donde se encontraban. Esa actitud desplegada generó un estado de sospecha, el que fue incrementando a medida que el vehículo policial se acercaba a la moto, ergo, el procedimiento se basó en circunstancias objetivas y por lo tanto es legítimo. Agrega que la CSJN en pronunciamientos anteriores validó procedimientos, con tal de que los mismos estuvieran basados en circunstancias fácticas debidamente explicitadas en el acta de prevención.

l) “Halford”³⁰ (27/12/2018)

Hechos. El Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 1 de Rosario condenó a Jorge Rubén H. y Marta Susana E. por considerarlos coautores del delito de tráfico de estupefacientes previsto en el artículo 5, inciso c, de la ley 23.737. En particular, se los halló responsables por el almacenamiento de más de ciento cincuenta kilogramos de marihuana, fraccionada en noventa y nueve paquetes acondicionados para su distribución o comercialización, en la casa en que vivían, en la localidad de Roldán, Provincia de Santa Fe. El tribunal les impuso las penas de ocho años de prisión y ocho mil pesos de multa al primero, y cuatro años de prisión y cuatro mil pesos de multa a la segunda, además de inhabilitación absoluta por el tiempo de las condenas, accesorias legales y costas. La defensa presenta recurso de casación, el cual tiene acogida favorable por la Cámara, la que resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado y absolver a los coimputados, en el entendimiento de que el procedimiento se inició a raíz de una llamada, sin que los preventores hayan identificado los datos del denunciante, además consideró que la fuerza policial estaba obligada a dar aviso a la fiscalía de turno y esperar las instrucciones de parte de quien es el titular de la acción pública conforme lo exige “Quaranta”³¹, quienes no debían bajo ningún punto de vista proceder a la observación de movimientos de la casa, seguimiento y detención en la vía pública y registro del vehículo en el que se trasladaban H. y E. Ante esta decisión, el fiscal general presenta recurso extraordinario federal, el que fue declarado inadmisibile y motivó la queja ante la CSJN.

30 CSJ 213/2015/RH1 “Halford, Jorge Rubén s/infracción ley 23.737 (art. 5, inc. c)”.

31 *Fallos*, 333:1674.

Decisión. La Corte ³² por unanimidad resuelve revocar la absolución de Halford, remitiendo a lo dictaminado por el Procurador General en ese mismo caso y a lo dictaminado *in re* “Lemos” ³³. El razonamiento del dictamen de “Halford” es el siguiente: el *a quo* identificó dos irregularidades, 1) la injustificada omisión de registrar identidad y testimonio del denunciante y 2) la demora injustificada en dar intervención a las autoridades judiciales. Respecto al primer agravio, considera el Procurador que el anonimato de la fuente no es suficiente para dar por inválido un procedimiento, que es doctrina de la Corte que en materia de intromisiones policiales en ámbitos constitucionalmente protegidos es un requisito que las autoridades policiales den cuenta de los hechos sobre la base de los cuales consideraron justificada la injerencia realizada a fin de permitir el control judicial de sus actos (conforme disidencia del juez Petracchi en *Fallos*, 321:2947). En este sentido, los funcionarios de la policía provincial que intervinieron en el inicio de este proceso asentaron suficientemente sus actos del día 13 de mayo de 2009 que llevaron esa misma noche a la detención de los acusados, de modo que el magistrado que intervino a partir de entonces pudo ejercer un control significativo de la actuación policial desarrollada. Agrega que, si bien la decisión de no registrar la identidad del denunciante ni los términos de su declaración pudo haber limitado la capacidad jurisdiccional para ejercer ese control, ese defecto no es idóneo para anular todo lo actuado en su consecuencia si, como ocurre en el presente caso, no se ha alegado perjuicio alguno para los acusados que sea específicamente atribuible a dicha omisión; cabe recordar que es doctrina sostenida por CSJN que “en materia de nulidades procesales prima un criterio de in-

32 Integrada por Lorenzetti, Maqueda, Highton de Nolasco, Rosatti y Rosenkrants.

33 “Recurso de hecho deducido por el Fiscal en la causa Lemos, Ramón Alberto causa n° 11.216”, el que remite al dictamen del Procurador General “Lemos, Ramón Alberto.e/ s/causa n° 11216”. S.C. L 183; L. XLIX.

terpretación restrictiva y sólo cabe anular las actuaciones cuando el vicio afecte un derecho o interés legítimo y cause un perjuicio irreparable, sin admitirlas cuando no existe una finalidad práctica, que es razón ineludible de su procedencia, En efecto, la nulidad por vicios formales carece de existencia autónoma dado el carácter accesorio e instrumental del derecho procesal; exige, como presupuesto esencial, que el acto impugnado tenga trascendencia sobre la garantía de la defensa en juicio o se traduzca en la restricción de algún otro derecho. De otro modo, la sanción de nulidad aparecería respondiendo a un formalismo vacío, en desmedro de la idea de justicia y de la pronta solución de las causas, en lo que también está interesado el orden público” (*Fallos*, 323:929 y 325:1404). En relación al agravio de demorar injustificadamente la intervención del juez y de la fiscalía, éstos intervinieron con el pedido de orden de registro domiciliario cuando Halford y su acompañante ya habían sido detenidos, luego de doce horas de haber recibido la denuncia y tras haber sido observados sus movimientos durante todo el día ocurridos en el domicilio al que aludía la denuncia. El *a quo* ha dado un alcance exagerado a la protección constitucional contra la arbitrariedad policial. No existe una norma que prohíba a las fuerzas de seguridad que reciben una denuncia acerca de la comisión de un delito llevar a cabo medidas de investigación no invasivas dirigidas a corroborar su veracidad antes de transmitirla a las autoridades judiciales y del Ministerio Público encargadas de la persecución penal. En ausencia de una prohibición constitucional, la actividad desplegada por la policía de Rosario es válida, y fue realizada de conformidad con los arts. 183, 184 y 230 bis CPPN. Efectivamente, los preventores, tras recibir la denuncia de la que se da cuenta brevemente en el acta de fojas 45, en la que se anunciaba que ese día se recibiría una cantidad grande de marihuana en el domicilio de la calle Río Tercero 850 de la localidad de Roldán, se dispuso la vigilancia del lugar. A lo largo del día se vieron movimientos consistentes con lo denunciado, en particular, el arribo de un vehículo utilitario que ingresó al inmueble. Más tarde, se hizo ingresar al predio

a una camioneta, que hasta ese momento siempre se estacionaba en la calle, a la vista de los vigiladores. Cuando, unas horas después, la camioneta salió, quienes vigilaban pudieron razonablemente sospechar que en ella podría transportarse material estupefaciente que podría haber llegado, tal como el denunciante lo pronosticara, en el vehículo utilitario que había llegado al domicilio ese día. Sobre esa base, pudo procederse a la detención y registro del vehículo de acuerdo con las disposiciones del artículo 230 *bis* CPPN. Dicho esto, ¿por qué los Supremos remiten a “Lemos”?; básicamente para legitimar la intervención por parte de la policía antes de que el fiscal tome conocimiento de la causa. En aquel precedente se discutió si la policía podía realizar tareas investigativas y diligencias sin darle previo aviso a la fiscalía; en ese caso el presupuesto de hecho consistía en que a raíz de un control de rutina en la jurisdicción de Salta, personal de Gendarmería quien se encontraba cumpliendo tareas de prevención en el área fronteriza, divisa un auto, le da la voz de alto, y ve que el techo se encontraba recientemente arreglado, con macilla fresca, que ese lugar es el que mayormente se usa para esconder estupefacientes. Los gendarmes procedieron a golpear el automóvil con sus manos y al escuchar ruidos, como si hubiera algo dentro del mismo, proceden a abrirlo con un cuchillo, y de allí inmediatamente aparecen envoltorios conteniendo estupefacientes, en total 53.5 kilos de cocaína. Si bien el juez de grado condenó a Lemos y su acompañante, la Cámara de Casación declaró la nulidad de todo lo actuado y resolvió absolver, por entender que el procedimiento careció de la debida justificación legal y que la ausencia de la oportuna intervención del fiscal había afectado la génesis de la instrucción (en particular, declaró la inconstitucionalidad del art. 195 CPPN). Sin embargo cuando el caso llega a la Corte, los Supremos ³⁴ resuelven por la validez de la instrucción y la requisita, remitiendo al Dictamen del Procurador. Éste consideró que la Cámara

34 Lorenzetti, Highton de Nolasco y Maqueda.

actuó con arbitrariedad puesto que interpretó de una manera irrazonable el art 230 bis y el art 195 CPPN. En efecto, los gendarmes tenían la específica función de realizar operativos públicos de control relacionados con delitos en infracción a la ley de estupefacientes, en una zona en donde comúnmente se cometen ese tipo de delitos, a saber, un paso fronterizo con el Estado de Bolivia, para ello contaban con reactivos orientativos de sustancias estupefacientes, siendo que a veces usaban perros entrenados para detectar drogas y otras veces dispositivos *scanners*. Que en esta oportunidad los gendarmes, al darle pequeños golpecitos al techo del auto, escuchan ruidos en su interior, abren el compartimento y descubren un material compacto en varios envoltorios, a los que en el momento le aplican el reactivo, que da positivo para cocaína. Seguidamente se comunican con el juez federal de turno, el que dispuso la detención e incomunicación de los encartados, y ordenó el secuestro del material hallado, haciendo operativo el art. 230 bis CPPN. En lo concerniente a las averiguaciones realizadas (constatación de domicilio y antecedentes) por Gendarmería, las mismas se pusieron en conocimiento del juez y han sido desarrolladas en el marco de deberes funcionales (art. 183 CPPN), puesto que los preventores tienen a su cargo “reunir las pruebas para dar base a la acusación”, se realizaron sin menoscabo de las garantías del justiciable, ni de las funciones del juez y del fiscal. En lo concerniente a la validez de la génesis de la instrucción, el Dr. Slokar sostuvo que para reputarla válida, la intervención del fiscal o del juez, debe darse inmediatamente después de la primera diligencia como requisito para la validez de otras medidas de prueba que la prevención pueda practicar a partir de entonces; mientras que para la Dra. Ledesma, la instrucción sólo puede iniciarse con el requerimiento del fiscal. En este caso, si bien el fiscal no actuó desde el inicio, sí lo hizo el juez federal que ordenó la detención, la intervención de la fiscalía y de la defensa, de esta manera la fuerza cumplió con el art 166 CPPN. Debe tenerse en cuenta que existe un criterio restrictivo para declarar la inconstitucionalidad de una norma, y que de pretender hacerlo es ne-

cesario avizorar cuáles serían sus consecuencias futuras. En este caso, de coincidir con la declaración de inconstitucionalidad del art 195 CPPN, propuesta por la Cámara, y admitiendo que la instrucción sólo es válida si lo requirió el fiscal, casos ya resueltos, podrían nuevamente abrirse dando por tierra con todo el sistema federal.

III. Estándares de actuación emergentes

a) Estándar rígido “sospecha necesaria”

Al analizar “Daray”, sostuvimos que concurrían en la sentencia dos grupos mayoritarios de votos, y desarrollamos el modo en que los magistrados llegaron respectivamente a su decisión. Ahora, si bien ambos grupos coinciden en que es necesario que exista una sospecha basada en elementos objetivos que hagan razonablemente pensar a la policía que se está por cometer un crimen, lo cierto es que no parten de premisas idénticas. ¿Por qué decimos esto?; en primer lugar, porque ambos grupos se apoyan en principios constitucionales diferentes. Veamos. El primer grupo encontraría legitimado detener a una persona circulando en auto, aun con todos los papeles al día y habiéndose identificado correctamente, con tal que exista una norma en el ordenamiento jurídico que lo habilite, porque a tal efecto la fuerza de seguridad tendría competencia. Sin embargo, el segundo grupo pareciera ir más lejos, no le alcanza con que exista una norma que habilite la intervención policial (principio de legalidad), sino que además debe existir una razón expresamente autorizada en la norma que admita la excepción a las libertades individuales (principio de tipicidad), en el entendimiento de que toda restricción de libertad no mediando sentencia condenatoria firme, constituye una severa intervención del Estado en el ámbito de autodeterminación del individuo, y como tal, su ejercicio no puede estar librado a la arbitrariedad, ergo, sólo es posible restringir la libertad cuando sea necesario y mediando circunstancias objetivas, por lo que un procedimien-

to, en el que los preventores no presenciaron ningún delito y no dejaron constancia de las actuaciones, es un procedimiento inválido.

b) Estándar “causa probable”. Excepción sospecha razonable. Excepción del automotor. Totalidad de las circunstancias

En líneas generales, el estándar emergente de “Fernández Prieto” admite la injerencia de la policía en el ámbito de autodeterminación de las personas, aun cuando no exista orden judicial previa, ni flagrancia ni indicios vehementes de culpabilidad, en función de tres criterios: “excepción del automotor”, “razón de justicia” y “totalidad de las circunstancias”. En primer lugar, no es posible aplicar el estándar sospecha necesaria, porque él sólo es aplicable para detenciones. Este caso, al tratarse de interceptación vehicular, debe aplicarse la doctrina “excepción del automotor”; según vimos, existe una diferencia entre registrar una casa y registrar un auto: como el auto está en movimiento, la espera por una orden judicial no podría evitar que los ocupantes del vehículo se den a la fuga, lo que habilita la intervención policial. Segundo, los jueces deben velar por la razón de justicia, esto es, evitar que el delito comprobado rinda beneficios; los preventores tenían la específica función de prevenir delitos y actuaron dentro de la órbita de su competencia. En tercer lugar, para determinar si es legítima la injerencia, debe analizarse la totalidad de las circunstancias. A saber: a) la fuerza de prevención debe estar asignada a la zona; b) tener la específica función de prevención de delitos; c) en el contexto de sus funciones, interceptar un automóvil; d) esa interceptación debe darse por actitud sospechosa de la presunta comisión de un delito; e) esa sospecha debe ser corroborada en el procedimiento; f) debe darse inmediata comunicación al juez.

Ahora bien, sucede que los votos en disidencia no están de acuerdo con que se aplique esta doctrina (tal y como está explicada) al caso concreto, por varias razones. La disiden-

cia de Fayt señala que los hechos ocurridos en Mar del Plata, son similares a los acontecidos en “Daray”, porque tal y como sucedió en ese caso, los preventores alegaron como fundamento de su intervención la “actitud sospechosa” del intervenido, sin dejar constancia en actas. La “actitud sospechosa” no es equiparable a “flagrante delito” ni a “indicios vehementes de culpabilidad”, en este sentido dice compartir las razones esgrimidas en los votos de Nazareno, Moliné O’Connor y Levene brindadas en “Daray” (quienes en aquel momento decidieron nulificar las actuaciones). La detención con fines cautelares importa siempre una severa intervención del Estado, los preventores no explicaron las circunstancias que motivaron la detención y esta ausencia de fundamentos para proceder no puede legitimarse en un criterio consecuencialista, que justifique el proceder ilegal desde su inicio por el resultado obtenido (hallazgo de estupefacientes).

El voto en disidencia de Petracchi, sigue un camino similar al expresado por Fayt, y también hace remisión a los votos de Nazareno, Moliné O’Connor y Levene en “Daray”, agregando que tanto en este caso como en “Fernández Prieto”, lo decisivo es que las actuaciones policiales no explicaban cuáles habían sido las circunstancias que motivaron la detención. En ambos se cuestionaba la validez constitucional de una medida de coerción adoptada con argumentos de baja ley, sin expresión de causa eficiente. Considera que la medida de coerción implica una injerencia estatal sobre un derecho constitucional (libertad), y como tal tiene restricciones legales destinadas a establecer las formas y requisitos que aseguren que esa intromisión no sea realizada arbitrariamente. Señala la importancia del control judicial de las medidas de coerción, que implica una garantía para el ciudadano frente a toda actuación estatal injustificada. Las autoridades administrativas no están facultadas para ordenar medidas coercitivas sin expresar sus fundamentos, pues son los fundamentos esgrimidos los que permiten realizar un control efectivo sobre las actuaciones desplegadas. En el caso bajo examen,

en la detención y posterior requisa del Sr. Fernández Prieto, no sólo no se expresaron las circunstancias que llevaron a los preventores a concluir la existencia de una “actitud sospechosa”, sino que tampoco se especificó en qué consistió concretamente esa “actitud sospechosa” llevada adelante por el incuso; bajo este marco, el control judicial posterior deviene ilusorio. Por un lado, el Supremo sostiene que no sólo los oficiales deben manifestar razones para proceder, sino que las mismas deben consistir en elementos objetivos, pues tal y como lo exigen los arts. 4 y 184 del Código de Procedimiento, la condición de validez de las detenciones es la concurrencia previa de “indicios vehementes de culpabilidad”. Si la valoración de “sospechabilidad” es dejada exclusivamente al criterio subjetivo del ejecutor de la medida, no sólo peligra la imprescindible revisión judicial sino la libertad personal misma. Por otro lado, entiende que la doctrina causa probable, emergente de “Terry vs. Ohio”, exige fundamentación, porque sólo así es posible el control judicial ulterior y tanto en este caso como en los numerosos precedentes norteamericanos que se dictaron en el mismo sentido, si bien admiten la facultad “*stop and frisk*” (detener y registrar) sin necesidad de orden judicial, sólo es aplicable en casos limitadísimos en los que existe riesgo para la integridad física del policía o de un tercero. Más aun, la jurisprudencia norteamericana elaboró la doctrina de la “exigencia de especificidad de la información”, que exige, que para tener por justificada la injerencia sobre el particular, el oficial de policía puntualice los hechos específicos y articulables, que tomados conjuntamente con inferencias racionales, a partir de esos hechos, autoricen la intromisión. Ahora bien, ¿cuándo una medida es razonable?: cuando las inferencias a las que se arriba, derivan de la descripción de los hechos observados a la luz de su experiencia. Si esto no ocurre, es decir, si de los hechos observados y descriptos no se desprende necesariamente la conclusión, porque existe otra explicación posible, entonces debe aplicarse la regla de exclusión, en tanto no puede introducirse al proceso prueba obtenida por medio de una requisa

y búsqueda que no fue razonablemente relatada, en relación con la justificación de su iniciación ³⁵. Agrega que si bien es cierto que la garantía frente a registros y a arrestos ha sido interpretada por la Corte norteamericana con alcances variables según el ámbito de aplicabilidad, el control judicial de la razonabilidad de cada medida de coerción en concreto y el consecuente deber de los agentes comprometidos en ella, de especificar la información que determinó la intromisión, no ha sido resignado; el agente debe tener motivos razonables y constitucionalmente adecuados para actuar de ese modo. Incluso, aun cuando tomemos la variante “totalidad de las circunstancias” (*the whole picture*) doctrina emergente de “United States vs. Cortez”, en ningún momento resultaría admisible un relato de la situación tan esquemático que impidiera todo control judicial, porque incluso en casos en los que se recurrió a caracterizaciones abstractas, ellas se encontraban fundadas en una multiplicidad de elementos fácticos que les otorgaban contenido, que no permitían que se los convierta en meras manifestaciones de la subjetividad del funcionario actuante. Trae a colación el precedente “Florida vs. Royer”, caso en que la detención fue apoyada en que el imputado tenía “perfil de quienes transportan drogas”, ese “perfil” estaba detallado en la causa, en cuanto a cuáles fueron las circunstancias del hecho que llamaron la atención del detective y lo condujeron a utilizar esta caracterización, la cual de todos modos no fue considerada suficiente como para fundamentar la existencia de causa probable. Petracchi toma un caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en donde se interpretó el art. 5, inc. c, párrafo 1 del Convenio europeo para la protección de derechos humanos y libertades fundamentales, en donde se estableció cuál es el estándar que justificaría una restricción a la libertad sin orden. Aquí se expresó que los motivos para detener, deben basarse en hechos concretos que sean capaces de convencer a un obser-

35 Considerando n° 8. Disidencia Petracchi.

vador objetivo, de que el sospechado podría haber cometido el delito ³⁶. Sigue con su línea argumentativa diciendo que el recurso a una fórmula estereotipada “actitud sospechosa” es de una opacidad indescifrable que no satisface la exigencia de la debida fundamentación de los actos de gobierno. Todas las protecciones que el art. 18 de la Constitución Nacional asegura frente a las intromisiones estatales a los derechos del individuo, tienen como común denominador la proscripción de la arbitrariedad, en concordancia con los arts. 12 DUDH, 17, inc. 1 PIDCYP y art.7, inc. 3 CADH. Concluye, que los funcionarios intervinientes en hechos que comprometan la libertad, cargan con el deber de fundar sus actos, de modo que sea posible la revisión de su razonabilidad, ergo al igual que en “Daray” los actos desplegados han vulnerado los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional.

El voto en disidencia de Bossert, parte de dos premisas para no convalidar las actuaciones policiales. La primera de ellas, se fundamenta en el Principio 12, de la Resolución 43/173 de la Asamblea General de la ONU del 9 de septiembre de 1988 “Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión”, en virtud del cual los funcionarios deben hacer constar debidamente las razones del arresto. La segunda, que es la que más nos interesa, se apoya en que existe una diferencia entre la IV Enmienda y nuestro art. 18 CN; mientras que la norma extranjera fija el estándar “causa probable” para habilitar la injerencia estatal en el ámbito de autodeterminación del individuo, y por interpretación jurisprudencial se han establecido excepciones en cuanto a la orden judicial y al grado de sospecha; nuestra Carta Magna, directamente no fija estándar. En este sentido, afirma que si bien es cierto que “Terry vs. Ohio”, admite excepciones al estándar causa probable, lo hace bajo la necesaria configuración de dos requisitos: que exista peligro para la seguridad de la policía y que la revisión

36 Considerando n° 9. Disidencia Petracchi.

que se realice sobre la persona sospechada y sus pertenencias no exceda lo razonable, esto es, que la requisita se efectúe en aquellos lugares en donde hipotéticamente estaría el arma. Ergo, la prevención de delitos (criterio argüido por el voto mayoritario) no es un motivo válido ni para detener ni para requisar ³⁷. Es más, aun cuando se pretenda recurrir al estándar “totalidad de las circunstancias” (*the whole picture*) emergente de “United States vs. Cortez”, un análisis pormenorizado del mismo permite concluir que la policía no se encuentra habilitada a elaborar un esquema mental basado exclusivamente en subjetividades que den lugar al estado mental de sospecha que habilite la detención, si la prueba que la funda se obtiene con posterioridad a ella. La representación mental que habilite la sospecha de la existencia de actividad criminal, respecto de una persona en particular, debe tener una base particularizada y objetiva. En este sentido, advierte el magistrado que la decisión del voto mayoritario en el caso bajo examen, reposa en sospechas subjetivas y sin fundamentación, mientras que en el precedente invocado la detención se basó en datos objetivos. Es más, en casos en los que efectivamente la fuerza policial norteamericana encontró elementos incriminantes (“United States vs. Rodriguez”, “United States vs. Packer”, “United States vs. Almendarez” y “United States vs. Goldman”), la Suprema Corte anuló el proceso por ser contrario a la IV Enmienda ³⁸. Esto quiere decir, que la comprobación posterior de la comisión de un delito no convierte en legal la detención ilegal desde sus inicios. Admitir al mismo tiempo causa probable y un criterio consecuencialista, es un argumento contradictorio. En mi opinión estas críticas resultan de importancia, porque bien podrían servir como criterios correctivos o limitadores a la pretensión de aplicar un criterio flexible de injerencia estatal sobre la libertad personal. Luego las retomaremos, en el acápite es-

37 Considerando n° 14 Voto en disidencia Dr. Bossert.

38 Considerando n° 15 Voto en disidencia Dr. Bossert.

A treinta años de la reforma constitucional

pecífico (ver “Hacia la construcción de un criterio en materia de libertad personal. a) Estándares para armar”).

c) Estado de nerviosismo

Este estándar se aplicó a una trilogía de casos, que empieza en “Tumbeiro” (2002), continúa en “Monzón” (2002) y finaliza en “Szmilowsky” (2003), en donde si bien la Corte dice aplicar la doctrina “Terry vs. Ohio”, pareciera que hay una variación de la misma, debido a que las circunstancias fácticas en donde primigeniamente se aplicó el estándar, no se mantuvieron exactamente iguales en los casos posteriores. Como vimos, en “Terry vs. Ohio” se suponía que el agente policial estaba realizando una requisita superficial, a los efectos de encontrar un arma o algo que pueda poner en peligro su seguridad o la de terceros (“*stop and frisk*”), y éste era el argumento que habilitaba la injerencia estatal. Ahora bien, sucede que en los tres casos mencionados anteriormente, se invocan otras circunstancias para estimar la plausibilidad del delito (que el procedimiento se realizó a plena luz del día y en lugares públicos o que se daba en el caso una situación de urgencia), pero no se acredita la existencia de peligro inmediato para terceros, más allá del nerviosismo. Este estándar reposa en parámetros subjetivos, imposible de controlar posteriormente por el juez, debido a que no se infiere de datos objetivamente circunstanciados, sino de la creencia interna del que realiza la injerencia. ¿Qué significa decir que alguien “está nervioso” o “presenta un estado de nerviosismo”? Es esperable la diversidad de respuestas.

d) Tutela del interés público y determinación de la verdad en juicio

Es interesante ver cómo en “Monzón” la CSJN, además de recurrir al estándar “actitud sospechosa”, utiliza como argumento legitimante de su decisión el precedente “Fiscal c/Fernández”, cuando en realidad un análisis del caso nos haría

dudar de su aplicación automática; recordemos que en el mismo se planteaba la validez de la actividad de investigación de un agente encubierto, que habiendo entrado al domicilio del sospechado con su “consentimiento” descubre la comisión de delitos en infracción a la Ley 23.737. Allí la Corte convalidó el procedimiento, utilizando el estándar “razonable expectativa de privacidad”, el que básicamente consiste en que todos los habitantes de la nación guardan cierta expectativa de privacidad en sus domicilios, en razón de ello, permiten o prohíben el ingreso de terceros, sólo a ellos les compete el derecho de exclusión; en el caso concreto, si bien el agente encubierto ingresó al domicilio sin revelar su identidad, el propietario no realizó preguntas ni indagó demasiado sobre sus características personales, ni fue coaccionado para habilitar el ingreso, simplemente lo dejó pasar, habló de hechos que lo incriminaban, sin que la presencia de alguien que recién conocía lo persuadiera de callarse. La razón de justicia impide que el delito comprobado rinda beneficios. Claramente este estándar (más allá de no compartirlo) resulta aplicable para convalidar procedimientos que afectan la garantía de inviolabilidad de domicilio, tornando válido el consentimiento, pero nada tiene que ver con detenciones o requisas. Tanto en “Monzón” como en “Szmilowsky” se nota la preocupación por parte de los Supremos ³⁹ de la tutela del interés público y de la determinación de la verdad en juicio; este estándar estaría dispuesto a justificar la injerencia sobre la libertad personal cuando el resultado de un procedimiento inválido desde sus inicios (o sea no fundado en datos objetivos) descubra prueba de cargo, como ser estupefacientes, porque existiría dentro de esa línea argumentativa un interés público que no puede dejarse de lado y que exigiría por parte de los operadores judiciales que “la verdad” sea dirimida en juicio. Ergo, bajo este pretendido estándar el juez no debe hacer lugar a los planteos de nulidad por ausencia de datos objetivos en los procedimientos que se entrometen en la

39 Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez.

libertad y dejar que sea el juicio la oportunidad para resolver la cuestión.

e) Facultades implícitas de prevención

Este estándar se aplicó en “Stancatti”, “García” y “Haldford”. En líneas generales consiste en que si bien en principio las fuerzas de prevención (policía, Gendarmería, etc.) deben tener sospecha razonable para interferir en ámbitos de libertad protegidos constitucionalmente, si existe una norma reglamentaria de su actividad que legitime la injerencia, supongamos una resolución ministerial, y en el cumplimiento de esa orden se descubre evidencia incriminante, la intromisión es válida. Y esa validez deriva de la calidad de funcionario público que tienen los miembros de las fuerzas de seguridad, en tanto y en cuanto tengan la específica función de prevenir delitos, en operativos públicos de control y que sean realizados de manera generalizada.

IV. Caso “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”⁴⁰

El 1 de septiembre de 2020, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia mediante la cual declaró la responsabilidad internacional de la República Argentina por las violaciones a diversos derechos en perjuicio de los señores Carlos Alberto Fernández Prieto y Carlos Alejandro Tumbeiro. El caso se relacionó con dos supuestos específicos de restricciones de derechos por acciones de la policía: la interceptación y posterior registro del automóvil donde se transportaba el señor Fernández Prieto por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires en 1992, y la detención con fines de identificación y requisita corporal del señor Tumbeiro por parte de la Policía Federal Argentina en 1998. Estos hechos

40 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

implicaron tanto una restricción a la libertad de movimiento, como una revisión de las pertenencias que llevaban consigo, ya fuera en virtud del registro del automóvil en el caso del señor Fernández Prieto, o por la requisita corporal del señor Tumbeiro. La Corte analizó cada uno de los casos de manera separada debido a que ocurrieron en fechas distintas, y a que existieron cambios en la legislación aplicable para cada uno de ellos. Sin embargo, ambos casos guardan estrecha relación fáctica y jurídica.

En el caso, la Corte encontró que la interceptación y posterior registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto, por parte de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, y la detención con fines de identificación y registro corporal del señor Tumbeiro, por parte de la Policía Federal Argentina, no cumplieron con el estándar de legalidad, fueron arbitrarias, y constituyeron una injerencia en sus vidas privadas. En el mismo sentido, la Corte determinó la inconvencionalidad de diversas normas habilitantes para la detención de personas sin orden judicial, así como una práctica inconvencional en Argentina respecto a la aplicación de dichas normas en la época de los hechos. Asimismo, el Tribunal concluyó que la detención del señor Tumbeiro fue, además, discriminatoria y una violación al derecho a la igualdad ante la ley. Adicionalmente, la Corte declaró la violación a los derechos a las garantías judiciales y la protección judicial ocurridas por la falta de control judicial adecuado en las diversas instancias judiciales durante el proceso penal seguido en contra de las víctimas. En consecuencia, la Corte concluyó que el Estado era responsable por la violación a los artículos 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 11 (protección de la honra y de la dignidad) y 25.1 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar y garantizar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno) del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro, y por la violación a los artículos 24 (igualdad ante la ley) y 1.1 (deber de no discriminación) de la Convención, en perjuicio del señor Tumbeiro.

A treinta años de la reforma constitucional

En relación a Fernández Prieto, el 26 de mayo de 1992, un inspector y dos sargentos que se encontraban “recorriendo la jurisdicción” avistaron, cerca de las 7:00 pm, en una zona casi despoblada de la ciudad de Mar de Plata, un vehículo verde con “tres sujetos en su interior en actitud sospechosa”, entre los cuales se encontraba el señor Fernández Prieto. Los agentes policiales interceptaron el vehículo, hicieron descender a los pasajeros y, en presencia de dos testigos llamados al efecto, procedieron a realizar una requisa. Según el acta de detención, en el baúl del vehículo se encontraron un ladrillo envuelto en un papel plateado con cinta marrón cuyo aroma y características indicaban que “podría tratarse de [...] marihuana”, y un revólver calibre 32 con diez proyectiles y 30 vainas. En el interior del vehículo, en el asiento que ocupaba el señor Fernández Prieto, se hallaron cinco ladrillos iguales al anterior y una pistola calibre 22 con 8 proyectiles, un cargador y dos pistoleras. En virtud de estos hallazgos, los agentes policiales procedieron al secuestro de dichos objetos, detuvieron al señor Fernández Prieto y los demás pasajeros, y los llevaron a la dependencia policial. El 16 de junio de 1992, el Juez Federal de la Ciudad de Mar de Plata dictó orden de prisión preventiva contra el señor Fernández Prieto. El 19 de julio de 1996, el Juez Federal condenó al señor Fernández Prieto a cinco años de prisión y multa de tres mil pesos por el delito de transporte de estupefacientes. En su sentencia, el Juez sostuvo que estaba “plena y legalmente comprobado [...] que el día 26 de mayo de 1992, en las circunstancias de modo, tiempo y lugar señaladas [...] el acusado [...] se encontraba transportando una cantidad cierta de [...] marihuana [...]”. El 26 de noviembre de 1996, la Cámara Federal de Apelaciones de Mar de Plata desestimó el recurso de agravio presentado por la defensa, confirmando la sentencia condenatoria. En dicho recurso se alegó la nulidad de la requisa sin orden judicial y la errónea calificación jurídica. El 12 de noviembre de 1998, la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó el recurso de queja y confirmó la sentencia condenatoria. En su sentencia, la Corte Suprema consideró que el examen de la legalidad de la deten-

ción debía realizarse a partir de las especiales circunstancias en que se desarrolló, así como considerando que los funcionarios policiales se encontraban recorriendo la jurisdicción en la específica función de la prevención del delito. En virtud de su condena, el señor Fernández Prieto estuvo privado de su libertad por un periodo de dos años, ocho meses y cinco días. Falleció en el año 2020.

En relación a Tumbeiro, el 15 de enero de 1998, alrededor del mediodía, el señor Tumbeiro, electricista de 44 años, fue interceptado por agentes de la Policía Federal Argentina “con fines de identificación”, mientras transitaba por una calle de Buenos Aires. Los agentes policiales preguntaron al señor Tumbeiro qué hacía en la zona, a lo que contestó que buscaba equipo electrónico de repuesto y procedió a entregar su documento de identidad. Al notarlo “sumamente nervioso”, “previo palpado de sus prendas” en la vía pública, uno de los agentes “lo invitó a subir” a la patrulla “hasta tanto comprobar su identidad”. Mientras esperaban la comprobación sobre la existencia de antecedentes penales, los agentes se percataron de que el señor Tumbeiro “en medio de un diario [...] portaba consigo una sustancia [...] blanca similar al clorhidrato de cocaína”, a raíz de lo cual requirieron la presencia de testigos y procedieron con la detención. Según la versión policial, la actitud del señor Tumbeiro “resultaba sospechosa” porque “su vestimenta era inusual para la zona y por mostrarse evasivo ante la presencia del patrullero”. Por su lado, el señor Tumbeiro declaró que ese día iba vestido con pantalones jean y camisa, que los agentes policiales lo “metieron en el patrullero” y le “encajaron la droga”, y que hasta entonces nunca había tenido un “antecedente”. El señor Tumbeiro también fue obligado a bajarse los pantalones y la ropa interior en el interior de la patrulla. El 26 de agosto de 1998, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 1 de la Capital Federal condenó al señor Tumbeiro a un año y seis meses de prisión “de cumplimiento en suspenso” por el delito de tenencia de estupefacientes, contenido en el artículo 14 de la Ley 23.737. El señor Tumbeiro recurrió en casación la sentencia condenatoria y solicitó

la nulidad del acta de secuestro por estimar que no existió “el grado de sospecha suficiente” para proceder a la requisa sin orden judicial. En virtud de este recurso, la Sala I de la Cámara Nacional de Casación Penal absolvió al señor Tumbeiro mediante sentencia de 15 de marzo de 1999. El 30 de marzo de 1999, el Fiscal General interpuso un recurso extraordinario de apelación contra la referida decisión. El 3 de octubre de 2002, la Corte Suprema revocó la decisión de la Cámara de Casación Penal y ordenó que fuera emitido un nuevo pronunciamiento. La Corte Suprema juzgó que en el procedimiento “no se advierte ninguna irregularidad” y que la sentencia recurrida ignoró “la legitimidad de lo actuado en prevención del delito” y omitió valorar el “nerviosismo” del señor Tumbeiro conjuntamente a “las demás circunstancias por las cuales el personal judicial decidió identificarlo”. El señor Tumbeiro nunca estuvo privado de su libertad salvo el día de su detención, sino que fue requerido a realizar servicios comunitarios en una fundación. El 2 de mayo de 2006, el Juez Nacional de Ejecución Penal resolvió dar por cumplida la condena. El señor Tumbeiro falleció el 30 de julio de 2014.

El Estado argentino aceptó las conclusiones a las que arribó la Comisión Interamericana en su Informe de Fondo No. 129/17, reconoció su responsabilidad internacional y solicitó a la Corte que produzca la prueba ofrecida, y se pronuncie tanto sobre las consecuencias jurídicas de los hechos aceptados, como sobre las reparaciones. En relación a las consecuencias jurídicas, la Corte IDH consideró vulnerados el derecho a la libertad personal y derecho a la protección de la honra y de la dignidad. En cuanto a la libertad personal, consideró que se afectó el derecho a la libertad personal de forma genérica (Art. 7.1 CADH) y al mismo tiempo el principio de reserva de ley (art 7.2 CADH). Que la restricción del derecho a la libertad personal únicamente es viable cuando se produce por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en las mismas (aspecto

formal). Sobre esta base procedió a analizar si las detenciones de los señores Fernández Prieto y Tumbeiro habrían cumplido con el requisito de legalidad.

1) *Consecuencias jurídicas*

a) *Ilegalidad de la detención*

En primer lugar, el Tribunal observó que la Constitución de Argentina establece en su artículo 18 que “[n]adie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente”. Esta disposición se encontraba vigente en la época de los hechos y era aplicable a las dos víctimas del caso. Sin embargo, la legislación procesal aplicable era distinta en ambos casos, por lo que la sentencia planteó un análisis separado de cada una de las detenciones. En este sentido, sostuvo que la restricción de libertad de Fernández Prieto y Tumbeiro configuró una detención ilegal, toda vez que los motivos por los cuales los agentes estatales restringieron la libertad, no obedecían a ninguno de los parámetros habilitantes de las normas en juego. Concretamente, en el caso de Fernández Prieto la normativa vigente de ese momento (Art. 4 del Código de Procedimientos en lo Criminal), habilitaba las detenciones en la vía pública “de quienes sean sorprendidos in flagrante delito” y “aquellos contra quienes hayan indicios vehementes o semi-vehementes de culpabilidad”. Por otro lado, el artículo 184.4 de la misma norma establecía que “[...] en los delitos públicos, los funcionarios tendrán las siguientes obligaciones y facultades: Proceder a la detención del presunto culpable en los casos mencionados en el artículo 4”. La Corte al analizar los hechos relacionados con la detención de Fernández Prieto, y las decisiones judiciales que conocieron sobre la legalidad de la misma, concluyó que la presunta “actitud sospechosa” que motivó la interceptación del vehículo no era un supuesto asimilable a la flagrancia o bien a un posible “indicio vehemente o semiprueba de culpabilidad” y, por lo tanto, no era una

causal prevista por el Código de Procedimientos en lo Criminal. Asimismo la Corte se expidió sobre los pronunciamiento a nivel interno, y advirtió que las diversas sentencias que se pronunciaron sobre la validez de la interceptación y registro del automóvil en que viajaba el señor Fernández Prieto se basaron en consideraciones relacionadas con la eficacia en la prevención del delito y con argumentos de naturaleza consecuencialista (los cuales validaban la actuación policial en virtud de los resultados obtenidos, es decir de las pruebas recabadas), sin tomar en consideración si la actuación de la policía se encuadraba dentro de los supuestos habilitantes previstos por el Código de Procedimientos para realizar una detención sin orden judicial. La Corte consideró que, con independencia de la legitimidad de las razones mencionadas por los distintos tribunales que conocieron sobre el caso para justificar el registro y posterior detención como una cuestión de cumplimiento del deber de prevención del delito, o bien porque las pruebas obtenidas en virtud de ella podrían demostrar la culpabilidad del señor Fernández Prieto, de las propias sentencias se confirma que la interceptación y posterior registro y detención no fue realizada en aplicación de la legislación vigente. En ese sentido, al incumplirse el requisito de legalidad de la detención, la Corte concluyó la violación a los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

En un sentido similar, en relación con la detención del señor Tumbeiro, la Corte constató que el Código Procesal Penal de la Nación, vigente a partir de octubre de 1992, y por lo tanto vigente en la época de la detención del señor Tumbeiro en 1998, establecía en su artículo 284 que “los funcionarios y auxiliares de la policía tienen el deber de detener, aún sin orden judicial”, a: a) quien “intentare un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad, en el momento de disponerse a cometerlo”; b) quien se “fugare, estando legalmente detenido”; c) de manera excepcional, contra quien “hubiere indicios vehementes de culpabilidad, y exista peligro inminente de fuga o de serio entorpecimiento

de la investigación y al solo efecto de conducirlo ante el juez competente de inmediato para que resuelva su detención”, y d) quien “sea sorprendido en flagrancia en la comisión de un delito de acción pública reprimido con pena privativa de libertad [...]”. Asimismo, notó que la Ley 23.950, que modificó la Ley Orgánica para la Policía Federal de 1958, disponía que, fuera de los casos establecidos en la normativa procesal penal, no se podría detener a las personas sin orden de juez competente, salvo si: “[...] existiesen circunstancias debidamente fundadas que hagan presumir que alguien hubiese cometido o pudiere cometer algún hecho delictivo o contravencional y no acreditase fehacientemente su identidad [...]”. En el caso concreto de la detención del señor Tumbeiro, el Tribunal constató que su detención se basó en tres hechos: a) se mostró nervioso ante la presencia de los policías; b) no estaba vestido conforme al modo de vestir propio de la zona por la que transitaba, y c) contestó que se encontraba buscando un material “totalmente extraño a lo que podía obtenerse en los comercios aledaños”. La Corte consideró que ninguna de las razones que dio la policía para retener al señor Tumbeiro y solicitarle su identificación constituían en sí mismas, o en conjunto, hechos o informaciones suficientes y concretas que permitieran a un observador razonable inferir objetivamente que probablemente había cometido o estaba por cometer una infracción penal o contravencional. Por el contrario, calificó que las razones que motivaron la detención con fines de identificación respondieron a preconceptos sobre cómo se debe ver una persona que transita en un determinado lugar, cómo se debe comportar ante la presencia policial, y qué actividades debe realizar en ese lugar. De igual modo, consideró que la detención obedeció a la aplicación por parte de los agentes policiales de estereotipos sobre la apariencia del señor Tumbeiro, y su presunta falta de correlación con el entorno por el que transitaba. La Corte manifestó que el uso de estereotipos supone una presunción de culpabilidad contra toda persona que encaje en los mismos, y no la evaluación caso a caso sobre las razones objetivas que indiquen efecti-

vamente que una persona está vinculada a la comisión de un delito. Por ello, recordó que las detenciones realizadas por razones discriminatorias son manifiestamente irrazonables y por tanto arbitrarias. En el caso, la Corte encontró que el contexto sobre detenciones arbitrarias en Argentina, así como las razones invocadas por la policía para su detención, evidencian que no hubo indicios suficientes y razonables sobre su participación en un hecho delictivo. Por el contrario, la detención del señor Tumbeiro se efectuó *prima facie* debido a la sola circunstancia de no reaccionar del modo en que los agentes intervinientes percibían como correcto, y utilizar un atuendo juzgado por ellos como inadecuado con base en una preconcepción subjetiva sobre la apariencia que debían resguardar los habitantes del área.

b) Arbitrariedad de la detención

Es más, la Corte agrega que aun en el supuesto de que la acción policial se hubiera enmarcado en los supuestos de excepción de detención sin orden judicial contemplado en la normativa vigente, la forma genérica e imprecisa en que estaban contemplados al momento en que ocurrieron los hechos permitía que cualquier tipo de sospecha de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener a una persona. Concluye la Corte que el art 4 del Código de procedimientos, el art 284 CPPN y el art. 1 de la Ley 23.950 son normas ambiguas que no permiten precisar parámetros claros para detener a una persona sin orden judicial ni delimitan el estado de flagrancia. Que la ausencia de parámetros objetivos por parte de los funcionarios policiales para motivar detenciones y la inexistencia de una obligación posterior de justificar un registro o una requisita con independencia de los resultados obtenidos, ha generado que durante la década del 90 haya existido en el Estado argentino un amplio espacio de discrecionalidad que trajo como consecuencia la aplicación arbitraria de facultades preventivas, la que a la postre fue avalada por una práctica judicial que convalidó las detenciones sobre la base de

criterios generales, como la prevención de delitos o *ex post* por las pruebas obtenidas ⁴¹. Por otro lado, advierte un defectuoso diseño normativo tanto de los preceptos que reglamentan la libertad personal, debido a la amplitud en que están redactados los supuestos para realizar interceptación de automóvil o detención con fines de identificación sin orden judicial, como a la práctica por parte de las autoridades del Estado (funcionarios policiales y jueces) de aplicar esas normas, que lejos de evitar la arbitrariedad de las detenciones y el abuso de autoridad, las incentivó ⁴².

c) Afectación a la vida privada

La Corte precisó que el art 11 de la Convención, si bien se titula “protección de la honra y de la dignidad”, incluye dentro del marco de protección, la vida privada y familiar, la que implica la exención o inmunidad de invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Esto significa que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, aun cuando ésta se encuentre dentro de un automóvil, son bienes que al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Ésta es la razón, por la cual no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o autoridades ⁴³.

En este orden, al tiempo en que Fernández Prieto fue interceptado (26 de mayo de 1992) por la policía bonaerense, quien efectuó un registro de su vehículo con base a la pre-

41 Párr. 97 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

42 Párr. 98 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

43 Párr. 102. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

sunta “actitud sospechosa” de sus ocupantes, se advierte que se ha cometido una injerencia arbitraria, en virtud de que en aquel tiempo el Código de procedimiento no contemplaba disposición alguna que facultara a los agentes policiales a registrar un automóvil sin orden judicial previa. Las restricciones al derecho a la vida privada deben estar previstas en la ley, ergo el registro automotor constituyó una injerencia ilegal.

d) Afectación a la dignidad humana

La corte IDH considera que si bien el derecho a la vida privada no es un derecho absoluto y admite reglamentaciones, las injerencias que los Estados pretendan realizar no deben ser abusivas o arbitrarias, deben estar previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. En el caso del Sr. Tumbeiro, mientras caminaba por una zona de ciudad de Buenos Aires, la Policía Federal decidió interceptarlo debido a que “su actitud resultaba sospechosa” y su vestimenta era inusual para el área en la que circulaba. Pese a que el motivo de la detención fue “con fines de identificación” y haber entregado Tumbeiro su documento de identidad, habiendo sido ésta comprobada en su autenticidad y regularidad, y habiendo verificado los oficiales que aquél no poseía antecedentes penales, igualmente procedieron a requisarlo, lo obligaron a subir al patrullero y a bajarse los pantalones. Al respecto, la Corte procede a analizar el art. 230 CPPN, entonces vigente y dice que la norma por un lado exigía orden judicial previa para requisar y por otro “la existencia de motivos suficientes para presumir que alguien oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito”, en el caso nada de eso ocurrió, no hubo orden judicial previa y los motivos argüidos por los preventores (vestimenta, actitud sospechosa y estado de nerviosismo) no constituyeron “motivos suficientes” en los términos del art. 230, que permitieran presumir que el Sr. Tumbeiro ocultaba objetos vinculados a la comisión de un delito a los

efectos de la requisita corporal ⁴⁴. Agrega que si bien el art. 184 inc. 5 CPPN habilitaba a la fuerza a proceder sin orden judicial en los casos de urgencia, advierte que el Código no daba a lo largo de toda su normativa una definición de urgencia, lo que otorgaba un amplio margen de discrecionalidad a los agentes policiales para realizar este tipo de intervenciones sin un control judicial previo, lo que puede dar lugar a injerencias arbitrarias. Tampoco se acreditó respecto del Sr Tumbeiro que hubiera estado incurso en algún supuesto de urgencia puesto que se identificó debidamente ante los agentes policiales y éstos pudieron comprobar que no poseía impedimento alguno. No obstante, ya teniendo por acreditada su identidad los agentes procedieron a requisarlo basándose en meras apreciaciones subjetivas, que ante la ausencia de elementos objetivos eran insuficientes para fundar el estado de sospecha que requería la medida ⁴⁵. La requisita practicada constituyó una injerencia ilegal, arbitraria y desproporcionada. Ilegal, puesto que la norma invocada para su justificación era imprecisa y contraria al principio de tipicidad, en atención a que no definía “urgencia” y por otro lado, porque la motivación para la práctica policial (averiguación de identidad) ya estaba abastecida, para ese momento Tumbeiro ya había exhibido su documento de identidad, allí debió haber cesado la intervención policial. Arbitraria, puesto que los motivos para detener no se basaban en circunstancias objetivas, sino en apreciaciones subjetivas (modo de vestir y estado de nerviosismo). Desproporcionada, porque aun cuando hipotéticamente se admitiera una situación de urgencia, obligar a una persona a que se desnude a los efectos de la requisita, excede el palpamiento superficial sobre la ropa, en atención a que la medida no perseguía fines jurídicos relevantes. La

44 Párr.106 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

45 Párr.107. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

medida tal y como fue practicada, implicó una grave afectación a la intimidad ⁴⁶.

2) *Reparaciones*

En el fallo que venimos desarrollando, la Corte IDH no sólo responsabilizó a Argentina por haber vulnerado los derechos señalados en el acápite anterior, sino que le ordenó el cumplimiento de “garantías de no repetición”, entre ellas la exigencia de la adecuación normativa en materia de detenciones o requisas, capacitación de los integrantes de las Fuerzas de Seguridad, Ministerio Público y Poder Judicial, producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las fuerzas de seguridad, además de indemnizar a los familiares de las víctimas (familias de Fernández Prieto y Tumbeiro). En el presente, abordaré las dos primeras, porque sólo ellas guardan relación con el propósito de este trabajo, y es a partir de su análisis que podremos plantearnos si es posible fijar nuevos estándares en materia de libertad personal, y en caso afirmativo, cuáles serían.

a) Adecuación normativa en materia de detenciones o requisas

La Corte IDH resolvió que en razón de los derechos vulnerados, Argentina tenía que comprometerse a evitar restricciones de libertad inconvencionales. En este sentido concluyó que las normas del sistema federal, específicamente los artículos 4 del Código de Procedimiento Penal (vigente en la época en que Fernández Prieto fue detenido), 230 y 230 bis Código Procesal Penal de la Nación (vigente en la época de detención del sr. Tumbeiro) y el art. 1, Ley 23.950, constituyeron un incumplimiento del art 2 de la Convención Americana de De-

46 Párr.108 y 109. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

rechos Humanos (deber de adoptar disposiciones de Derecho interno). Consideró que la sanción del nuevo Código Procesal Penal federal de la Nación y la regulación de requisas sin orden contemplada en el art. 138 CPPF, si bien importan un avance en el cumplimiento del deber de adoptar disposiciones de Derecho interno, no abarcan la “totalidad de las violaciones declaradas en la sentencia”. Más aun, le exige que dentro de un “plazo razonable”, adecue su ordenamiento interno en una doble dirección: por un lado debe modificar aquellas normas relativas a detenciones, requisas y registro vehicular “abordados en el caso” y por otro, debe desarrollar prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, de un modo compatible con los parámetros fijados en la sentencia de fondo⁴⁷. Ordena a las autoridades internas que tienen a su cargo la creación y aplicación de normas, realizar un control de convencionalidad, tomando en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana respecto a las detenciones sin orden judicial, “que han sido reiteradas en la sentencia de fondo”.

b) Capacitación de fuerzas de seguridad, Ministerio Público y Poder Judicial

Asimismo la Corte IDH ordenó al Estado crear e implementar, en el plazo de dos años, un plan de capacitación de los cuerpos policiales de la Provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, Ministerio Público y Poder Judicial sobre la necesidad de a) Que la policía indique las circunstancias objetivas en que procede una detención, registro y/o requisas sin orden judicial, siempre con relación concreta a la comisión de un delito; b) Que dichas circunstancias deben ser de carácter previo a todo procedimiento y de interpretación restrictiva; c) Que deben darse dentro de un situación

47 Párr.122 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

de urgencia que impida solicitar una orden judicial; d) Que las fuerzas de seguridad deben dejar constancia exhaustiva en las actas del procedimiento los motivos que dieron origen al registro o a la requisita y e) Omitir la utilización de criterios discriminatorios para llevar a cabo una detención.

Asimismo, se deberá incluir información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas o estereotipadas. En el caso del Ministerio Público y Poder Judicial, dicha capacitación deberá estar dirigida a concientizar sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisita por parte de la policía como parte del control de las detenciones ⁴⁸.

V. Criterios de actuación desde el Ministerio Público de la Nación y Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires a partir de la sentencia

En lo que tiene que ver con el cumplimiento de sentencia respecto de la capacitación a agentes del Estado, quien suscribe tuvo la oportunidad de poder asistir tanto a las capacitaciones brindadas por el Ministerio Público de la Nación, como por el Instituto de Estudios Judiciales de la Provincia de Buenos Aires. En particular, entiendo que es indispensable conocer cómo se impartió esa capacitación, a los efectos de reflexionar sobre los criterios que se proponen desde organismos del Estado y analizar la posibilidad de crear estándares unificados en materia de libertad personal.

a) Ministerio Público Fiscal

En el fuero federal, desde el año 2022 la Dirección General de Capacitación y Escuela del Ministerio Público Fiscal de la Nación es quien se ha encargado de llevar adelante la forma-

48 Párr.125 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

ción del órgano acusador titulada “Garantías procesales en la investigación preparatoria: el derecho a la libertad personal. Análisis de los lineamientos de la Corte IDH en el caso ‘Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina’”. La misma consistió en un encuentro virtual de dos horas, cuya aprobación se lograba rindiendo un examen y estaba dirigido a toda la planta del organismo de manera obligatoria, así como también a aspirantes a ingresar al fuero. Se advierte que esta capacitación se hace por cupos, y de manera periódica. ¿Cómo se abordó la capacitación? En primer lugar se recapituló sobre los fallos de nuestro Máximo Tribunal, posteriormente se reflexionó sobre sentencias de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional y por último se procedió al análisis de la sentencia de fondo que motiva el presente. Seguidamente desarrolló cuáles serían los criterios de actuación que deberían seguir los integrantes del Ministerio Público ante restricciones de libertad sin orden judicial previa, a saber

✓ Que el Ministerio Público Fiscal ante un caso penal no sólo tiene el deber de investigar, sino también de promover su actuación en defensa de la legalidad.

✓ Que el Ministerio Público no puede validar un procedimiento en función del resultado obtenido, sino que debe basarse en circunstancias objetivas, las que deben estar indicadas de manera precisa, evitando fórmulas dogmáticas y estereotipadas.

✓ Que ante casos de detención o requisa sin orden judicial, debe realizar una valoración adecuada de los elementos que los motivan, de manera restrictiva.

✓ Si la validez del procedimiento desplegado por las fuerzas de seguridad se torna dudoso o ante un eventual planteo de la defensa, debe propenderse a abrir a prueba, de modo de agotar los esfuerzos para aclarar las circunstancias que rodearon la detención o requisa, cita como ejemplo: ampliar declaraciones del preventor, o de los testigos de actuación, solicitar el registro de llamadas del 911 y *trunking* policial (sistema de *scannerfrecuencias*).

A treinta años de la reforma constitucional

Asimismo, los capacitadores señalaron cuáles serían las consecuencias de no seguir con estos criterios de actuación; entre ellos, señalan

- × El riesgo de que los funcionarios policiales perciban que es mejor proceder sin orden judicial previa
- × el riesgo de perder prueba valiosa, por no respetar garantías constitucionales
- × alentar procedimientos fraguados
- × hacer incurrir en responsabilidad internacional al Estado.

b) Ministerio Público de la Defensa

En abril del año 2022, la Secretaría General de Capacitación y Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa realizó de manera virtual “Jornadas abiertas sobre poder de policía y control judicial: a propósito del caso ‘Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁴⁹, dirigido a integrantes del Ministerio Público de la Defensa y al público en general, con cupo limitado, cuya duración fue de aproximadamente dos horas. La capacitación por un lado estuvo orientada a analizar fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, para luego proceder a informar sobre las conclusiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina”. La jornada se completó con la intervención de varios expositores que plantearon de una manera crítica el accionar de los operadores judiciales antes de la sentencia de fondo, además se reflexionó sobre cómo la defensa pública tomó la decisión estratégica de plantear los casos mencionados de manera conjunta ante el sistema regional interamericano de protección. De todas las exposiciones, la que resulta más interesante a los efectos de este trabajo, es la del Dr. Adrián Martín quien propone

49 <https://www.youtube.com/watch?v=WoXSynJB2HE>.

que los supuestos de detención en la vía pública sin orden judicial, sean resueltos mediante el procedimiento especial de flagrancia tal y como está redactado en el nuevo Código Procesal Penal Federal. Señala que así como la Comisión bicameral hizo operativas las disposiciones concernientes a medidas cautelares, también puede hacer lo propio en relación a esta normativa. Propone el siguiente razonamiento: si bien la decisión de que un caso se declare como de flagrancia depende del criterio de la fiscalía, lo cierto es que no otorgarle ese trámite a las detenciones ocurridas en la vía pública sin orden judicial, perjudican al privado de libertad, en atención a que el procedimiento ordinario no le da garantías de ser resuelto en un plazo razonable. Ergo la decisión no puede depender del fiscal. Éstas son las prácticas que a su criterio deben modificarse, porque si lo que queremos evitar o más bien controlar son las detenciones realizadas sin orden, bajo los parámetros de la sentencia de fondo, el modo correcto de resolver estas situaciones es que si el fiscal no desea aplicar el procedimiento de flagrancia, entonces la única opción es el sobreseimiento por vulneración del plazo razonable.

c) Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires

En el mes de mayo del 2023 el Instituto de Estudios Judiciales lanzó una capacitación denominada “Justicia Penal y Detenciones ilegales” dirigida a magistrados, funcionarios, empleados del Poder Judicial y abogados de la matrícula. La misma se dictó por el *campus* virtual del instituto y consistió en cuatro encuentros sincrónicos de aproximadamente dos horas de duración, debiendo los asistentes participar de modo obligatorio en los foros de discusión y cuya aprobación se lograba realizando un trabajo práctico final.

En el primer encuentro se hizo un recorrido sobre jurisprudencia relevante de nuestro Máximo Tribunal en relación a detenciones y requisas, para luego adentrarse en el análisis de la sentencia de fondo y relacionarlo con los artículos cuestionados.

A treinta años de la reforma constitucional

Concluyendo el capacitador ⁵⁰ que el fallo del sistema interamericano no fija estándares en materia de libertad personal, sino que establece prohibiciones de valoración probatoria exclusivamente dirigida a los jueces con funciones de garantías o jueces de control. En el segundo encuentro, se abordó el caso “Bulacio” y se puso en crisis la legitimidad de restringir derechos a través de normas de baja jerarquía, concretamente se trabajó sobre el memorándum secreto número cuarenta, que habilitaba a la policía a que cuando los operativos se realizaran contra menores de edad, tuvieran la facultad discrecional de no judicializar la causa. Asimismo se abordó el protocolo realizado por el Ministerio de Justicia ⁵¹, reglamentario del art 15 de la Ley 13.482, que habilita a la policía bonaerense a detener con la finalidad de averiguar identidad. Bajo esta normativa, la policía puede exigir a cualquier persona la exhibición de cualquier instrumento que acredite su identidad, y ante la falta de éste, trasladarla a la dependencia policial, teniendo como obligación labrar un acta, motivar las circunstancias, debiendo comunicar la detención a sus familiares. En este sentido, se informó en el marco de la capacitación, sobre un proyecto de ley modificatorio de este artículo, que restringe la facultad de detener de la policía a los supuestos de orden judicial de detención, estado de flagrancia, cuasiflagrancia o flagrancia presunta o cuando mediare una situación de urgencia. Vedándose así la facultad de detener con fines de averiguación de identidad. En relación a este punto el capacitador realiza una propuesta interesante ⁵², pues propone como una práctica para evitar detenciones arbitrarias, usar los dispositivos de huella dactilar digital similar al que usa la policía en los controles de los partidos de fútbol, de modo que cuando

50 Dr. Marcelo Madina. Juez de Cámara de Apelaciones y Garantías. Departamento Judicial Mar del Plata.

51 EXTE.21100-562.495/2012.

52 Dr. Juan Tapia. Juez de Garantías Departamento Judicial Mar del Plata.

la fuerza de seguridad se encuentre bajo una situación de sospecha, en vez de trasladar a la persona involucrada a la dependencia policial, tome su huella dactilar *in situ*. En el tercer encuentro se abordaron analíticamente los delitos contra la libertad cometidos por funcionarios públicos, señalando los capacitadores por un lado, el escaso desarrollo jurisprudencial sobre la materia y por otro, la necesidad de entender que la práctica de la detención sin orden judicial por parte de la fuerza de seguridad, es el primer paso para la realización de delitos expresamente tipificados en el Código Penal. En el cuarto encuentro, se abordó la problemática de la detención sin orden judicial, cuando recae sobre vulnerabilidades específicas como ser, niños, niñas y adolescentes y miembros de la comunidad LGTBIQ+. En este orden resulta interesante la propuesta por parte de las capacitadoras, en cuanto consideran que, si vulnerabilidades específicas son detenidas en la vía pública sin orden judicial, una manera de combatir la detención arbitraria sería profundizando en el estudio crítico de la normativa específica de especial protección y reforzando las estrategias de actuación. En particular señalan, que si el fallo “Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina” reputa inconvencionales las normas dirigidas a mayores de edad, y ordena un cambio de prácticas, con mayor rigor debe reinterpretarse la normativa juvenil y la jurisprudencia. En este sentido, y hasta tanto no se cumpla con la modificación normativa a nivel interno, las capacitadoras proponen que un control de convencionalidad adecuado que involucre vulnerabilidades específicas, implicaría la declaración de inconstitucionalidad de las normas en juego, concretamente a nivel provincial el art 294 CPPBA, inc. 5 y todas aquellas que habiliten la injerencia estatal sobre ámbitos de autodeterminación.

VI. Algunas reflexiones

1) Sobre los criterios de actuación propuestos

Sin lugar a dudas, la decisión de la Corte Interamericana ha significado para Argentina la sindicación de un problema

A treinta años de la reforma constitucional

y un llamado a la reflexión sobre sus prácticas estatales. En este sentido se advierte, que los organismos que tienen incidencia sobre la garantía libertad personal, han esbozado posibles soluciones al problema orientadas por un lado, a qué herramientas tienen disponibles para poder efectuar el control de convencionalidad exigido, y por otro a repensar nuevos estándares de actuación.

A nivel federal, señalé previamente cómo se orientó la capacitación desde los distintos Ministerios y cómo se repensaron los criterios de actuación vigentes, ahora bien ¿qué podemos concluir de todo eso? En primer lugar, si bien la fiscalía demuestra preocupación por los procedimientos realizados en la vía pública por parte de la policía, promueve como control de la medida abrir a prueba en aquellos casos que exista un manto de duda sobre el procedimiento desplegado o bien ante un planteo de nulidad de la defensa. Por ejemplo, si una persona es detenida o se le realiza una requisita en la vía pública sin orden judicial, lo que correspondería sería que los preventores dejen constancia en actas acerca de los motivos por los cuales realizaron la medida a los efectos del control por parte del juez. Ahora, si estos motivos no están o no son del todo claros, la fiscalía podría abrir a prueba a los efectos de sanear el procedimiento cuestionado, pidiendo por ejemplo cámaras de seguridad, ampliar los testimonios de los preventores dando explicaciones al efecto. A mi entender si bien la propuesta implica un avance en sintonía con lo exigido por la Corte IDH, porque los obliga a aunar esfuerzos para validar una detención u otra injerencia en el ámbito de autodeterminación, el órgano acusador no sólo debe intentar defender el procedimiento sino que también tiene a su alcance adherir al planteo de nulidad de la defensa, si el mismo no es respetuoso de garantías constitucionales, porque tiene a su cargo la defensa de la legalidad y más aun a raíz del fallo. Por otro lado, si la fiscalía pretende litigar a favor de la validez del procedimiento policial, entiendo que el sistema de enjuiciamiento en el cual se insertaría esta incidencia, no acompañaría en términos de tiempos procesales a dar una solución a corto plazo, en virtud de que la

metodología de trabajo a través del expediente judicial, sigue siendo el método escogido por el Código Levene todavía vigente. En la actualidad, a nivel federal, coexisten distintos sistemas de enjuiciamiento, el nuevo Código Procesal Penal Federal (t.o. 2019) y el Código Procesal Penal de la Nación. De acuerdo a la decisión de la Comisión Bicameral, el nuevo Código tiene operatividad plena en las provincias de Salta y Jujuy, sin embargo en el resto de las provincias sólo se han puesto en vigencia algunos artículos, entre ellos los referidos a medidas cautelares y se ha dejado sin operatividad, el capítulo correspondiente a flagrancia y el art 258CPPF que versa sobre la audiencia de control de la detención, institutos que son importantísimos para esta temática. Recordemos que las principales críticas de los movimientos de reforma a los sistemas que no responden a un sistema acusatorio puro, es que el procedimiento escrito permite la delegación de funciones que se materializa en la extensión del procedimiento penal en perjuicio del perseguido penalmente. Por ello, la propuesta esbozada por el Ministerio Público de la Defensa me parece superadora, en tanto propone (al igual que la fiscalía) el litigio sobre el procedimiento llevado a cabo por la policía, pero a través de un sistema por audiencias. Ahora, si bien coincido con el Dr. Adrián Martín en que la audiencia es la solución más rápida y eficaz para combatir las detenciones sin orden judicial, considero que el instituto que podría dar una solución conteste con lo exigido por la Corte IDH es la audiencia de control de la detención, porque la misma no necesariamente se inserta en el procedimiento especial de flagrancia y exige que se corroboren los presupuestos que habilitan la detención. En cuanto a las reflexiones que el expositor realiza sobre la flagrancia, acerca de la facultad que tiene el fiscal de asignarle ese procedimiento especial a un caso, y su propuesta de que a futuro ya no sea discrecional sino obligatorio que los hechos *in fraganti* deben necesariamente resolverse mediante el procedimiento especial, considero que si bien los fines del cambio de prácticas son positivos y redundarían en beneficio del imputado, no termina de convencerme la propuesta, en primer

A treinta años de la reforma constitucional

lugar, porque en el procedimiento especial no se discute sólo la privación de libertad inicial -que aclaramos es el eje de discusión de la capacitación- sino también la procedencia de medidas cautelares, salidas alternativas y el debate oral. Entonces si, por ejemplo, tuviera lugar el control de la detención sufrida por el imputado (que es lo primero que se discute en flagrancia y en definitiva lo que le preocupa a la Corte Interamericana) y se resuelve disponer su libertad, no veo inconveniente en que a los efectos del juicio se aplique el procedimiento ordinario.

a) Importancia de la audiencia de control de la detención

Estimo que la solución a las privaciones de libertad sin orden, es la audiencia de control de la detención. El objetivo de esta audiencia es debatir si la detención de una persona se realizó conforme a derecho y se encuentran acreditados los extremos requeridos por el ordenamiento procesal. El art 258 CPPF establece que esta discusión debe darse antes de la audiencia de formalización de cargos, de manera obligatoria, en todos aquellos casos en que una persona haya sido privada de libertad por las autoridades de prevención.

El Código nuevo prevé tres supuestos que habilitan la privación de libertad sin orden judicial previa. El primer supuesto se halla en el art. 216 CPPF, inc. a), que habilita la aprehensión cuando una persona hubiera sido sorprendida en flagrante delito. Esta normativa se complementa con lo dispuesto en el art. 217 CPPF, que describe los supuestos en los que debe considerarse que existe flagrancia a saber: si el autor del delito fuera sorprendido en el momento de intentarlo, cometerlo o inmediatamente después; si fuera perseguido o tuviera objetos o presentara rastros que permitieran sostener razonablemente que acaba de participar de un delito. El segundo supuesto habilitante se halla en el art. 216 CPPF, inc. b) cuando se tratare de una persona que se hubiese fugado de algún establecimiento penal o de cualquier otro lugar de detención. El tercer supuesto se halla en el art. 245 CPPF, que habilita el arresto de una persona cuando en los primeros momentos

de la comisión de un delito no pueda individualizarse a los posibles autores o partícipes y se deba proceder con urgencia para no perjudicar la averiguación de los hechos. El arresto puede consistir en no alejarse del lugar, no comunicarse con determinadas personas, ni se modifique el estado de cosas ni del lugar, incluso la retención de la persona en el lugar de los hechos, o ser trasladado a la comisaría o a la fiscalía o ante el juez de turno, no pudiendo exceder de 6 horas. Transcurrido ese plazo la persona retenida debe ser dejada en libertad o disponerse su aprehensión de conformidad con el art. 216 CPPF, debe darse aviso al juez y al Ministerio Público Fiscal y en caso de que éste estime que debe continuarse con la medida como detención, debe dar inmediata noticia al juez, no pudiendo exceder la misma de las 72 hs. En este supuesto cuando la persona se encuentra detenida, y hay interés en solicitar la prisión preventiva, el art. 255 CPPF ordena que primero se litigue la legitimidad de la detención que viene sufriendo el inculso, luego se formalice la investigación y de corresponder se solicite la prisión preventiva.

La audiencia de control de la detención supone que la fiscalía debe acreditar los requisitos sustanciales (existencia de un hecho, participación de la persona investigada y calificación legal) y luego argumentar sobre los motivos que llevaron a detener a una persona, que básicamente se encuentran en el Código de forma, por ejemplo si es sorprendido en flagrante delito. Supongamos que un sujeto tiene la finalidad de robar un kiosco de barrio, y logra tomar el dinero efectivamente por unos instantes, y cuando empieza a huir, un cliente lo ve y logra reducirlo dentro del establecimiento comercial. En este caso si la fiscalía pretende legitimar la detención, debe argumentar que el cliente estaba habilitado a reducirlo, por haber sido visto por éste en el momento en que el imputado le exigía el dinero al kiosquero. El juez luego de escuchar los argumentos de las partes, deberá decidir si convalida o revoca la detención que el imputado viene sufriendo. En caso de convalidar la detención, y si la fiscalía estima que puede proceder en el caso una medida de coerción, inmediatamente después del control

de la detención y formalización de cargos, se abrirá audiencia para discutir dicha temática.

Ahora, supongamos que lo que se discute no es un hecho descubierto en flagrancia si no la detención realizada por la policía sin orden judicial en los términos del art. 284, inc. 3 CPPN, esto es sobre una persona contra la cual hubiera indicios vehementes de culpabilidad y exista peligro inminente de fuga o de entorpecimiento de la investigación. Por ejemplo, un caso que verse sobre un hombre de aspecto menesteroso circulando en cercanías de un barrio privado, que la policía visualiza y le exige documento de identidad, lo requisa y descubre que tiene estupefacientes en su poder. A raíz de ese descubrimiento la fuerza de prevención se lo lleva detenido alegando la normativa procesal y llega el momento de discutir la legitimidad de la detención en la audiencia de control de la detención. Es en este momento en que la fiscalía debe justificar por qué considera que la privación de libertad es legítima, y allí necesariamente debe profundizar en los motivos que alegó la policía para detener, y verificar si esos motivos son contestes con “indicios vehementes de culpabilidad”. Claro, sucede que de acuerdo a lo resuelto en el fallo del sistema interamericano analizado previamente, ese artículo en particular presenta una redacción vaga que no determina si esos indicios deben ser objetivos o subjetivos, pero también sabemos que la Corte IDH exige que esos indicios se basen en elementos objetivos, que no es otra cosa que la conducta desplegada por el agente sobre el que recae la sospecha, verificada empíricamente, hechos. En este escenario, la defensa puede cuestionar la privación de libertad porque por ejemplo la policía tomó como indicio de culpabilidad su forma de vestir o su aspecto de pobreza, criterios subjetivos y estereotipados, prohibidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, y bajo esta línea argumentativa, solicitar invalidar la detención por inconvencional. Ahora bien, el juez tiene dos opciones: convalidar o dejar sin efecto la detención. En el primer supuesto, luego de expedirse sobre la legitimidad de la privación de libertad, le dará la palabra a la fiscalía para que formalice los cargos y

solicite medida cautelar. En el segundo supuesto, si considera que la detención es arbitraria, ello no obsta a que igualmente el fiscal formalice los cargos, dentro de las 72 hs. de la privación de libertad, en tanto y en cuanto tenga evidencias para sostener su teoría del caso. La diferencia va a radicar en que, en este último supuesto, el imputado va a estar en libertad atravesando el proceso penal. A mí criterio la realización de esta audiencia en particular, permitiría materializar el control de convencionalidad exigido por la Corte IDH, en atención a que el CPPF le otorga a la fiscalía tres días para presentar su caso ante el juez con funciones de garantías, permite a la defensa realizar sus argumentaciones en contra de los motivos que dieron lugar a la prisionización y a la solución del caso se arriba al finalizar la audiencia.

Ahora bien, esta propuesta implica por parte de los operadores judiciales un cambio de prácticas profundo, en donde se deje de lado la cultura del expediente y se adopte el método de trabajo por audiencias, que a primera vista pareciera ser que el Ministerio Público de la Defensa estaría más dispuesto a asumir ese desafío, que su contraparte.

2) Sobre la adecuación normativa

a) A nivel provincial

Un punto interesante que fue abordado por el fallo analizado se vincula con la obligación del Estado argentino de adecuar su ordenamiento interno a los efectos de evitar detenciones arbitrarias en el futuro, pero ¿qué implica adecuar?, ¿adecuar quiere decir necesariamente modificaciones legislativas?, ¿o quiere decir modificar normas en sentido general, como podría ser por ejemplo un decreto o una resolución ministerial? ¿O adecuación normativa sería también declarar la inconstitucionalidad de una “seudonorma” porque al contrariar preceptos constitucionales y convencionales no puede ser reputada como tal? A estas preguntas han intentado dar respuesta los capacitadores del Instituto de Estudios Judiciales a nivel provincial

y me parece prudente analizar sus propuestas. Por lo que, a los efectos de orientar al lector, detallaré cómo abordaré este acápite. En primer término voy a enfocarme en la propuesta del Dr. Tapia, en segundo lugar en la propuesta de la Dra. Saumell y en tercer lugar plasmaré una opinión personal sobre cómo debería modificarse la normativa provincial.

El Dr. Tapia propuso en el marco de la capacitación, la derogación del instituto de la “detención con fines de averiguación de antecedentes” en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y señaló la utilidad de dispositivos tecnológicos de control que permiten conocer los mismos datos con una mínima intervención. La norma actual habilita a la policía a privar de libertad a las personas, art. 15, inc. c. Ley de Policía Buenos Aires. Tapia ⁵³ manifiesta que esta norma, reglamentaria de la actividad policial, afecta el derecho a la libertad ambulatoria toda vez, que aun cuando no hay imputación formal de delito o contravención alguna, el Estado igualmente estaría habilitado a detener, lo que a todas luces afecta el principio de inocencia “al convertir a todos los ciudadanos en sospechosos de registrar pedidos de captura u órdenes de detención, habilitándose la conculcación de garantías constitucionales hasta tanto se demuestre lo contrario”. Señala que durante el tiempo que dura el encierro, no hay control judicial alguno, lo que a la postre expone al “demorado” al abuso policial. Que en relación a los fines preventivos generales, la detención con fines de averiguación de identidad no tiene utilidad práctica para prevenir delitos, en tanto se le asigna a la policía funciones meramente administrativas como conocer la identidad o actividades laborales de las personas, función totalmente extraña a prevenir ilícitos y aprehender a los culpables. A lo que debe agregarse que este tipo de norma, tal y como está redactada,

53 Recuperado 14/09/2023 de diario La Capital de la ciudad de Mar del Plata el día 16 de marzo de 2016.

<https://www.lacapitalmdp.com/detencion-en-averiguacion-de-identidad-un-disfraz-para-la-violenciapolicial/>.

fomenta la discrecionalidad policial. Insiste en que el Estado, cuenta con otros dispositivos de control social, como el sistema “Morpho Touch”, en poder de las policías provinciales, o el Sistema Federal de Identificación Biométrica para la Seguridad (Sibios), que permiten eficientes y veloces formas de reconocer a un ciudadano, con mínimas afectaciones a sus derechos fundamentales y sin necesidad de privación de libertad alguna. Advertidos entonces los defectos de la norma, Tapia reivindica el proyecto de reforma de ese artículo, en tanto suprime directamente la facultad policial de detener con fines de averiguación de identidad, quedando reducido el alcance policial a los supuestos de ejecución de una orden de detención, situación de flagrancia, cuasiflagrancia, flagrancia presunta y situación de urgencia. Entiendo que, a nivel provincial, la materialización de la reforma reduciría significativamente el ámbito de actuación policial y sería una herramienta positiva en atención a los fines exigidos por el fallo del sistema interamericano, ya que la corroboración de datos se haría mediante dispositivo digital sin necesidad de trasladar al “sospechoso” a centro de detención alguno, por lo que la afectación a la libertad personal se vería acotada a esos escasos minutos de respuesta del sistema.

El Tribunal de Casación Penal ⁵⁴ ha hecho extensivo este razonamiento al ámbito de menores de edad, prohibiendo expresamente la aplicación de “detención con fines de averiguación de identidad”. Si bien reconoce la vigencia de la norma provincial Ley 13.482, atento a que no hubo una derogación formal por parte del Poder Legislativo, entiende que en el año 2006 se sancionaron las leyes 13.298 y 13.634 que al crear específicamente el régimen penal juvenil, no sólo son “ley posterior” sino también “ley especial”. A esto agrega que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al

54 TCPBA n95.448. Sala III. “Niños, niñas y adolescentes que viven o transitan en la jurisdicción de la Jefatura Departamental Dolores s/queja” 15-sep-2023.

tomar intervención en causas de similares características ⁵⁵ ordenó al Ministerio de Seguridad la elaboración de protocolos en donde se dé especial tratamiento a menores de edad. Es así que en el año 2021 el Ministerio de Seguridad mediante la RESO-2021-2002-GDEBA-MSGP fijó las “Pautas de actuación Policial respecto de Niñas, Niños y Adolescentes presunto/as infractores/as de la Ley Penal” en donde destacó que la privación de libertad es el último recurso a utilizar y sólo por un periodo breve de tiempo, a lo que agregó un “anexo de actuación” en donde especifica las únicas causas en que procede la detención, a saber orden de detención y situación de flagrancia, excluyendo específicamente “averiguación de identidad” e “infracciones al decreto-ley 8031/73”. Para concluir “que aun cuando está claro que una resolución como la mentada no puede derogar una ley, como surge de todos los considerandos precedentes -y resultan aplicables al presente caso- y emana de los fundamentos que dieron pie a esta Resolución Ministerial, lo que deroga de facto la aplicación de la ley 13.482 en su art. 15 inc. c) respecto de los menores de edad, es la instauración posterior a la misma del Sistema de Justicia Juvenil creado en la provincia, en concordancia con el corpus iuris en materia de infancia receptado no solo en la normativa local, sino en nuestra Constitución Nacional (v. sent. del 22-VIII-2023; reg. 829)”-

En relación a la propuesta de la Dra. Saumell, conjuga dos elementos, la garantía de libertad personal y el fuero de responsabilidad penal juvenil, en relación a los operativos públicos de control autorizados por el art. 294, inc. 5, 2° párrafo Ley 11.922. Básicamente lo que propone es lo siguiente: si bien el artículo mencionado sigue vigente, en atención a que no sufrió modificación alguna luego del fallo “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, lo cierto es que si los funcionarios policiales se encuentran realizando un operativo públi-

⁵⁵ SCBA P. 109.111 (rta. 02/12/2009) y SCBA P. 110.957 (rta. 05/05/2010).

co de control, deben realizar un control de convencionalidad irrestricto cuando se trata de menores de edad. Esto es que no podrían avanzar sobre ámbitos de autodeterminación del menor, porque a raíz de la doctrina de la OC/17 de la Corte Interamericana, el Estado debe realizar acciones positivas y “resignificar” el ordenamiento jurídico a la luz de la jurisprudencia y doctrina emergente. Esto quiere decir que, a pesar de la vigencia del art. 294 CPPBA, el funcionario policial en su carácter de agente del Estado, debe abstenerse de requisar, y/o detener a menores de edad, aun cuando éstos se encuentren en la situación fáctica habilitada por la norma, esto es a bordo de un transporte público por ejemplo. En virtud de que los menores tiene un régimen especial de tutela, en consonancia con lo resuelto en “Mendoza vs. Argentina” párrafo 145⁵⁶. Si en “Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina” la Corte IDH exigió a todos los poderes del Estado efectuar control de convencionalidad respecto de la privación de libertad de mayores de edad, con mayor razón debe hacerlo respecto menores de edad, aun cuando no haya derogación o modificación del art. 294 inc 5 CPPBA. Entiendo que la propuesta de la Dra. Saumell configura una herramienta positiva en aras de resguardar este régimen especial de protección y en la transición, permite interpretar la norma de acuerdo a los alcances expuesto por la Corte IDH.

Amén de las valiosas propuestas de los capacitadores, encuentro necesario hacer una reflexión sobre la normativa pro-

56 “145. Si bien los niños cuentan con los mismos derechos humanos que los adultos durante los procesos, la forma en que ejercen tales derechos varía en función de su nivel de desarrollo. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un proceso. Lo anterior corresponde al principio de trato diferenciado que, aplicado en el ámbito penal, implica que las diferencias de los niños y los adultos, tanto por lo que respecta a ‘su desarrollo físico y psicológico, como por sus necesidades emocionales y educativas’, sean tomadas en cuenta para la existencia de un sistema separado de justicia penal juvenil”. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf.

vincial que afecta ámbitos de autodeterminación en general, a saber, los arts. 151, 153 y 294 CPPBA. El primero de estos artículos habilita la privación de libertad siempre que se den dos requisitos:

- que existan elementos suficientes o indicios vehementes de la comisión de un delito.

- y motivos bastantes para sospechar que ha participado en su comisión en ese contexto, el fiscal debe solicitar al juez de garantías orden de detención.

Ahora bien, ¿cómo debería redactarse la norma para evitar ambigüedades? Veamos, la Corte IDH en oportunidad de expedirse sobre el fallo que motiva el presente trabajo, analizó el art. 284, inc. 3 CPPN ⁵⁷, en el que expresó que la redacción de la norma admitía “parámetros” de detención ambiguos por parte de la policía, en función de que no esclarecía si los indicios que debían ser valorados por el operador obedecían a criterios objetivos o subjetivos, lo que es incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos. Es decir, tanto el art 284, inc. 3 CPPN como el art. 151 CPPBA (hoy vigente) exigen para proceder a la detención, indicios vehementes de culpabilidad. El lector coincidirá conmigo en que cuando la norma se refiere a “elementos suficientes” podríamos concluir que se está refiriendo a evidencia propiamente dicha (testigos, objetos materiales, etc.); en este sentido si el operador hace referencia a ello, en principio no podría cuestionarse la detención, pero cuando la norma se refiere a indicios, está hablando de algo distinto a la evidencia, a señales o signos que indican que ocurrió un delito y que es menester reconstruir. En los términos del fallo bajo análisis, esa reconstrucción debe realizarse a la luz de las circunstancias objetivas acaecidas, y no a creencias o intuiciones carentes de base empírica; una cosa es observar manchas de sangre en la vestimenta de un sujeto e inferir que pudo haber participado de un delito contra

⁵⁷ Párr. 97 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

la integridad física de una persona y por ello detenerlo, y otra muy distinta es que por el modo de vestir del incuso (gorrita y zapatillas deportivas por ejemplo) el operador judicial crea o intuya que pudo haber participado de un delito, porque lo que allí estaría fallando es el enlace inferencial que une premisa con conclusión. El error en el razonamiento se verifica cuando asociamos la circunstancia “usar gorra y zapatillas deportivas” con la consecuencia “comisión de un delito”, en virtud de que ese nexo debe darse necesariamente en todos los casos que observemos en la realidad, pero sucede que no siempre que encontremos en la vía pública a alguien con gorrita y zapatillas deportivas es que se trata de un sujeto a punto de cometer o que ya cometió un delito. Puede tratarse de alguien a quien sólo le guste el deporte o alguien que acostumbrado a trabajar de traje y corbata en su oficina tenga licencia, y tan sólo desee iniciar una caminata relajada en la vía pública, entonces el razonamiento “si una persona usa gorrita y zapatillas, es porque va a cometer un delito o lo intentará” debe descartarse pues al no poder verificarse empíricamente, no es un razonamiento válido, más aun si tenemos en cuenta que la Corte IDH justamente rechazó la vestimenta de una persona como criterio válido de detención. Por ello, si tuviéramos que ensayar una modificación del art 151 CPPBA, propondría que la norma se redactara de la siguiente manera “...que existan elementos suficientes o indicios objetivos vehementes de la comisión de un delito”, de modo que, cuando el operador judicial se encuentre ante una situación de “sospecha” que habilite la detención, debe verificar que existan indicios, entendidos como “Fenómenos que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido”⁵⁸, que éstos sean objetivos “pertinente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir”⁵⁹ y que además sean

58 Según la RAE <https://dle.rae.es/indicio>.

59 Según la RAE <https://dle.rae.es/objetivo?m=form>.

vehementes “Que tiene una fuerza impetuosa”⁶⁰.

Ahora bien, sucede que este artículo en particular está dirigido al fiscal, como sabemos los requerimientos en nuestro sistema procesal penal bonaerense se hacen por escrito ante al juez de garantías, y éste controla que efectivamente se den en el caso los requisitos exigidos por la norma y debe fundar por qué considera que procede la detención o bien explicitar los motivos de rechazo. Pero el Código de rito habilita también a que en situaciones de urgencia tanto el fiscal como la fuerza de prevención puedan avanzar sobre ámbitos de autodeterminación, permitiéndoles aprehender, requisar, secuestrar, registrar sin orden judicial, postergando el control sobre la validez de la medida, a una instancia ulterior, en donde el objeto de control va a recaer exclusivamente sobre las actas de prevención policial: es el supuesto contemplado en el art. 153 CPPBA.

El contenido de dicho documento, elaborado antes de la injerencia por el fiscal, o después de ella tanto por la fiscalía como por la policía, debe permitirle al juez conocer por un lado qué situación fáctica percibió el preventor, cómo lo percibió (si escuchó u oyó, etc.), y por otro cuál es la consecuencia que le asignó (a eso que percibió), explicitando de una manera clara su razonamiento. De modo que si el juez al realizar ese mismo recorrido, previo darle traslado a la defensa, no llega a la misma conclusión, porque es admisible una conclusión alternativa exculpatoria, entonces la medida no podrá convalidarse. Por ello, como ambos artículos parten de la premisa “indicios vehementes de culpabilidad” y aplican como consecuencia la “detención”, la modificación normativa debería hacerse a la altura del art. 151 CPPBA.

En relación al art. 294 CPPBA, el inciso 5º habilita a los funcionarios policiales a “5. Disponer los allanamientos del artículo 222 y las requisas urgentes, con arreglo del artículo

60 Según la RAE <https://dle.rae.es/vehemente?m=form>.

225, con inmediato aviso al juez o tribunal competente y al Ministerio Público Fiscal.

Cuando se trate de un operativo público de control motivado en políticas tendientes a la prevención de los delitos, podrán proceder a la revisión de los efectos que porten las personas en sus ropas o que lleven en su poder de otra manera o tengan en los vehículos en que se movilizan, procediendo a secuestros en los casos sumamente graves o urgentes o cuando peligre el orden público, de todo aquello que constituya elemento del delito o instrumento de un delito o sea producto de él, con la observancia de lo establecido en el título VII, capítulo IV de este código bastando inmediata comunicación al Ministerio Público Fiscal y al Juez de Garantías.

En cualquier circunstancia podrá requisar el transporte de cargas y/o el transporte público de pasajeros, cumplimentado lo dispuesto en el párrafo primero in fine del presente inciso”.

Esta norma guarda similitud con los arts. 230 CPPN, 230 bis CPPN y 184 CPPN que regulan los requisitos para que se habilite la procedencia de la requisita por parte funcionarios policiales.

“Art. 230. - El juez ordenará la requisita de una persona, mediante decreto fundado, siempre que haya motivos suficientes para presumir que oculta en su cuerpo cosas relacionadas con un delito. Antes de proceder a la medida podrá invitársela a exhibir el objeto de que se trate.

Las requisas se practicarán separadamente, respetando el pudor de las personas. Si se hicieren sobre una mujer serán efectuadas por otra.

La operación se hará constar en acta que firmará el requisado; si no la suscribiere, se indicará la causa. La negativa de la persona que haya de ser objeto de la requisita no obstará a ésta, salvo que mediaren causas justificadas”.

Art 230 bis. - Los funcionarios de la policía y fuerza de seguridad, sin orden judicial, podrán requisar a las personas e inspeccionar los efectos personales que lleven consigo, así como el interior de los vehículos, aeronaves y buques, de cualquier clase, con la finalidad de hallar la existencia de cosas

A treinta años de la reforma constitucional

probablemente provenientes o constitutivas de un delito o de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo siempre que sean realizadas:

- a) con la concurrencia de circunstancias previas o concomitantes que razonable y objetivamente permitan justificar dichas medidas respecto de persona o vehículo determinado; y,
- b) en la vía pública o en lugares de acceso público.

La requisita o inspección se llevará a cabo, de acuerdo a lo establecido por el 2º y 3er. párrafo del artículo 230, se practicarán los secuestros del artículo 231, y se labrará acta conforme lo dispuesto por los artículos 138 y 139, debiendo comunicar la medida inmediatamente al juez para que disponga lo que corresponda en consecuencia.

Tratándose de un operativo público de prevención podrán proceder a la inspección de vehículos.

(Artículo incorporado por art. 4º de la Ley N° 25.434 B.O. 19/6/2001)”.

“Art. 184. - Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones:

5º) Disponer con arreglo al artículo 230, los allanamientos del artículo 227, las requisas e inspecciones del artículo 230 bis y los secuestros del artículo 231, dando inmediato aviso al órgano judicial competente”.

En prieta síntesis, el primero de ellos exige que el operador verifique el estándar probatorio “motivos suficientes de sospecha”. El segundo de ellos, que “esa sospecha se motive bien en circunstancias previas al hecho o en circunstancias concomitantes al hecho”, “que razonable y objetivamente permitan justificar la medida en relación a la persona o vehículo a requisar”. Que la medida sea realizada en la vía pública y que la única finalidad sea el hallazgo de cosas que provengan de un delito o que constituyan un delito o que se trate de elementos que pudieran ser utilizados para la comisión de un hecho delictivo de acuerdo a las circunstancias particulares de su hallazgo. Si uno analiza el fallo del sistema interamericano en profundidad, podrá advertir que en el párrafo 90, la Corte

IDH se refiere específicamente a la necesidad de que las regulaciones que determinan las facultades de los funcionarios policiales relacionadas con la prevención e investigación de delitos, incluyan referencias específicas y claras de parámetros que eviten que una interceptación de un automóvil o una detención con fines de identificación se realice de forma arbitraria. En este orden, las disposiciones que habiliten detenciones sin orden o flagrancia, además de cumplir con los requisitos de finalidad legítima, idoneidad y proporcionalidad, deben contemplar la exigencia de elementos objetivos, no la intuición, no criterios subjetivos que no puedan ser verificados. La normativa que habilite este tipo de detenciones debe dirigirse a que la autoridad ejerza sus facultades ante la existencia de hechos o informaciones, reales, suficientes y concretas, que de manera concatenada, permitan inferir razonablemente a un observador objetivo que la persona que es detenida probablemente era autora de alguna infracción penal o contravencional. Amén de todo lo expuesto, estas regulaciones deben ser acordes al principio de igualdad y no discriminación. En el párrafo 91 refuerza esta idea, diciendo que para evitar el abuso y la arbitrariedad policial, ya sea en breves detenciones o registros temporales, en aras de preservar el principio de legalidad, es conveniente adoptar un estándar probatorio objetivo.

La Corte en los párrafos siguientes empieza a enumerar aquellas legislaciones estatales que ha fijado una buena doctrina en esta área; en particular quisiera detenerme en el párrafo 95, en donde cita jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en relación a los retenes policiales. Allí relaciona los conceptos de “consentimiento libre y expreso del conductor”, y “existencia de noticia *criminis*” o “indicios comprobados de la comisión de un delito”. En este punto, ponderó la solución de la Sala Constitucional en un caso de retén policial, la línea argumentativa es la siguiente: si bien la vigilancia en carretera por la policía no implica en sí misma actuación ilegítima o arbitraria, aquélla debe relacionarse necesariamente con la investigación de un hecho delictivo y realizarse con criterios de razonabilidad,

A treinta años de la reforma constitucional

esto es ejecutarse tomando en cuenta las circunstancias de cada caso en particular. El hecho de detener, registrar u ordenar que una persona se baje del vehículo y proceder a registrarlo sin justificación alguna, como ocurrió en el caso bajo estudio ⁶¹, excede claramente las potestades policiales otorgadas por la Constitución política. No es posible que se realicen de una forma indiscriminada, ni mucho menos que se coaccione u obligue a las personas para que permitan el acceso al interior de su vehículo, sin que medie noticia *criminis* o indicios comprobados de la comisión de un delito.

Entiendo que esta ponderación de la Corte pone en crisis nuestro ordenamiento jurídico, federal y provincial, porque lo que estaría diciendo es que si bien los funcionarios policiales tienen tareas de prevención, y los operativos públicos de control son un ejemplo de ello, esa competencia funcional tendría límites, bien en una denuncia previa, bien en la manifestación objetiva de indicios de culpabilidad de quienes se encuentren en el interior del vehículo. Si éstos no llegaran a verificarse, la fuerza de prevención debe requerir el consentimiento del conductor, y si éste se opone, la mera tarea de prevención no es un presupuesto habilitante de injerencia. Si este razonamiento es correcto, mantener las disposiciones normativas señaladas previamente, a tres años del fallo, implica por un lado avalar prácticas inconventionales y por otro, imposibilitan la aplicación de viejos estándares de actuación en casos futuros (de esto hablaremos en el capítulo “Hacia la construcción de un criterio en materia de libertad personal”).

b) A nivel federal

El fallo del sistema interamericano bajo estudio criticó fuertemente los sistemas de enjuiciamiento vigentes al momento de los hechos de “Fernández Prieto y Tumbeiro”. En

61 Resolución 14821-2010 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica de 3 de septiembre de 2010.

1992 los artículos que regulaban las restricciones a la libertad personal, eran los arts. 2, 3 y 4 del Código Obarrio; allí las únicas causales habilitantes para detener eran la existencia de indicios vehementes de culpabilidad (requisito de la prisión preventiva –art. 2-), la situación de flagrancia (realizada por particulares -art. 3-) y aquella a la que estaban habilitados funcionarios policiales (o flagrancia o indicios vehementes de culpabilidad -art. 4-), sin necesidad de orden judicial (art. 184). En 1998, bajo la vigencia del Código Levene (Ley 23.984) se habilitaba la restricción de la libertad en los arts. 284, 230, 184, inc. 5 y 230 bis (analizados previamente). A la par descalificó el art. 1 ley 23.950.

La Corte IDH adujo que todas esas normas habilitaban supuestos de arbitrariedad, pues la forma genérica e imprecisa en la que estaban redactadas, permitía que cualquier tipo de sospecha de la autoridad fuera suficiente para requisar o detener. Ahora bien, el art. 4 del Código Obarrio (en relación con los artículos 2 y 3) es el que menos debería preocuparnos ya que actualmente se encuentra derogado. Sin embargo, no podemos realizar la misma afirmación respecto de los sistemas de enjuiciamiento correspondientes al Código Levene y al nuevo Código Procesal Penal Federal.

En relación a este último sistema de enjuiciamiento, la Corte IDH expresó que su sanción y el artículo 138 CPPF que regula los supuestos habilitantes para la realización de requisas sin orden si bien “constituye un avance en el cumplimiento del deber de adoptar medidas de Derecho interno, las mismas no abarcan la totalidad de las violaciones declaradas en la presente sentencia”⁶². Estimo que el órgano jurisdiccional se pronunció de una manera escueta sobre un punto que de haber sido desarrollado, le hubiera brindado herramientas al Estado argentino para dar una respuesta adecuada. No obstante ello, se puede advertir que hubo un cambio positivo respecto a las requisas sin orden judicial. Si uno compara el art. 138 CPPF

62 Párrafo 121. “Fernández Prieto y Tumbeiro”.

con el art. 230 bis CPPN, puede observar que existen tres (3) diferencias. La primera es que el art. 138 CPPF exige a los funcionarios que realicen la injerencia constatar “circunstancias previas que razonable y objetivamente permitan presumir que se ocultan cosas relacionadas con un delito”. Lo que implica un gran avance en consonancia con las exigencias del sistema interamericano de protección. La segunda, es que el art. 138 CPPF suprime a las “circunstancias concomitantes” (presentes en el art. 230 bis CPPN) como causas habilitantes para requisar sin orden, cuya correcta delimitación y aplicación ha generado muchas dificultades y críticas en la doctrina y en la jurisprudencia⁶³. La tercera, es que el art. 138 CPPF no incluyó (acertadamente) el último párrafo del art. 230 bis CPPN “tratándose de un operativo público de control podrán proceder a la inspección de vehículos”.

Ahora, la afirmación de la Corte IDH “de la información presentada ante este Tribunal por el Estado, dichas modificaciones legislativas...no abarcan la totalidad de violaciones declaradas en la presente sentencia” es parcialmente correcta, puesto que si uno analiza el párrafo 120 del fallo bajo estudio, advierte que el Estado argentino cuando responde qué medidas tomó en torno al “deber de adoptar disposiciones de Derecho interno” hizo expresa referencia al art. 138 CPPF que regula específicamente la “requisita sin orden”. Mas no indicó cuál es la normativa que estaría vinculada con las “detenciones sin orden” y que la Corte IDH debía valorar (puesto que ésta era la otra violación de derechos alegada). Ergo el tribunal no se expidió ni sobre el art. 216 CPPF (T.O.2019), que regula el supuesto de “aprehensión sin orden judicial”, ni sobre el art. 258, párr. 2º CPPF (T.O. 2019) correspondiente a la “audiencia de control de la detención”, solución que propuse a los efectos de realizar el debido control convencional (ver

63 DONNA, Edgardo Alberto; DÍAZ, Horacio Leonardo. (2022) *Código Procesal Penal Federal comentado*, Tomo II, 1 ed., Rubinzal-Culzoni, p. 195.

acápito VI. 1) a) Importancia de la audiencia de control de la detención). Y si esto no bastare, si damos por cierto que cuando la Corte se refiere al CPPF, incluye los artículos señalados, quien suscribe advierte que tal sistema de enjuiciamiento se sancionó en el año 2014 (ley 27.063) y luego se hizo una reforma en el año 2019 (Ley 27.482), de modo que la Corte IDH no especificó a qué normativa se refiere. A ello debe sumarse la ausencia de argumentos brindados por el Tribunal, puesto que la Corte IDH no explicó por qué a su criterio “el CPPF no alcanza la totalidad de violaciones denunciadas”.

3) Hacia la construcción de un criterio en materia de libertad personal

a) Estándares para armar

Llegado a esta parte, nos queda desandar si es posible la construcción de un criterio en materia de libertad personal. Por lo pronto lo que podemos afirmar es que hasta el 1 de septiembre de 2020, nuestro Máximo Tribunal estuvo dispuesto a aceptar cinco estándares probatorios, a saber: a) Sospecha necesaria; b) Causa probable. Excepción del automotor. Totalidad de las circunstancias; c) Estado de nerviosismo; d) Tutela del interés público y determinación de la verdad en juicio; y e) Facultades implícitas de prevención.

También vimos a lo largo de este trabajo, cómo la adopción de algunos criterios supuso fuertes críticas por parte de algunos sectores de la Corte, en sus diversas integraciones. Ahora, de lo que no cabe dudas es que a partir del fallo del sistema interamericano, hay estándares que ya no podemos seguir sosteniendo, algunos de ellos merecen una “reinterpretación” y otros la supresión definitiva de todos nuestros Tribunales de Justicia.

Dentro de los estándares que deberíamos reinterpretar se encuentra “excepción del automotor”; la propia Corte IDH al momento de analizar la violación al derecho a la intimidad en el caso de Tumbeiro, expresó que el art. 11 de la Convención,

si bien se titula “protección de la honra y de la dignidad”, incluye dentro del marco de protección la vida privada y familiar, la que implica la exención o inmunidad de invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública. Esto significa que las pertenencias que una persona lleva consigo en la vía pública, aun cuando ésta se encuentre dentro de un automóvil, son bienes que al igual que aquellos que se encuentran dentro de su domicilio, están incluidos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida privada y la intimidad. Ésta es la razón, por la cual no pueden ser objeto de interferencias arbitrarias por parte de terceros o autoridades ⁶⁴. . De lo expresado se pueden derivar dos conclusiones, la primera es que no es cierto que uno respecto de su automóvil tenga menos expectativa de privacidad que la que tiene en relación a su domicilio, la Corte lo dice de manera explícita y de aquí en más quien sostenga lo contrario estaría desconociendo un criterio sentado por la Corte Interamericana, lo que para el Estado argentino, importa *lex judicata*. La segunda conclusión, es que esta interpretación afecta también otro estándar que merece una “reinterpretación”, me estoy refiriendo a “facultades implícitas de prevención”. De acuerdo a lo expresado con anterioridad, la policía no podría ampararse en la mera tarea de prevención de delitos para requisar un vehículo, si no existe denuncia previa, situación de flagrancia o indicios comprobados de la comisión de un delito. El párrafo 91 del fallo del sistema interamericano, refuerza esta idea, diciendo que para evitar el abuso y la arbitrariedad policial, ya sea en breves detenciones o registros temporales, en aras de preservar el principio de legalidad, es conveniente adoptar un estándar probatorio objetivo. Por lo que si la policía desea proceder a requisar un vehículo, sin situación de flagrancia o indicios comprobados de la comisión de un delito, debe contar con el “consentimiento libre y voluntario del conductor”. Esta idea

64 Párr.102. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_esp.pdf.

tiene sustento también en el párrafo 95, cuando el Tribunal interamericano pondera una resolución de la Sala Constitucional de Colombia, en relación a que aun cuando se trate de retén policial, los funcionarios deben requisar sólo si hay denuncia, flagrancia o consentimiento. Amén de lo expuesto, debe recordarse que en el párrafo 121, la Corte ponderó la redacción del art. 138 CPPF (requisita sin orden) por implicar “un avance en el cumplimiento del deber de adoptar disposiciones de Derecho interno”, el que exige para proceder circunstancias previas y objetivas, urgencia y que se practique en la vía pública, el que específicamente suprimió “operativo público de control”.

En cuanto al estándar “totalidad de las circunstancias”, vimos en el voto en disidencia del Dr. Bossert, *in re* “Fernández Prieto” (CSJN) la posibilidad de aplicación de un criterio correctivo. En aquella oportunidad, el magistrado manifestó que aun cuando se pretenda recurrir al estándar “totalidad de las circunstancias” (*the whole picture*), un análisis pormenorizado del mismo permite concluir que la policía no se encuentra habilitada a elaborar un esquema mental basado exclusivamente en subjetividades, que den lugar al estado mental de sospecha que habilite la detención, si la prueba que la funda se obtiene con posterioridad a ella. La representación mental que habilite la sospecha de la existencia de actividad criminal, respecto de una persona en particular, debe tener una base particularizada y objetiva. En este sentido, advierte el magistrado que la decisión del voto mayoritario reposó en sospechas subjetivas y sin fundamentación, mientras que en el precedente invocado (“Terry vs. Ohio”) la detención se basó en datos objetivos. Es más, afirma que en casos en los que efectivamente la fuerza policial norteamericana encontró elementos incriminantes (“United States vs. Rodriguez”, “United States vs. Packer”, “United States vs. Almendarez” y “United States vs. Goldman”), la Suprema Corte anuló el proceso por ser contrario a la IV Enmienda ⁶⁵. Esto quiere decir que la

65 Considerando n°15 voto en disidencia Dr. Bossert.

comprobación posterior de la comisión de un delito, no convierte en legal la detención ilegal desde sus inicios. Admitir al mismo tiempo causa probable y un criterio consecuencialista, es un argumento contradictorio

En relación a los criterios que deberíamos suprimir de nuestros Tribunales de Justicia, se encuentra el “estado de nerviosismo” y “tutela del interés público y determinación de la verdad en juicio”. El estándar “estado de nerviosismo”, aplicado en “Tumbeiro”, “Monzón” y “Szmilowsky” (CSJN) no puede sostenerse bajo ningún punto de vista, fue un criterio duramente criticado en el fallo del sistema interamericano bajo estudio, por lo que remito al “Capítulo IV. Fernández Prieto y Tumbeiro v. Argentina. 1) Consecuencias jurídicas. b) Arbitrariedad de la detención” del presente por cuestiones de brevedad, el que es contrario al principio de legalidad y tipicidad, en virtud de reposar en parámetros subjetivos, imposible de contralor posterior por el juez, debido a que no se infiere de datos objetivamente circunstanciados, sino de la creencia interna del agente que realiza la injerencia. En lo que atañe al estándar “tutela del interés público” y “determinación de la verdad en juicio”, más allá de la nobleza del *nomen iuris*, ambos no dejan de ser criterios consecuencialistas, que como vimos, no pueden tener acogida favorable por vulnerar el principio de legalidad y tipicidad.

Luego de este análisis, podríamos afirmar que los estándares que superarían el *scanner* convencional serían “sospecha necesaria” y “causa probable”. En cuanto al primero de ellos, estimo que su alcance debe interpretarse conforme al desarrollo efectuado por el segundo grupo de votos mayoritarios *in re* “Daray” (CSJN) conformado por Nazareno, Moliné O’Connor y Levene, quienes por primera vez incorporaron como criterio de validez para la detención sin orden judicial, los principios de legalidad y tipicidad. En lo que hace al estándar “causa probable”, su alcance debe fijarse conforme el razonamiento esbozado por Petracchi en su voto en disidencia *in re* “Fernández Prieto” (CSJN) acerca de la valoración de un observador objetivo, sobre las circunstancias que rodearon el hecho

que motivó el estado de sospecha. A lo que debe agregarse el criterio correctivo de Maqueda según su voto en disidencia en “Walitta” (CSJN); allí el magistrado sostuvo que nuestra Corte Suprema hizo una interpretación forzada del precedente norteamericano “Terry vs. Ohio” para fundar “Fernández Prieto”, que si bien es cierto que aquél habilita a “cachear” al sospechoso para quitarle el arma, cuando exista peligro para el propio agente o terceros, su alcance sólo puede limitarse a aquellos lugares en donde razonablemente se encontraría el arma. Para ello el oficial actuante debe demostrar que existía un estado de sospecha, detallando cuáles eran las circunstancias fácticas que lo motivaron, pero además que el individuo podía tener un bulto entre las ropas o en otro lugar donde ocultaba el arma, pero de ninguna manera “Terry vs. Ohio” habilita a la fuerza policial a detener a mansalva. Incluso en ese mismo precedente se dijo que para determinar si el procedimiento era legítimo, no debía valorarse la “corazonada” que tuvo el agente (sospecha inicial sin indicación de circunstancias objetivas) sino las inferencias razonables que derivan de los hechos descriptos. Veinticinco años después la Suprema Corte norteamericana en el caso 508 US 366; 1993 dijo que si la fuerza policial en virtud de una sospecha inicial de que un individuo puede llegar a estar armado, empieza la búsqueda del arma en donde presumiblemente puede estar, encuentra un elemento distinto al buscado, por ejemplo estupefacientes, ese procedimiento, según “Terry vs. Ohio” es inválido ⁶⁶.

b) Importancia de los principios generales del Derecho Penal como materialización del control de constitucionalidad y de convencionalidad

Encontrándonos en la parte final de este trabajo podemos decir que para que el sistema jurídico penal sea válido, debe respetar los principios limitadores que lo contienen, éstos tie-

66 Considerando n°14 según su voto.

nen como finalidad acotar y reducir el poder punitivo, por ello “la coherencia interna del sistema (su no contradicción) es un requisito de racionalidad (regla metodológica) necesario pero no suficiente, pues la verificación de la corrección del sistema no dependerá sólo de que no sea contradictorio. Por muy coherente que sea, no será válido si contradice los principios limitadores que le impone la previa decisión política sobre la función que el sistema debe cumplir”⁶⁷. De allí la importancia de los jueces penales, puesto que la función que están llamados a cumplir es la contención del poder jurídico, en ese ejercicio hay quienes se enmarcan dentro del Estado de Derecho (poder punitivo filtrado o de menor irracionalidad) y quienes se acercan más a un Estado de Policía (poder punitivo ilimitado). El ejercicio de la contención del poder punitivo no se realiza de manera aislada, el Derecho Penal se relaciona con todas las otras ramas del Derecho, con alguna de ellas mantiene relaciones necesarias, otras integran su materia y con otras establece relaciones eventuales. El Derecho Penal mantiene una relación necesaria con el Derecho Procesal Penal, por ser esencial para su eficaz control racional del poder punitivo, marca el camino que deben seguir los operadores judiciales para franquear el paso al ejercicio del poder punitivo⁶⁸. El Derecho Penal mantiene una relación de subordinación con el Derecho Constitucional, éste integra el Derecho Penal y es la ley suprema de la Nación (art. 31 CN). El contenido de los Tratados de derechos humanos es parte del Derecho Constitucional, están incorporados al texto constitucional (art. 75, inc. 22 CN), integran la regla básica y los principios constructivos para la elaboración del sistema de Derecho Penal. Es conforme a esta regla y principios que deben interpretarse las leyes penales y declararse la inconstitucionalidad de las que fueren

67 ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2005), *Manual de Derecho Penal Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar, p. 95.

68 ZAFFARONI, Eugenio. R. (2020), *Lineamientos de Derecho Penal*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, p. 70

incompatible con ellos. La regla básica del Derecho Penal es que la sanción punitiva sólo puede recaer por el acto realizado por el agente (art. 18 CN), y de esta regla se derivan tres mandatos fundamentales: principio de legalidad, principio de respeto elemental a los derechos humanos y principio republicano de gobierno. El principio de legalidad supone que tanto la conducta prohibida como el pragma (conducta más resultado)⁶⁹, la amenaza de pena que se espera por la violación de la norma y los demás límites a la habilitación punitiva, deben establecerse por Ley del Congreso Nacional. Todo el poder no delegado por las provincias, es materia de las Legislaturas locales, entre las que se encuentra el dictado de los códigos procesales. El principio de legalidad le exige al legislador que al momento de sanción de las leyes, le den la mayor precisión a su conceptos, estableciendo límites claros y en caso de que éstos tuvieran defectos, debe dar la interpretación más restrictiva de lo prohibido; este principio se llama “principio de máxima taxatividad legal e interpretativa”. Ahora bien, esta facultad exclusiva de las provincias de legislar sobre los códigos de procedimiento, no puede vulnerar garantías constitucionales, pues éstas son el límite de todo el sistema jurídico. De verificarse que una norma procesal vulnera una garantía, pues la cercena llegando a límites intolerables por el Derecho Constitucional que le da fundamento y en definitiva al Derecho Convencional -que lo integra-, la respuesta del juez penal debe ser la declaración de inconstitucionalidad o la aplicación de un criterio restrictivo del poder punitivo (principio de respeto elemental a los derechos humanos). Si esto no sucede, el principio republicano de gobierno se torna operativo, y hace responsable al Estado por la toma de decisiones irrazonables (incoherentes con la previa decisión política sobre la función que el sistema debe cumplir).

Del fallo analizado se vislumbra que a la Corte IDH ya no le alcanza con jueces convencionales, sino que está exigiendo

69 ZAFFARONI, Eugenio. R., ob. cit. en nota anterior, p. 104.

operadores judiciales convencionales ⁷⁰. En el punto resolutive 121 además de ordenar el deber del Estado argentino de adecuar su ordenamiento jurídico interno (normas y prácticas) conducente a lograr la plena operatividad de los derechos reconocidos en la Convención, exige que tanto en la creación y aplicación de las normas que faculden a la policía a detener sin orden judicial, *las autoridades internas están obligadas a realizar un control de convencionalidad*.

VII. Bibliografía

Código Procesal Penal de la Nación

Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires

Código Procesal Penal Federal

CARRIÓ, Alejandro D. (2022) *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, 6^a ed.

DARAY, Roberto A. (2021) *Código procesal penal federal. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Tomos 1 y 2, 2^a ed., Hammurabi.

70 En este orden refuerza el criterio de sostenido en “Almonacid Arellano vs. Chile” del 19/09/2006 (en su párr. 124, la sentencia expresa de modo terminante que los jueces locales tienen que “practicar control de convencionalidad en relación con las leyes y las normas jurídicas internas opuestas a un tratado internacional -por ejemplo, la CADH- teniendo en cuenta la interpretación de la misma realizada por la Corte IDH”. Establece pues, el control represivo local de convencionalidad, concretado en la inaplicación de dichas reglas inconventionales), “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” del 24/11/2006 (en su párr. 128 la Corte IDH declara que aquella tarea debe realizarse *ex officio*, esto es sin petición de parte. Ello comporta una importante carga procesal para la judicatura), “Radilla Pacheco vs. México, del 23/11/2009 (párr.338-340 extiende el control de convencionalidad a la aplicación e interpretación de las normas constitucionales y legislativas, y a sus prácticas. Insta control constructivo de convencionalidad) y “Rosendo Cantú vs. México” de 31/12/2010 (párr.219) y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” de 26/11/2010 (párr.225, amplía el deber de realizar el control de convencionalidad de los jueces a los órganos vinculados con la Administración de Justicia en todos los niveles y en el marco de sus competencias).

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

DONNA, Edgardo A. (2001) “Garantías constitucionales y nulidades procesales-I”, *Revista de Derecho Penal*, Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.

DONNA, Edgardo Alberto; DÍAZ, Horacio Leonardo (2022) *Código Procesal Penal Federal comentado*, Tomos II y III, 1 ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

PASTOR, Daniel R. (2015) *Lineamientos del nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi.

RAFECAS, Daniel (2021) *Derecho penal sobre bases constitucionales*, 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Didot.

SCHIAVO, Nicolás (2020), *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial* Tomos 1 y 2, 2ª ed., Buenos Aires, Hammurabi.

TORRES-BASILICO (2022) *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Tomos 1 y 2, 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi.

ZAFFARONI, Eugenio. R. (2020) *Lineamientos de Derecho Penal*. 1ª ed., Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar.

ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2005) *Manual de Derecho Penal Parte General*, 1ª ed., Buenos Aires, Ediar.

Las regiones en la reforma constitucional de 1994

Juan Paulo GARDINETTI ⁷¹

“El de las regiones, en la Argentina de hoy, es un imperativo o modalidad de cohesión y no de ruptura, que bien empleado ayudará a la unidad y a hacer cambios fundamentales en nuestro desvalido federalismo”

Augusto M. MORELLO,
La cohesión de los argentinos (2007)

Resumen

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar acerca de una entidad -la región- incorporada a nuestro texto jurídico supremo por la reforma operada en el año 1994 (artículo 124 CN). Indagaremos sobre las principales opiniones doctrinarias al respecto, las razones tenidas en miras por el constituyente reformador para su adopción y las prevenciones que cabe tener presente ante posibles desvíos de la finalidad para la que fueron reconocidas constitucionalmente las regiones. Asimismo, evaluaremos en qué medida ello puede implicar un fortalecimiento del sistema federal como principio organizador de la distribución del poder en nuestro país y de un mayor respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Palabras clave

regiones - federalismo - reforma constitucional

71 Abogado (UNLP). Doctor en Ciencias Jurídicas (UNLP). Profesor Titular (int.) en Historia Constitucional (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP).

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

SUMARIO: I.- Introducción. Delimitación conceptual. Fundamentos de la nueva entidad constitucional. II.- Prevenciones ante posibles desviaciones del espíritu del constituyente. III.- Conclusiones. Una oportunidad para el fortalecimiento del federalismo. IV.- Bibliografía utilizada

I.- Introducción. Delimitación conceptual. Fundamentos de la nueva entidad constitucional

Entre las importantes innovaciones que trajo consigo la reforma constitucional del año 1994 se halla, sin duda, la incorporación de la posibilidad por parte de las provincias, de crear regiones, entidades que han de agrupar a los Estados locales y que deben tender al desarrollo económico y social.

En efecto, el nuevo artículo 124 CN en su primer párrafo (primera oración) reza: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional”.

Una primera aproximación al concepto de región -siguiendo las enseñanzas de HERNÁNDEZ- nos detendrá en las formulaciones que de ésta se realizaron desde la Economía y la Sociología; así, desde esta última ciencia, el mencionado autor nos recuerda la definición dada por A. POVIÑA, para quien la región “[e]s un agrupamiento sociológico, de tipo geográfico polarizado en el que el predominio de los indicadores unificantes (espacio físico, estructura económica y estilo de vida) produce una conciencia de unidad regional, que sirve como instrumento natural para la integración de la comunidad” [HERNÁNDEZ, 1997:81-82].

Una fórmula también eficaz es la rescatada por BARRERA BUTELER [1996:371] del jurista español J. Ferrando BADÍA,

para quien la región es “un hecho geográfico, etnográfico, económico, histórico y cultural vivido en común”⁷².

Se trata en ambos casos de excelentes puntos de partida (en los que se destaca el carácter interdisciplinario, pues convergen allí datos económicos, geográficos, históricos, culturales, idiosincráticos, etcétera) para avanzar en el intento de conceptualización de la región en el esquema determinado por la reforma de la CN producida de 1994.

Nuevamente, recurrimos a HERNÁNDEZ quien nos precisará algunos elementos que nos permitirán comprender la dimensión constitucional de la entidad y nos dirá, entonces, que tiene una personalidad jurídica pública estatal, que posee un carácter adjetivo de decisión, que se halla limitada a la promoción del desarrollo económico y social y que la creación de aquélla sólo puede darse por la voluntad de las provincias [1997:83].

De estas notas, interesa resaltar particularmente tres: la primera (el carácter adjetivo de la región) nos remite, a su vez, a las enseñanzas de Pedro J. FRÍAS, quien explicó el punto refiriendo que *lo adjetivo* debía ser entendido “en términos [limitados] de poder, de decisión, de ejecución” pues la región “no puede constituir un nuevo nivel de gobierno”.

La prevención de FRÍAS, desarrollada desde bastante tiempo antes de la publicación de la obra que citamos, posiblemente tuviera que ver con no confundir lo que podrían ser las regiones en la Argentina con la regionalización que se vivenciaba en varios países europeos (Italia, España, Bélgica), donde éstas tendrían una entidad y poder superior al de las provincias, lo que para este autor era impensable dado que éstas eran

72 Las citas de las obras de POVIÑA y Ferrando BADÍA que, en el texto principal refieren HERNÁNDEZ y BARRERA BUTELER, respectivamente, se hallan ya en una de las primeras obras de análisis y comentario de la innovación constitucional de 1994 en punto a las regiones: nos referimos al capítulo “El federalismo en la reforma” debido a Horacio ROSATTI, en la obra colectiva *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción* (1994) que nosotros, naturalmente, también utilizamos.

“el ‘cuerpo intermedio’ por excelencia, el único interlocutor del Estado nacional” [1980:145].

Desde otro ángulo, entonces, la explicación de FRÍAS podría completarse diciendo que el nivel o carácter *sustantivo*, en lo decisonal, sería el de los municipios, las provincias y el Estado nacional ⁷³. También MIDÓN [2008], recordando lo expuesto por FRÍAS, consigna que el nivel de decisión *adjetivo* impide que se configure a la región como un nuevo plano gubernamental ⁷⁴.

La segunda característica que merece que nos detengamos es la relacionada con las finalidades de la región, que deben *ceñirse al desarrollo económico y social*, pudiendo establecer los órganos con facultades para el cumplimiento de éstas (art. 124 CN). Según lo hace notar BADENI, esto “[s]e trata de una de las consecuencias específicas que derivan del art. 125 de la Constitución” [2004, I:236].

En efecto, como lo señala el citado tratadista la correlación entre ambas cláusulas constitucionales es más que estrecha, pues la segunda de éstas establece: “Las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal [...]”.

Coincide MANILI en que el análisis de las mentadas cláusulas debe ser hecho en conjunto, pues se complementan, haciendo foco en que “si bien los acuerdos del art. 125 pueden

73 Después de la reforma constitucional de 1994, cabe añadir a estas entidades a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conformándose allí los “cuatro órdenes gubernamentales” de que nos habla HERNÁNDEZ [1997; 2007; 2018].

El profesor GIL DOMÍNGUEZ nos dice que, a partir de la reforma de 1994, “la silueta federal quedó constituida de la siguiente manera: -Estado federal.- Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires.-Municipios”; para este autor, en la mentada “silueta federal, la Ciudad de Buenos Aires ocupa el mismo lugar que las provincias”, aunque luego aclara -correctamente desde nuestro punto de vista- que “es plenamente autónoma y en sus potestades se asemeja (no iguala) a las provincias” [2014:101, 99-100].

74 En el mismo sentido, SABSAY [2009; 2022].

A treinta años de la reforma constitucional

estar encaminados a objetos distintos de la creación de una región, no existe otro modo de crear una región que no sea a través de un acuerdo”, refiriendo -con cita de BIDART CAMPOS- que los Tratados previstos en el art. 125 CN constituyen el género y los del art. 124 CN -que permiten conformar una región- la especie [2020:51].

Seguidamente, el límite infranqueable es el establecido en el artículo 126 CN (el antiguo artículo 108 CN): “Las provincias [...] No pueden celebrar tratados de carácter político [...]”. Entonces, la sistemática constitucional respecto de las regiones es clara en cuanto a que éstas pueden conformarse siempre que se trate de tópicos vinculados con el desarrollo económico y social (aquí cabría comprender, v. gr., lo relacionado con la cultura) y, dado que pueden celebrar Tratados parciales, también en cuestiones concernientes a la Administración de Justicia.

Empero el valladar más claro es el vinculado con la esfera o materia política, pues allí la prohibición constitucional es total. Observaremos, de todos modos, que la cuestión podría, en la práctica, no ser tan clara como en la letra constitucional.

Por último, merece destacarse una cuestión que puede presentar ciertas dudas interpretativas, cual es la referida a si la previsión del constituyente fue que la iniciativa en la conformación de las regiones perteneciera exclusiva y excluyentemente a las provincias, lo que impediría que dicho impulso pueda provenir del Estadio nacional a través de sus órganos políticos de gobierno, ya que tan sólo las primeras necesitarían poner en conocimiento al Congreso Nacional. Veremos que el tópico tiene sus peculiaridades y una lectura aislada del artículo 124 CN podría conducirnos a un entuerto constitucional.

Hace notar HERNÁNDEZ que con dicha formulación (que ya estaba prevista en la redacción del anterior artículo 107 de la CN, actualmente artículo 125 CN), el constituyente se apartó de los antecedentes norteamericanos que exigían el “consentimiento” del órgano legislativo federal, quedando entre nosotros el requi-

sito del “conocimiento” por parte de éste ⁷⁵. “El objetivo -explica este autor- no ha sido otro que favorecer aun más la autonomía de las provincias, ya que el consentimiento o la aprobación hubiese implicado una marcada dependencia del Congreso” [2008:24; 2009:74]. También puntualizando que sólo se requiere la comunicación al Congreso, como medio de resguardo de la autonomía provincial, se expidió ROSATTI [1994].

Ahora bien, una opinión diferente a la de HERNÁNDEZ es la sostenida -junto a prestigiosa doctrina constitucionalista- ⁷⁶ por Mario MIDÓN, quien expresa que, si bien a primera vista se podría pensar en la exclusividad de las provincias a la hora de la conformación de las regiones, tanto de lo exigido en la parte final del artículo 125 CN en juego armónico con lo previsto en el artículo 75 inciso 19, segundo párrafo, de la CN ⁷⁷, hace que “la compenetración de su mecanismo nos pondrá al tanto de que esa actividad es compartida entre los dos órdenes de gobierno [...] estamos frente a la categoría de una facultad compartida, como fruto de un acto complejo...” [2008:225]. También revista allí la opinión de la profesora mendocina María C. CASTORINA DE TARQUINI, para quien “el proceso de regionalización debía desarrollarse conforme al ejercicio de facultades concurrentes o compartidas” [2003:9].

75 Acerca de los demás antecedentes (proyecto de Juan B. ALBERDI y la propuesta de la Comisión de Negocios Constitucionales del Congreso de 1853), dejados de lado por el pleno de los constituyentes históricos, ver MIDÓN [2008] y el enjundioso trabajo de la profesora María de las Nieves CENICACELAYA [2015], referido a los convenios internacionales de las provincias.

76 El autor citado en el texto principal trae las opiniones, entre otros, de R. MERCADO LUNA.

77 El mencionado párrafo del inciso 19 del artículo 75 CN reza: “Corresponde al Congreso [...] Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y *regiones*. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen” (la cursiva es nuestra).

A juicio de HERNÁNDEZ [2007; 2018], tanto esta cláusula como la del inciso 2 del referido artículo 75 CN acentúan el rol federal del Senado.

A treinta años de la reforma constitucional

La posición de estos académicos ya había sido adelantada por BIDART CAMPOS, quien sostiene que está fuera de dudas que la facultad para conformar (“crear”) regiones pertenece a las provincias, calificando a ello de ser “una competencia nítidamente *provincial*”, haciendo notar su ubicación en el Título Segundo “Gobiernos de Provincia”; empero, a renglón seguido, se interrogaba si no concurría alguna competencia del Estado federal, enlazando allí con la previsión del artículo 75 inciso 19 CN -ya mencionada-, para concluir que “la regionalización que acuerden crear las provincias para el desarrollo económico y social en ejercicio de sus competencias deberá *coordinarse* -y, mejor aun: *concertarse*- para que la regionalización guarde armonía y coherencia con las políticas federales diferenciadas del art. 75 inc. 19 [...] En suma, lo que hay de convergencia en orden al desarrollo no arrasa la diferencia dual de competencias, pero acá también, en vez de un federalismo de contradicción u oposición, hace presencia un *federalismo de concertación*” [2006, I:453-455, itálicas en el original].

En todo caso, sí hay un punto sobre el que no deberían posarse nubes interpretativas: si la conformación de las regiones importa una competencia provincial -amén de lo referido en relación a las atribuciones surgidas del artículo 75 inciso 19 CN ya citadas- nunca podrán dichas entidades ser producto de creación por parte del Estado nacional y pretenderse después que las provincias simplemente adhieran mediante una ley-convenio [BIDART CAMPOS, 2006].

También ÁBALOS, recordando el pensamiento al respecto de FRÍAS, expresa que “a partir del nuevo art. 124, la iniciativa de carácter vinculante pertenece sólo a las provincias [...] ha quedado excluida la posibilidad de una ley-convenio del Congreso para crear regiones a partir de la adhesión de las provincias concernidas” [2012:765]⁷⁸.

78 La profesora ÁBALOS, en su interesante trabajo, analiza la variación producida en el pensamiento constitucional de Pedro J. FRÍAS, una vez

Sin embargo, a poco de sancionada la reforma constitucional, se dio a conocer un anteproyecto de ley nacional de regionalización, bajo la inspiración del entonces presidente Carlos Menem y el administrativista José Roberto Dromi ⁷⁹ que expresamente mencionaba, en sus fundamentos, que se trataba de una “regionalización por ley nacional, por voluntad de la Nación, pero articulada por la adhesión de las provincias, a través de las llamadas ‘leyes convenio’” [citado en HERNÁNDEZ, 1997:91].

Ha sido este constitucionalista cordobés quien más agudamente analizó el anteproyecto normativo y su adjunto “Pacto interprovincial de regionalización” y señaló -en al menos diez puntos centrales- las incongruencias con la letra y el espíritu de la innovación efectuada en la Carta Magna federal ⁸⁰.

Entendemos que se trata, en definitiva, y analizando las enseñanzas históricas en nuestro país en orden a la regionalización, de no repetir experiencias de dudoso éxito por estar dirigidas desde el poder nacional, tal el caso de la ley de facto 16.964 (de 1966) ⁸¹ y su modificatoria 19.276. El proceso es

operada la reforma constitucional de 1994 y redactado el nuevo artículo 124 CN.

79 En la obra de DROMI y E. MENEM [1994] ya se había expresado que las regiones debían instrumentarse por medio de leyes-convenio.

80 En el mismo sentido que HERNÁNDEZ, se expresa ROSATTI diciendo, de manera categórica, que “el Gobierno federal [debe abstenerse] de imponer regiones a las provincias” [1994:217] y M. A. GELLI: “El art. 124 de la Constitución Nacional contiene una atribución exclusiva de las provincias para crear regiones, es decir, que éstas no deben ser establecidas por ley del Congreso en contra de la voluntad expresa de los entes locales” [2008, II:609].

81 Esa norma de facto había establecido un Sistema Nacional de Planeamiento y Acción para el Desarrollo, dividiendo -en su decreto reglamentario 1907/67- la geografía nacional en ocho regiones de desarrollo, a saber: Patagonia, Comahue, Cuyo, Centro, Noroeste, Noreste, Pampeana y Área Metropolitana; v, al respecto, la opinión crítica de HERNÁNDEZ [1997].

precisamente el inverso, la iniciativa debe partir de las provincias.

Por su parte, BARRERA BUTELER [1996] ha entendido que la posibilidad de instrumentar la regionalización debería darse por medio de un acuerdo interjurisdiccional (entre las provincias y el Estado Nacional) y por vía de leyes-convenio basándose, para tal razonamiento en lo previsto en el artículo 75 inciso 19 CN y la idea de regionalización concertada, diferente de la regionalización horizontal que sería la ejercida puramente por las provincias entre sí. La cita que consigna este autor de la obra de DROMI, *Cuatro leyes constitucionales. Bases y Principios* [1994] nos permite conjeturar que la misma sería pasible de las críticas formuladas por Antonio M. HERNÁNDEZ, antes apuntadas.

II.- Prevenciones ante posibles desviaciones del espíritu del constituyente

En primer lugar, advertir acerca de las desviaciones que pudieran surgir a partir de iniciativas como las que comentamos en el penúltimo párrafo del apartado anterior, motivadas en la exorbitancia de los poderes del Estado Nacional en detrimento de las competencias provinciales.

En todo caso, la armonización de las cláusulas supremas en juego -como ya dijimos con apoyo en BIDART CAMPOS y MIDÓN, entre otros autores- implicaría reconocer sin dubitaciones que *la creación de las regiones debe partir de la voluntad provincial* y que, conjugando con las necesidades de procurar el equilibrio en el desarrollo de regiones y provincias, se concierte con la competencia federal derivada del artículo 75 inciso 19 CN.

No resulta entonces ocioso dejar de advertir acerca de las ideas centralizadoras que pueden estar enmascaradas bajo di-

Para una visión opuesta, v. COLAUTTI [1998:106], para quien esa normativa posibilitó la conformación de algunas regiones que “tienen aún operatividad y cumplen una función de integración regional para el desarrollo”.

versos argumentos. Así, nos recuerda DALLA VÍA que “algunos proyectos elaborados centralmente desde el Poder Ejecutivo Nacional han escondido la pretensión de ‘sucursalizar’ el país a partir de la creación de regiones en un movimiento inverso de centralización, apoyándose en argumentos de racionalidad del gasto público alentados por los organismos internacionales de crédito” [2008:55].

Seguidamente, cabe recordar, con palabras de ROSATTI, que la región no debe ser entendida como “una macroprovincia dotada de autonomía” [1994:217]. Ello nos enlaza con las enseñanzas de FRÍAS, preocupado porque las provincias no perdieran su estatus de entidades autónomas y genuinas interlocutoras con el Estado Federal.

Por otro lado, resulta necesario destacar que si bien la letra del artículo 124 CN autoriza el establecimiento de los órganos con facultades para el cumplimiento de los fines de la región (recordemos, el desarrollo económico y social), ello no debería repercutir en una desenfrenada generación de aparatos y mecanismos burocráticos -y el funcionariado que le es consustancial- que ocasionen una pesada carga para los erarios públicos locales, pues dado que todo ello, en definitiva, debe ser solventado por las propias provincias que decidieron conformar determinada región, razón por la cual el agigantamiento de estas estructuras regionales terminaría transformándose en un remedio más nocivo que las patologías que se busquen erradicar (la falta de desarrollo).

Se comprende también aquí la utilidad del concepto de “nivel adjetivo” acuñado por FRÍAS -sobre el cual ya nos hemos explayado en el acápite anterior- y la insistencia que dicho autor ponía en resaltar que la región no puede entenderse como un nuevo nivel gubernamental ⁸² pues ello implicaría, como es lógico, la superproducción burocrática y el consecuente deterioro de las cuentas públicas provinciales.

82 Con energía dice SABSAY [2009:259]: “Acá no se está creando un nuevo nivel político de gobierno”.

A treinta años de la reforma constitucional

En este orden de ideas, HERNÁNDEZ aconseja la creación de “órganos flexibles, no burocráticos e integrados por las autoridades de las respectivas provincias u órdenes gubernamentales que formen parte de aquélla” [1997:98-99]; también nos recuerda las ideas de FRÍAS al respecto: creación de una asamblea de gobernadores como instancia máxima, un comité ejecutivo, una secretaría técnica y hasta un Parlamento regional conformado por delegaciones de las respectivas Legislaturas involucradas.

Acota ÁBALOS que, para FRÍAS, la conducción de la entidad regional no debía estar en manos de “funcionarios electivos popularmente” [2012:767]; empero, ello merece -a nuestro juicio- una aclaración importante, que es la siguiente: lo que no debería producirse es la multiplicación de elecciones populares (y de nuevos funcionarios) para cubrir aquella conducción, por lo que la interpretación viable sería que quienes ya fueron electos para los cargos en sus respectivas provincias (gobernadores, legisladores locales) desempeñen, a su vez, las funciones necesarias en la entidad regional, reitero, sin necesidad de proceder a nuevas elecciones y multiplicar cargos.

Nos permitimos agregar nosotros que, en tren de coadyuvar a un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales, los funcionarios provinciales que desempeñen, a su vez, tareas en la entidad regional no deberían percibir dieta o emolumento alguno, actuando en carácter *ad-honorem*. También ha expresado su preocupación por el incremento del gasto público que traería aparejada una nueva superestructura burocrática, ASÍS DAMASCO [2021].

En las entidades regionales que se encuentran ya creadas, se prevé como órganos de conducción la Asamblea de Gobernadores (así, v. gr. en la Región Patagónica, Región Cuyo y Región del Norte Grande) o Junta de Gobernadores (Región Centro), de comités ejecutivos (o juntas ejecutivas) y secretarías administrativas y, como órganos deliberativos, el Parlamento Patagónico (en la región austral) o la Comisión Parlamentaria Conjunta (en el caso de la Región Central).

Daniel SABSAY se ha detenido, especialmente, en la exposición de las funciones y atribuciones de los órganos creados en la Región Patagónica, destacando, entre ellos, al Parlamento regional “que constituye la instancia deliberativa como expresión de la voluntad integradora regional de los poderes legislativos de las provincias integrantes del tratado. Además de su función de colaboración con la Asamblea de Gobernadores, específicamente menciona el Estatuto la de proponer acciones tendientes a la legislación e la homogeneización de la legislación vigente en los Estados parte...”. Por su lado, el Foro de Superiores Tribunales de Justicia de la región, “si bien sus funciones son de asesoramiento y consulta, su actuación contribuirá a la unificación de criterios interpretativos que favorecerá la actuación de los otros órganos creados por el Estatuto” [2022:177].

Resta insistir en la tajante prohibición establecida en el artículo 126 CN (el antiguo artículo 108): “Las provincias [...] No pueden celebrar tratados parciales de carácter político [...]”. Ya hemos dicho que se trata de un valladar infranqueable.

Más allá de la ductilidad semántica del término “político”⁸³ parece claro que quedan vedadas por la mencionada cláusula los Tratados interprovinciales que signifiquen, en la práctica, una alianza de naturaleza política (en palabras de ROSATTI [1994], la creación de *regiones políticas*) y, huelga decirlo, de aquellas cuyo vínculo esencial sea ideológico o partidista. Empero, podrían suscitarse algunas situaciones dudosas si no se tiene suma escrupulosidad en deslindar el objetivo de desarrollo económico y social de la esfera de lo intrínsecamente político⁸⁴.

83 La polisemia de “lo político” nos llevaría a exceder los límites impuestos en el presente ensayo; tan sólo nos permitimos una remisión, para el lector interesado, a la obra canónica de Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Principios de Teoría Política* [1972], especialmente capítulos I, II y VII.

84 Las dificultades para definir qué debería entenderse por “tratados parciales de carácter político” son evidentes. Los tratadistas, conscientes

Resulta esclarecedora aquí la puntualización que realiza MANILI diferenciando las regiones con reconocimiento constitucional desde 1994 de las entidades regionales de varios países europeos, donde fueron concebidas como “entes políticos, por ejemplo, en Italia y Bélgica” [2020:52].

III.- Conclusiones. Una oportunidad para el fortalecimiento del federalismo

En otros trabajos [2015] hemos postulado que, en determinados aspectos -v. gr. con la supresión del sistema de colegio electoral para la elección de presidente y vicepresidente de la Nación-, la reforma constitucional de 1994 provocó un debilitamiento del federalismo argentino.

En cambio, en el tema que aquí nos ocupa, entendemos que con la incorporación de las regiones -constitucionalizadas por la misma reforma-, se abren nuevas perspectivas del desarrollo y fortalecimiento del sistema federal de Estado ⁸⁵ en la Argentina. No se trata de hacer simples balances y menos aun de pensar que una cuestión “compensa” a otras; la reforma de 1994, contiene indudables avances -sobre todo en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas-, con zonas especialmente luminosas y, las menos, con algunos grises ⁸⁶.

del problema, sólo atinan a presentar fórmulas de cierta generalidad, tales como “las provincias no pueden regular en común materias de contenido político” [QUIROGA LAVIÉ, 1993:646].

85 El profesor GIL DOMÍNGUEZ afirma que el federalismo abandonó su clásica función de “forma de estado o una distribución territorial y política del poder para convertirse en una garantía de los derechos” [2014:95].

Tal vez, pensamos, deban pensarse a ambas funciones como fundamentales, complementarias y que no se excluyen mutuamente.

86 Además de la eliminación del sistema de colegio electoral para la elección del presidente y vicepresidente de la Nación, tenemos una mirada crítica en relación a la forma abierta en que quedó establecido el Consejo de la Magistratura -lo que ocasionó vacilantes modificaciones legislativas para

Empero, reiteramos, las perspectivas que se abren en orden a la regionalización, de actuar con prudencia, fijando objetivos posibles y nunca desviándonos de la letra constitucional (es decir, aferrándonos a las miras de lograr el desarrollo económico y social), son auspiciosas.

En la actualidad, ya se encuentran conformadas las siguientes regiones ⁸⁷:

- Región Central. Creada por el Tratado Interprovincial del 15 de agosto de 1998 y comprendía, originariamente, a las provincias de Córdoba y Santa Fe; en abril de 1999 se incorporó la provincia de Entre Ríos.

- Región Patagónica. Cuyo tratado de creación data del 26 de junio de 1996 y comprende a las provincias de La Pampa, Río Negro, Neuquén, Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

- Región de Cuyo. Originariamente bautizada como “Región del Nuevo Cuyo”, denominación que ostentó entre 1988 y 2012, comprendiendo a las provincias de Mendoza, San Juan, San Luis y La Rioja. Su origen fue el Tratado de Integración Económica del Nuevo Cuyo. Con posterioridad, la provincia de La Rioja se escindió y pasó a formar parte de la región NOA.

- Región del Norte Grande (que aparece como un agrupamiento de regiones, pues comprende a la Región NOA [Noroeste] y a la Región NEA [Noreste]. Su nacimiento se da con el Tratado de Integración de la Región Norte Grande (9 de

determinar su integración, en un período relativamente corto de tiempo- y la técnica utilizada en la redacción del inciso 3 del artículo 99 CN (decretos de necesidad y urgencia) y del artículo 76 CN (delegación legislativa). Desde ya, las responsabilidades institucionales están compartidas, pues buena parte de las dificultades se debieron al dictado deficiente o tardío (o ambas cosas) de la legislación infraconstitucional, v., al respecto, LÓPEZ ALFONSÍN [2012].

87 Apunta HERNÁNDEZ, en uno de sus últimos trabajos, que en la Argentina las regiones se hallan constituidas “con la participación de casi todas las provincias, aunque con escaso funcionamiento” [2021:18].

abril de 1999) y comprende a las provincias de Salta, Jujuy, Santiago del Estero, Tucumán, Catamarca, La Rioja, Formosa, Chaco, Corrientes y Misiones ⁸⁸.

Particularmente esperanzadora resultó para la doctrina la conformación de la Región Patagónica. Al estudio ya mencionado que le dedica SABSAY a sus principales órganos, cabe sumar a Augusto M. MORELLO, quien le dedicó un artículo de divulgación titulado “La Patagonia, más integrada” [2003], en que expuso una visión optimista al respecto que reprodujo más tarde en la magna obra en coautoría con Félix R. LoÑ: “Cooperación interior e *integración regional*, asentadas en la *calidad de gestión*, son, por ende, las grandes y decisivas coordinadas. La integración patagónica a la que con contagios entusiasmo se asiste en estas horas es un reconfortante signo del *tiempo nuevo*” [2004:1052, itálicas en el original].

Volvió el profesor MORELLO a insistir en el tema -que evidentemente lo apasionaba- en su ensayo *El principio de la separación o división de poderes*, donde escribió que “nuestras regiones -y la de la Patagonia es un ejemplo por demás estimulante y ‘empujador’- afrontan nuevas metas de coordinación que las consoliden y las hagan útiles sin afectar a las provincias” [2007:77].

Algunas oportunidades, de acuerdo a lo que se ha venido exponiendo podrían ser:

Potenciar “el rol de las regiones en la construcción de la nueva arquitectura territorial”, con la idea de lograr una “estructura territorial más descentralizada con posibilidades de instrumentar la cohesión” entre aquellas entidades, directrices que guían el programa *La Argentina a través de las regiones* [ROCCATAGLIATA, 2008:331].

El denominado por MORELLO “efecto arrastre” de la región, que permitiría “superar la anacrónica y paralizante situación de provincias [...] cuyas prácticas políticas de caudillaje-clien-

88 Los datos han sido tomados de ASÍS DAMASCO [2021] y, en lo pertinente, de SABSAY [2022].

telismo desvirtúan las virtudes cívicas y participativas de una ciudadanía condenada a la obsecuencia, el miedo y la frustración, con el horizonte clausurado” [2004:1054].

La sinergia que se daría entre las provincias que comparten una misma cultura e idiosincrasia (piedra basal de toda idea de región), paisajes naturales y expresiones artísticas, que redundaría en un desarrollo del turismo focalizado en esos tópicos (mayor y mejor explotación de festivales regionales, de recorridos por sitios históricos, etcétera).

Lo mismo para el fomento y desarrollo de la producción artesanal o industrial característicos de los lugares comprendidos en la región (las denominadas “rutas” del vino, del olivo, etcétera, que involucran a productores de varias provincias allí nucleadas).

Una mejor y más rápida respuesta de las autoridades frente a desastres naturales (incendios, inundaciones, terremotos) o epidemias (la triste experiencia del Covid-19, de cólera, dengue, etcétera).

En fin, la lista podría ser mucho más extensa, lo que no hace sino patentizar la necesidad de impulsar la conformación de regiones entre las provincias argentinas para, utilizando las sabias palabras de MORELLO, “con renovados bríos [...] promover la nueva etapa del federalismo real y dinámico de los argentinos” [2004:1054-1055].

IV.- Bibliografía utilizada

ÁBALOS, María Gabriela (2012). “La región en el federalismo argentino a la luz del pensamiento de Pedro J. Frías”, en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje y despedida de Pedro J. Frías*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 761-768.

ASÍS DAMASCO, Luis (2021). “Aportes para la reforma de las regiones argentinas”, en *Anales*. N° 51, Año 18, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP-La Ley, 767-784. Disponible en línea: <https://doi.org/10.24215/25916386e102> [Fecha de consulta: 23-09-2024].

BADENI, Gregorio (2004). *Tratado de derecho constitucional*, T. I, Buenos Aires, La Ley.

BARRERA BUTELER, Guillermo (1996). *Provincias y Nación*, Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina.

BIDART CAMPOS, Germán J. (2006). *Manual de la Constitución Reformada*, T. I, quinta reimpresión, Buenos Aires, Ediar.

BIDART CAMPOS, Germán J. (1995). *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. VI, nueva ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ediar.

CASTORINA DE TARQUINI, María Celia (2003). “La provincia y la región”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y otros, *Derecho público provincial y municipal*, Tomo I, segunda edición actualizada, Buenos Aires, La Ley.

CASTORINA DE TARQUINI, María Celia (1995). “La región y la reforma constitucional”, en Dardo PÉREZ GUILHOU y Felipe SEISDEDOS (coordinadores), *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994*. Tomo II, Mendoza-Buenos Aires, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos-Depalma.

CENICACELAYA, María de las Nieves (2015). “Los convenios internacionales de las entidades miembros de un estado federal. El caso argentino”, en *Anales*. N° 45, Año 12, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP-La Ley, 35-48. Disponible en línea: <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50472> [Fecha de consulta: 22-09-2024].

COLAUTTI, Carlos E. (1998). *Derecho Constitucional*, 2a. edición actualizada y aumentada, Buenos Aires, Universidad.

DALLA VÍA, Alberto Ricardo (2008). “El sistema federal fiscal”, en Antonio María HERNÁNDEZ (director), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Instituto de Federalismo. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 47-66.

DROMI, José Roberto y Eduardo MENEM (1994), *La Constitución reformada*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

FRÍAS, Pedro J. (1997). “La región según la Constitución Nacional reformada”, en *Cuaderno de Federalismo*, N° X, Instituto de Federalismo. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-El Copista.

FRÍAS, Pedro J. (1996). “La regionalización del país”, en “La Nación”, del 18-10-1996.

FRÍAS, Pedro J. (1987). *Derecho público provincial*, Buenos Aires, Depalma.

FRÍAS, Pedro J. (1980). *Introducción al Derecho Público Provincial*, Buenos Aires, Depalma.

GARDINETTI, Juan Paulo (2015). “La supresión del colegio electoral y el debilitamiento del federalismo en la Argentina”, en *Anales*, N° 45, Año 12, La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP-La Ley, 49-59. Disponible en línea: <https://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/50475> [Fecha de consulta: 24-09-2024].

GELLI, María Angélica (2008), *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, T. II, 4a. edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés (2014). “El federalismo unitario argentino (1994-2014)”, en *Pensar en Derecho*, N° 5, Año 3, Buenos Aires, Eudeba, 91-103. Disponible en línea: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/el-federalismo-unitario-argentino-1994-2014.pdf> [Fecha de consulta: 27-09-2024].

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) y José María SENA DE LA GARZA (2021). “Desafíos del federalismo en el siglo XXI”, en Antonio María HERNÁNDEZ (director), *Cuaderno de Federalismo*, N° XXXV, Instituto de Federalismo. Córdoba-Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-IJ Editores, 11-38. Disponible en línea: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2023/09/CUADERNO-DE-FEDERALISMO-XXXV-2021.pdf> [Fecha de consulta: 26-09-2024].

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (2018). *Estudios de federalismo comparado. Argentina, Estados Unidos y México*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (2014). “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, en *La Ley*, 2014-D-847.

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (2009). “Los aspectos financieros y económicos del federalismo argentino”, en *Debates de*

actualidad, Año XXIV, N° 201, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 68-83.

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (2008). “Los aspectos financieros y económicos del federalismo argentino”, en Antonio María HERNÁNDEZ (director), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Instituto de Federalismo, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 11-43.

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (2007). “El federalismo a trece años de la reforma constitucional de 1994”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Disponible en línea: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/el-federalismo-a-trece-anos-de-la-reforma> [Fecha de consulta: 26-09-2024].

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (1997). *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Buenos Aires, Depalma.

HERNÁNDEZ, Antonio María (h.) (1995). “Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h)”, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación Argentina.

LOÑ, Félix R. y Augusto M. MORELLO (2004). *Lectura de la Constitución*, La Plata: Librería Editora Platense.

LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo Alberto (2012). “El ‘law making process’ es el mayor déficit de la reforma de 1994”, en *Debates de actualidad*, Año XXVII, N° 205, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 47-51.

MANILI, Pablo Luis (2020). “Las provincias y los tratados”, en Antonio María HERNÁNDEZ (director). *Cuaderno de Federalismo*, N° XXXIV, Instituto de Federalismo, Córdoba-Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-IJ Editores, 43-60. Disponible en línea: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2022/01/CUADERNO-DE-FEDERALISMO-2020.pdf> [Fecha de consulta: 25-09-2024].

MAYÓN, Carlos Alberto (2021). *Derecho constitucional argentino. Legislación, jurisprudencia, antecedentes, derecho*

comparado y derecho público provincial, T. IV, La Plata, Haber.

MIDÓN, Mario A. R. (2008). “Convenios internacionales y tratados de regionalización”, en Antonio María HERNÁNDEZ (director), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Instituto de Federalismo. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 221-240.

MORELLO, Augusto M. (2008). *El principio de la separación o división de poderes*, La Plata, Librería Editora Platense.

MORELLO, Augusto M. (2007). “La cohesión de los argentinos”. en “El Día”, del 12-12-2007.

MORELLO, Augusto M. (2003). “La Patagonia, más integrada”. en “La Nación”, del 12-09-2003.

PANCALLO D’AGOSTINO, Martín R. (2010). “Federalismo de concertación hacia una regionalización”, en La Ley, 2010-C-944.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto; Miguel Ángel BENEDETTI y María de las Nieves CENICACELAYA (2001), *Derecho Constitucional Argentino*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1996), *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires, Zavalía.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto (1993), *Derecho constitucional*, 3ra. edición actualizada, Buenos Aires, Depalma.

ROCCATAGLIATA, Juan A. (2008). “Federalismo y política territorial en los inicios del tercer milenio”, en Antonio María HERNÁNDEZ (director), *Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino*, Instituto de Federalismo. Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 319-340.

ROSATTI, Horacio Daniel (1994). “El federalismo en la reforma”, en AA.VV. *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni.

SABSAY, Daniel Alberto (2022). *Manual de Derecho Constitucional*, 2a. edición, actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley.

SABSAY, Daniel Alberto (2009). “Consideraciones en torno al federalismo argentino”, en Antonio María HERNÁNDEZ (direc-

A treinta años de la reforma constitucional

tor), *Aspectos históricos y políticos del federalismo argentino*, Instituto de Federalismo, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 247-270.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis (1972). *Principios de Teoría Política*, cuarta edición, Madrid, Editora Nacional.

SEGOVIA, Juan Fernando (1995). “El federalismo y la nueva Constitución. La reforma ‘unitaria’ de 1994. Temas de reforma constitucional”, en *El Derecho*, Buenos Aires, septiembre de 1995.

SPOTA, Alberto A. (2000). “Ensayo sobre el art. 124 de la Constitución Nacional”, en *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires, diciembre de 2000.

ZARZA MENSAQUE, Alberto (1996). “Las provincias en las relaciones interjurisdiccionales”, en AA.VV. *Comentarios a la reforma constitucional*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Del presidencialismo al hiperpresidencialismo: una mirada a través de la figura del jefe de gabinete

Emiliano STAZZONE

SUMARIO: I.- Bases y Puntos de Partida: el origen del presidencialismo.- II.- La reforma de 1994: atenuar el presidencialismo.- III.- Deformando la República: un viaje de ida hacia el hiperpresidencialismo.- IV.- Conclusión: volver a las Bases

I.- Bases y Puntos de Partida: el origen del presidencialismo

Cuando el 15 de noviembre de 1852 tuvo lugar la primera sesión preparatoria de la Asamblea General Constituyente de Santa Fe, los diputados constituyentes sabían que no iban a operar en el vacío. Sus miembros tenían entre manos las *Bases y Puntos de Partida para la organización política de la República Argentina*, un libro redactado por la versada pluma de Juan Bautista ALBERDI que, además de contener un proyecto de Constitución, estaba plagado de sesudas reflexiones políticas, históricas y económicas de carácter práctico.

Pero el abogado tucumano tampoco había maniobrado en el vacío y también se había servido de otro texto similar. *El Federalista* era un compendio de 85 artículos de prensa escritos por HAMILTON, JAY y MADISON para explicar su texto constitucional a los norteamericanos. Éstos habían imaginado un sistema para curar para siempre a las repúblicas democráticas de los dos virus que habían atacado en el pasado a Atenas y Roma: el autoritarismo -esa afeción que se da cuando los representantes electos se arrogaron un poder incontrolado- y la demagogia, acaecida allí donde una mayoría oprimió a la minoría provocando gobiernos despóticos.

Para ello había que dividir el poder, tanto en sentido horizontal como vertical. A diferencia de ROUSSEAU, que creía que

el poder era indivisible (la omnímota “Voluntad General”, germen de los totalitarismos que le sucedieron), para MONTESQUIEU era absolutamente divisible. Partiendo del estudio de LOCKE sobre la Revolución Gloriosa de 1668, quien entendía que el “pueblo” no era una masa uniforme sino una mayoría circunstancial compuesta por una suma artificial de intereses, vislumbró que la Constitución inglesa fue la primera que tuvo por objeto asegurar la libertad de los ciudadanos. En este derrotero, propuso dividir el poder de los monarcas en diferentes titulares para que nadie pudiera monopolizarlo a la manera de la monarquía inglesa, agregando una instancia apolítica -el poder judicial- cuya misión era arbitrar entre los otros dos poderes políticos.

De esta manera, plasmó con perfecta geometría la fragmentación del antiguo poder absoluto, forjando el esquema tripartito que aún prevalece en las democracias contemporáneas (GRONDONA, pág. 100).

Asimismo, los estadounidenses formularon una división vertical del poder mediante la concesión de la autonomía a los Estados integrantes a la manera que proponía el federalismo. Si el Parlamento podía ser frenado por el veto del presidente, éste por las leyes o el juicio político del Congreso y ambos son vigilados por un Poder Judicial independiente celoso de las garantías constitucionales, el hecho de dejar una amplia zona de autonomía a los Estados locales, el mal del autoritarismo encontraría grandes dificultades para desarrollarse (GRONDONA, pág. 112).

No obstante, si bien ALBERDI adscribía a su planteo, buscó concentrar una parte del poder en manos de un protagonista institucional que, sin dejar de estar contenido por los demás poderes, pudiera ofrecerle al país un liderazgo dinámico para aventar el peligro de la anarquía. Mientras Estados Unidos diseñó un modelo presidencial que pudiera frenar los desbordes demagógicos -ya que contaba con una tradición política y económica de concordia y progreso heredada de la Inglaterra de LOCKE y de Adam SMITH-, ALBERDI se corrió al límite de las fronteras republicanas para dotar de vigor al titular del

A treinta años de la reforma constitucional

Ejecutivo, una especie de rey sin corona que tuviera contrapoderes y estuviera impedido de ser reelecto para evitar el autoritarismo.

Para el gran arquitecto constitucional había que hacer frente al “síndrome anárquico-autoritario” (GRONDONA, pág. 117), configurado por períodos de excesivo poder seguidos de la más completa anarquía, provocados por la “balcanización” de lo que había sido el otrora Virreinato ante la ausencia de una autoridad central. La historia viene a demostrar que la anarquía siempre ha desembocado en la tiranía. Por ello, y apartándose un poco del modelo norteamericano, halló un hábil precedente en la Constitución chilena de 1833 en el que un presidente constitucional pudiera asumir las facultades de un rey siguiendo el adagio de Bolívar. “Chile ha resuelto el problema sin dinastías y sin dictadura militar, por medio de una Constitución monárquica en el fondo y republicana en la forma: ley que anuda a la tradición de la vida pasada la cadena de la vida moderna” (ALBERDI, págs. 85-86).

Cabe aclarar que este modelo presidencial debía ser sólo temporal ya que comprendió con claridad meridiana que, en el viaje de la anarquía poscolonial a la “República verdadera”, existía la estación de la “República posible” (ALBERDI, pág. 83).

Esto lo orientó a construir una República a partir de un poder fuerte, limitado y estable. Tal como quedó redactado en el actual artículo 87 de la Constitución Nacional -que mantuvo la redacción prevista en el artículo 71 del texto original de 1853-, el Poder Ejecutivo Nacional es unipersonal y concentra en su figura las jefaturas de Estado -representando la unidad de la Nación- y de Gobierno -representando a un electorado y programa de gestión determinado- (a lo que se suele agregar la jefatura del partido, lo que trae no pocos inconvenientes cuando se confunde el partido con la Nación), siendo asistido por un grupo de ministros que integran el gabinete, offician de secretarios de Estado y secundan a aquél con el refrendo y legalización de sus actos. Además, tiene prerrogativas para decretar una intervención federal, mecanismo de auxilio que

puede solicitar un Estado en el sistema estadounidense a instancias de la Legislatura estatal o de su gobernador.

El proyecto alberdiano fue completado casi 3 décadas más tarde cuando en el libro *La República Argentina consolidada en 1880* se explicitó que ese presidente fuerte debía reunir en sus manos la jefatura de la Administración Pública, el comando efectivo de las fuerzas armadas y el dominio directo de la ciudad de Buenos Aires. A ello, cabe adicionar la diferenciación social a partir del desarrollo económico aportado por *El Federalista*. Una próspera república comercial favorecería la formación de una nutrida y variopinta clase media dedicada a la actividad privada por sectores especializados, destruyendo todo intento de nivelación demagógica. Todo el andamiaje institucional tendría sentido si se acompañaba con un vigoroso desarrollo económico. A partir de Julio Argentino Roca, sólo las presidencias que tuvieron el control de todos estos componentes fueron de estabilidad política y crecimiento económico, con especial referencia al período comprendido entre 1880 a 1930.

II.- La reforma de 1994: atenuar el presidencialismo

En 1985, Raúl Alfonsín instrumentó a través del Decreto 2446 la creación del “Consejo para la Consolidación de la Democracia” con el objetivo de analizar algunas modificaciones al sistema institucional. El entonces presidente lideraba el proceso de transición democrática y cavilaba sobre la necesidad de reconstruir las instituciones republicanas para consolidar el Estado de Derecho, luego de cinco décadas de constantes interrupciones al proceso democrático. Para ello, convocó a un grupo de reconocidos intelectuales y dirigentes de extracción diversa cuya tarea fue coordinada por el destacado jurista de reconocimiento internacional, Carlos NINO.

Como resultado de cuatro años de trabajo, el Consejo formuló dos dictámenes con propuestas para reformar en forma parcial la Constitución Nacional, cuya nota distintiva se identificó por un fuerte cuestionamiento al sistema presidencialis-

ta caracterizado por una excesiva concentración de poder y facultades en el Poder Ejecutivo y la falta de cooperación operativa entre éste y el Poder Legislativo. Asimismo, se vislumbró la incapacidad del propio sistema institucional para procesar crisis políticas que impidieran la interrupción permanente de los mandatos presidenciales.

En este andarivel, fue el propio Carlos NINO quien sugirió una modificación sustancial del sistema presidencialista alberdiano en la medida en que, según su convicción, no ofrecía “válvulas de escape” ante situaciones de crisis que se producen por la pérdida de liderazgo y credibilidad de la figura presidencial. La experiencia argentina había demostrado que, siendo el juicio político por mal desempeño una herramienta tan compleja que nunca se había instrumentado y que los presidentes en crisis habían sido forzados a renunciar sin que su contraparte en la vicepresidencia pudiera desligarse del virtual fracaso político, el país debía decantarse hacia un sistema parlamentario o semipresidencial, dando luz a la figura de un primer ministro con responsabilidad parlamentaria (NINO, 1990). En definitiva, se trataba de una fórmula intermedia, una especie de inserción parlamentaria en el sistema presidencialista.

No deben perderse de vista dos cuestiones para entender semejante propuesta.

Existía un clima de época en los primeros años de la nueva etapa democrática que intentaba armonizar el debate y el consenso para poder hacer cambios a la estructura constitucional originaria. El régimen parlamentario era visto, desde la lógica política, como un sistema que instaba a la cooperación interpartidaria, unificando funcionalmente a los poderes gubernamentales, evitando la propensión al rompimiento y la celebración de nuevas elecciones. Dicho funcionamiento está íntimamente emparentado a su propio desarrollo histórico, ya que aquel sistema es hijo de las épicas luchas entre la Corona y el Parlamento, a partir del cual las sucesivas concesiones de los monarcas generaron una mayor coordinación entre ambos poderes. Incluso, hasta la idea del gabinete de ministros como

órgano colegiado de asesores en una institución parlamentaria. Por el contrario, la lógica que subyace al presidencialismo es más propensa al conflicto ya que, ante fracasos de liderazgo personal en modelos tan personalistas como el argentino, impera el frío cálculo de los legisladores opositores o la ansiedad ciudadana que buscan tanto un salvador como un chivo expiatorio (VALENZUELA, pág. 15).

Por otro lado, la derrota estrepitosa del radicalismo en 1987 y la consiguiente pérdida de apoyo parlamentario, llevó a pensar -no sin cierta candidez- que de existir esta nueva figura y una eventual aceptación por parte de Antonio Cafiero -líder de la fracción de renovación justicialista- habría permitido atemperar la crisis de representatividad y se hubiera superado el impacto político que trajo aparejado. En la imaginación política, este funcionario habría sido el fusible incrustado al tablero republicano que habría evitado el cortocircuito institucional, haciendo mutar el cambio de protagonista sin eyectar al titular del poder. Como sostuvo Carlos NINO, el presidencialismo “es una verdadera ‘flor exótica’ de las formas de gobierno, que requiere condiciones extremadamente favorables para sobrevivir” (VALENZUELA, pág. 51).

Los conflictos de gobernabilidad y la renuncia intempestiva de Alfonsín hicieron naufragar los cambios proyectados hasta 1993, cuando se reflató la intención de reformar la Constitución en el momento que el líder radical -ahora como jefe de la oposición- suscribió el célebre “Pacto de Olivos” con Carlos Menem. Accediendo al pedido del entonces presidente de incorporar el instituto de la reelección para un solo período consecutivo, acortando el mandato a 4 años conforme el modelo norteamericano, Alfonsín reclamó la incorporación de una batería de reformas con el objetivo de atenuar el presidencialismo y mejorar la institucionalidad democrática. De hecho, la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional plasmó ello como su gran objetivo.

En un documento que fue denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, se propuso la incorporación del tercer senador nacional en representación de la minoría, así como la

elección directa de éstos y el acortamiento de su mandato. Por su parte, también se gestó la inclusión del ballottage electoral para la elección directa del presidente, la creación del Consejo de la Magistratura y de la Auditoría General de la Nación como elementos de apertura política y control de la oposición, la prohibición general de delegar facultades legislativas en el PEN, y la modernización del procedimiento de formación y sanción de las leyes, entre otras cuestiones. En este marco conceptual, encontramos la proposición de crear la figura del Jefe de Gabinete de Ministros (JGM).

Sin embargo, al momento de definir la letra chica del texto constitucional no hubo ni tantas “coincidencias” ni tan “básicas” en este tema. Los dirigentes de los dos partidos mayoritarios (PJ-UCR) empezaron a mostrar diferencias sobre los alcances del poder que tendría el JGM y el control que ejercería el Congreso sobre éste.

En una entrevista a Horacio Rosatti, miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y quien fuera vicejefe del bloque del PJ e integrante de la Comisión de Redacción de la Convención Constituyente con apenas 37 años, señaló que para el peronismo “era una institución difícil de entender” (ROSATTI, 2024). A partir de un diálogo que mantuvo con Alfonsín -y probablemente influido por la propia experiencia del expresidente-, el radicalismo pretendía que este funcionario “fuera una especie de fusible que saltara en caso de una crisis política y que eso oxigenara el sistema”. Al quitar extensión al mandato presidencial, “con su renuncia o con su reemplazo podría morigerar la crisis”.

Ello implicaba que se trataba de una “figura muy vinculada al Ejecutivo, pero también con el Congreso”. El líder radical pergeñaba una figura de “Ministro Coordinador” dándole herramientas para mediar y abrirle el juego al Parlamento en la participación de la gestión presidencial. Al decir de CASSAGNE, “lograr una mayor fiscalización del Congreso con relación a la Administración Pública” (MARTÍNEZ, 1995).

No obstante, el PJ lo imaginaba como un *primus inter pares* en relación al resto de los ministros, pero jerárquicamente

dependiente del presidente. Esta visión del peronismo es posible rastrearla mucho más allá en el tiempo cuando, en una entrevista publicada en formato de libro en 1977, Ítalo Argentino LUDER sugiere premonitoriamente algunas reformas a la Carta Magna como la elección directa de presidente y vicepresidente y la delegación legislativa, al tiempo que adiciona “la posibilidad de que el Congreso pueda crear por ley un Jefe de gabinete en quien el presidente pueda delegar facultades y absorbentes tareas de administración” (LUDER, 1977).

Sintéticamente, se trataba de una desavenencia organizativa del poder: Alfonsín pensaba en una estructura horizontal con el Jefe de Gabinete entre el presidente y el Congreso, y el peronismo en una estructura vertical insertada dentro del PEN.

Para mensurar un mejor el alcance de la discusión, es conveniente hacer un somero repaso de los debates que se dieron en el marco de la propia Convención Constituyente, los cuales revelan no pocos reparos a su inclusión en la Carta Magna. El jurista Enrique Paixao, Secretario de Justicia del gobierno radical y uno de los redactores del “Núcleo de Coincidencias Básicas”, fue quien debió informar respecto de la inclusión de esta figura en el paquete de reformas. Explicó que el presidente concentraba cuatro jefaturas centrales: de Estado, Administrativa, de Gobierno y Militar, por lo que argumentó que se buscaba atenuar el presidencialismo desconcentrando la función administrativa, la cual reconoció que no era la más importante desde el punto de vista político, pero que tenía gran

importancia en la gestión. Asimismo, destacó que sería el punto de contacto permanente con el Poder Legislativo y que estaría obligado a dar cuenta de la marcha de los asuntos vinculados con la Administración. Más allá de su designación por parte del PEN, también tendría responsabilidad política ante el Congreso, el que podría removerlo como “un arbitrio excepcional”. Finalmente, señaló que esta figura institucional daría mayor elasticidad para enfrentar problemas de crisis y una garantía de que el pluralismo habría de ser el modo permanente de ejercicio del poder (STOLBIZER, 2014).

A treinta años de la reforma constitucional

Claro que el planteamiento no estuvo exento de críticas, incluso fuera del PJ. Como contrapartida, la representante correntina del Partido Autonomista Liberal, Ana María Pando, manifestó sus reservas sobre el equilibrio que podría aportar al sistema ya que “debería tener, como mínimo, un origen parlamentario”. En este sentido, sostuvo que “en caso de que el Congreso y el gobierno entren en colisión debería comenzar a funcionar ese sistema parlamentario, que justamente es el que garantiza el equilibrio en circunstancias de choque”. Y razonaba que “si existe un jefe de gabinete que cumple funciones administrativas y está sujeto a un voto de censura o a la remoción, estos últimos se vinculan con dicho cargo, pero no con el Congreso ni con el cuerpo de ministros, por lo que tampoco el pueblo tiene una participación que signifique elegir un nuevo jefe de gabinete, que son las bondades y las características del sistema parlamentario. Por ello no vemos al primer ministro, jefe de gabinete o ministro coordinador como la solución, el corazón o el centro neurálgico de esta reforma, porque si producimos una reforma y convocamos al pueblo de la Nación para decirle que vamos a menguar este fuerte presidencialismo, no podemos mostrarle algo tan desdibujado como esta figura del primer ministro” (Diario de Sesiones del Senado de la Nación, 1994). En esto coincidía con el convencional Carlos Auyero, quien manifestó que esta construcción no era útil ya que persistía la centralidad en el PEN y que hubiera preferido “una institución semiparlamentaria donde el primer Ministro pudiese ser cambiado por el parlamento pero también designado por él” (Diario de Sesiones del Senado de la Nación, 1994).

A su vez, Jorge Eduardo Jándula, representante salteño por el MODIN, fue más allá diciendo que las modificaciones sistémicas propuestas no sólo no alentarían, sino que directamente atentaría contra el equilibrio tripartito de poder en el entendimiento que “la responsabilidad no será más del presidente sino del jefe de gabinete, quien no será elegido por el pueblo en forma directa sino impuesto por decisión del presidente de la Nación y cumplirá los mandatos que él le imponga. Será como el brazo derecho del presidente de la Nación. Cuan-

do se provoque algún problema que imponga la necesidad de recambios, no se hará responsable al presidente sino al jefe de gabinete, quien renunciará y dejará paso a un sucesor. Será el puesto más inestable del Poder Ejecutivo dentro del sistema republicano. Se podrá discutir si lo debilita o fortalece, pero será fundamentalmente un cheque en blanco porque con la creación de esta figura el presidente nunca será responsable de nada. Se me ocurre una metáfora para describirlo: "El mayordomo del nuevo virrey" (Ordinaria, 1994).

Desde el punto de vista de la legitimidad poco podrá criticarse de la reforma de 1994 en la medida en que fue la Convención Constituyente más numerosa destacándose por su pluralismo democrático y la presencia de una amplia gama de partidos políticos orgánicos, lo que aún hoy genera cierta melancolía republicana si tomamos en cuenta el desarrollo político de los últimos 25 años. Incluso, es considerada la reforma más importante en la medida que se sancionaron 61 normas constitucionales -contabilizando las 17 disposiciones transitorias- con un amplio consenso, empero no fue la más feliz de las técnicas legislativas el haberlas votado en bloque a partir de los términos delimitados por el acuerdo firmado en la residencia de Dante Caputo. Y, llegado a este punto, es importante señalar que la figura de JGM que finalmente se incorporó en la CN difiere sustancialmente de los dictámenes elaborados por el primigenio Consejo formado a mediados de los años 80.

Del juego armónico de los artículos 99, 100, 101 y 105 de la CN -así como de la Ley de Ministerios N° 22.520 y los distintos decretos reglamentarios que fueron renovando sus funciones adicionando nuevas a las estipuladas por el texto constitucional- el JGM no es un Jefe de Gobierno ni designa al resto de los ministros como sucede en los regímenes parlamentarios, en cuyo caso se reserva la Jefatura de Estado para el presidente. Según el actual esquema, tiene a su cargo la administración general del país, pero no suprime la responsabilidad política del titular del PEN, quien lo designa y lo remueve a su libre arbitrio, igual que lo puede destituir el Congreso con el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara.

A treinta años de la reforma constitucional

Es decir, que la fórmula que se implementó se acerca a los sistemas que adjudican la función de gobernar y de administrar a un primer ministro, pero con diferencias más que sustanciales. Así, no puede ser miembro del Congreso y tampoco podría disolver el Parlamento.

A su vez, hace recaudar las rentas de la Nación y ejecuta el presupuesto, aunque el presidente lo supervisa en esa función, además de necesitar la firma del ministro de la cartera respectiva para poder ejecutar las partidas presupuestarias. De igual modo, puede efectuar nombramientos de empleados de la Administración -excepto los que correspondan al PEN- y enviar al Congreso proyectos de ley, debiendo tener acuerdo del gabinete y aprobación del Ejecutivo. Finalmente, tienen facultades privativas de refrendo y legalización, de convocatoria a las reuniones de Gabinete y de presidirlas en caso de ausencia del primer mandatario.

Este cúmulo de previsiones evidencia la relación jerárquica entre el presidente y el JGM, en los lindes que habían previsto los convencionales justicialistas según la contundente explicación de ROSATTI. Claramente, el JGM está lejos de ser un primer ministro sino que se trata más bien de “un ministro sin cartera específica, con un quantum prominente de competencias administrativas” (MARTÍNEZ, 1995). Y, tal como sostiene el actual Procurador del Tesoro de la Nación y exConvencional Constituyente, conforma una originalidad -otra de las muy típicamente argentinas- debido a que no es posible encuadrarlo en ninguno de los regímenes clásicos conocidos (BARRA, 1995).

Como veremos, lejos de la pretensión original de inclinar la balanza de los poderes a favor del Congreso para que el presidente esté obligado a negociar con la mayoría opositora mediante esta nueva figura institucional, la reforma se limitó a crear un jefe administrativo cuya impronta personal protegió -o desprotegió- al PEN, pero que en nada impidió que con el paso del tiempo se presentaran circunstancias fácticas que fueron desnaturalizando el presidencialismo, lo que provocó que Argentina tomara la peligrosa vía del hiperpresidencialismo en la organización del poder (MIDÓN, 2018).

III.- Deformando la República: un viaje de ida hacia el hiperpresidencialismo

Consumada la reforma constitucional, existían distintas hipótesis acerca del tipo de vinculación política y el rol que tendría el JGM con el resto de los actores institucionales.

Un escenario posible sería que ese rol lo desempeñara una figura política fuerte, sea por su trayectoria previa o por ser referente de algún distrito relevante, y que tuviera el margen de maniobra suficiente para que -sin opacar a su superior jerárquico- pudiera conducir el gabinete y tener una intensa vinculación con el Parlamento. La segunda opción era la de una figura anodina que actuara exclusivamente bajo delegación presidencial y con escaso poder de negociación autónomo, haciendo las veces de “vocero” del PEN. El avance voraz de las facultades presidenciales y el alejamiento progresivo de su vocación coordinadora terminaron relegando al JGM a cumplir menos en tareas de intermediación que de vocería del Gobierno nacional.

Ahora bien, para analizar la relevancia del papel de JGM como interfase entre el presidente y sus ministros, lo primero que se advierte del desempeño de los 22 funcionarios que cumplieron ese rol desde 1995, es que ninguno hizo uso de la prerrogativa del inciso 4 del art. 100 para convocar el acuerdo del resto de los ministros, sin perjuicio de que durante muchos años ni siquiera fueron convocadas las reuniones de gabinete por el propio titular ejecutivo. De esta forma, a la ya consabida tarea de portavoz privilegiado, el mayor impacto puertas adentro de la Casa de Gobierno se dio más por la proactividad que mostraron algunos funcionarios sobre otros o el mayor orden que pudieron imprimirle en la gestión.

En lo que se refiere a su relación con el Congreso, es conveniente mirar un interesantísimo informe elaborado por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (CIPPEC) en 2019 (Natalia AQUILINO, 2020), que analizó el papel del JGM en la orientación

A treinta años de la reforma constitucional

estratégica de la gestión de gobierno. Una de las variables analizadas fue la del cumplimiento del art. 101 C.N. para verificar la concurrencia mensual al Congreso, con el objetivo de informar la marcha del gobierno para así reforzar la relación entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo. Cabe recordar que deberían hacerlo al menos en 9 oportunidades al año, considerando el período de sesiones ordinarias, salvo que el presidente convoque a sesiones extraordinarias. La rendición puede ser escrita y oral, y se realiza ante ambas Cámaras.

Dicho estudio reveló que entre el 8 de julio de 1995 y 2018 se realizó el 38% del total de sesiones informativas, y en ningún año se logró cumplir la asistencia total que establece la exigencia constitucional. Además, durante 2015 la gestión de Aníbal Fernández se caracterizó -entre otras cuestiones poco destacables- por su ausentismo total. Sólo por encima de Aníbal Fernández aparece Christian Colombo -JGM de Fernando de la Rúa-, quien asistió sólo una vez al Congreso de las 12 veces que debió haber concurrido. En contraposición, las tasas más altas de presentismo se dieron durante las gestiones de Marcos Peña -quien fue JGM de Mauricio Macri- con un 55,6% y Eduardo Bauzá -JGM de Carlos Menem- con un 50% de asistencia. También, se especifica que durante las sesiones informativas la mayor cantidad de preguntas fueron realizadas por legisladores opositores al gobierno de turno, lo que revela que dicha práctica podría haber significado un instrumento de fiscalización de la agenda pública. Sin embargo, lejos de erigirse como un vínculo cooperativo entre ambos poderes, se convirtió muchas veces en una puja circense entre el gobierno y oposición, en el que unos reforzaron sus posturas antagonistas y los otros entregaron información que se reputó como parcial e incompleta.

En definitiva, una de las conclusiones a las que arriba el informe es que dicha rendición de cuentas por parte del JGM no estuvo vinculada a una política de Estado ni a un estilo de gobierno del presidente, sino a una decisión unilateral del funcionario titular de este cargo.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

En este sentido, a pesar de que con 169 días Nicolás Posse es, hasta el momento, el funcionario que menos tiempo duró en el cargo, su reemplazo por Guillermo Francos parece estar abriendo la posibilidad de que, representando a un gobierno con un contingente legislativo exiguo, recupere alguna de las funciones como nexo con las fuerzas políticas de oposición en el Congreso. Así se demostró en las puntuales votaciones parlamentarias en el presente año 2024.

Sin embargo, muchos de los que lo precedieron se convirtieron en un insumo más a disposición del presidente. Además de voceros, se transformaron en asistentes personales del presidente de turno, por lo que la pintoresca figura del “mayordomo del nuevo virrey” tomó forma. Y la mayoría tuvo nula injerencia en el Congreso. Así, la prueba más evidente se dio en 2001 cuando, en medio de la más honda crisis política desde 1983, el mencionado Christian Colombo no actuó como el “fusible” protector de la Rúa ni tampoco la tenaz oposición buscó ocupar el sitio con figuras propias. Lógicamente, a las fuerzas que por acción u omisión socavaron la credibilidad del gobierno poco les importaba asumir un cargo administrativo que los dejara ligados a dicha gestión. Y, además, las particulares situaciones que se dieron abortaron cualquier intento pergeñado de que el PEN le delegara facultades al JGM para que algún líder opositor asumiera, ya que el entonces presidente no pretendía debilitarse aun más cediendo prerrogativas; así, la ausencia por renuncia anticipada del vicepresidente dejó el camino allanado a la presidencia a partir del mecanismo constitucional de acefalía.

En línea con estos hechos, tampoco fue planteada la moción de censura para remover al JGM como responsable político ante el Congreso, tal como figura en nuestra Carta Magna, ya que nadie pretendía gastar capital político -considerando las mayorías requeridas de difícil acceso- sólo para reemplazar a un funcionario a quien la ciudadanía no veía como responsable, en la medida que está visto que no define las políticas públicas.

Como respuesta a este proceso de crisis, a partir de la “normalización institucional” en 2003 fue predominando una ten-

A treinta años de la reforma constitucional

dencia a la centralización política y operativa del gobierno en la figura presidencial. Desde el PEN se promovió un proceso de decisiones altamente insular, signado por la toma de decisiones cerrada en un pequeño grupo de colaboradores demasiado afín al presidente, y la vinculación bilateral desde la presidencia con cada miembro del gabinete desdeñando las reuniones de trabajo conjuntas. Incluso, la selección de miembros tuvo más de condicionamiento político partidario que de experiencia profesional, lo que disminuyó inevitablemente la calidad de la gestión. Esta centralización operativa se complementó con la pérdida de independencia técnica de algunas instituciones, como el INDEC, los órganos de fiscalización y control del Estado, y la concesión de superpoderes presupuestarios, muchos de ellos de naturaleza discrecional. A ello cabe agregar, que la relación con los otros poderes del Estado estuvo signada por un alto nivel de confrontación pública.

Todo ello derivó en una deformación del sistema presidencialista por la excesiva concentración de poder en el Poder Ejecutivo, en lo que algunos analistas dieron en llamar “hiperpresidencialismo”. Este fenómeno que también -y desgraciadamente- afectó a muchos países latinoamericanos, no invalida la plena efectividad del texto constitucional y la celebración de elecciones, pero van minando la funcionalidad republicana porque la tendencia a la personalización excesiva del poder termina inevitablemente derivando en la cooptación del Congreso y de la Justicia. El resultado fue que el presidencialismo ha devenido en cesarismo, la autoridad se ha transformado en autoritarismo y la centralización se transformó en una concentración total del poder (VANOSI, 2011).

Hay especialistas que entienden que la distorsión sistémica comenzó con las interpretaciones concesivas de los tribunales judiciales. Fundamentalmente con los precedentes “Cullen” (“Joaquín M. Cullen c. Llenera Baldomero”, 1983), por medio del cual el Poder Judicial se declaró prescindente para examinar la declaración del estado de sitio.

Pero sobre todo a partir de “Delfino” (“Delfino y Cía.”, 1927) -complementados por los casos “Prattico” (1960) y “Cocchia”

(1993)- donde se abrió la puerta a la delegación de facultades legislativas al presidente mediante la validez constitucional de las facultades reglamentarias del Ejecutivo con la única condición de que no violenten el bloque de legalidad. Todo ello fue complementado con el célebre fallo “Peralta”, donde la Corte Suprema reconoció la constitucionalidad de los DNU al analizar el Decreto 36/90 que le permitió al Estado apropiarse de depósitos bancarios en certificados a plazo fijo, y transformarlos en bonos del Estado a pagar a diez años (SAGÜÉS, 2007).

De esta forma, el avance del Poder Ejecutivo sobre potestades legislativas fue convalidado como una “vía de hecho” por la Justicia, ya que la Constitución de 1853 estableció la nulidad absoluta de las disposiciones presidenciales de carácter legislativo.

Esta consolidación jurisprudencial le dio una pátina de legalidad a los más de 400 DNU que se sucedieron desde la sanción de la Norma fundamental hasta la habilitación expresa en el nuevo texto constitucional. Igual que el JGM, la figura del DNU también es hija de la reforma de 1994.

Posiblemente por la indeterminación que lleva el texto para determinar requisitos, organismos de control y sanciones ante abusos, se convirtió una vía excepcional en una contraindicada regla. Tal como sostiene nuestra Carta Magna, se prohíbe en forma general que el PEN emita “disposiciones de carácter legislativo” pero ante “circunstancias excepcionales”; esto es, que no se pueda seguir el trámite ordinario de las leyes y, por razones de necesidad y urgencia, se ordena que el JGM someta personalmente la medida ante la Comisión Bicameral del Congreso, cuya conformación está dentro del cúmulo de indeterminaciones constitucionales.

Hasta el año 2006 que se dictó la Ley 26.122 de creación de la “Comisión Bicameral Permanente de Trámite Legislativo”, los gobiernos que se sucedieron dictaron DNU sin ningún tipo de contralor. No obstante, la norma tuvo un carácter laxo y permisivo de control parlamentario, porque prescribe que los DNU tienen vigencia pese a no recibir ratificación parla-

A treinta años de la reforma constitucional

mentaria hasta que no sean rechazados por ambas Cámaras legislativas. Además, su conformación no está diseñada con la lógica de un organismo “contramayoritario” ya que no está compuesto por la misma cantidad de miembros de todos los partidos con representación en ambas Cámaras.

Ahora bien, una vez conformada dicha Comisión se inició un proceso de revisión de la constitucionalidad que concluyó que, de los 513 DNU dictados, sólo 300 eran válidos y sobre el resto no se expidió (MOLINARI, 2019). En un informe elaborado en 2023 por el Observatorio de Decretos sujetos a Control Legislativo (ODCL) de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral (Santiago CASTRO VIDELA, 2023) se consigna que, entre 1994 y 2023, se dictaron 880 DNU, a razón de 30 por año. Incluso, en sus primeros 100 días de gobierno, el presidente Javier Milei dictó 15 DNU más. En el top 3 de presidentes que más DNU dictaron se encuentran: Néstor Kirchner, con 237 DNU -a razón de 4,38 por cada mes de mandato-; seguido por Alberto Fernández, con 179; y Eduardo Duhalde, con 152. Paradójicamente, el que menos dictó fue Adolfo Rodríguez Saá quien, con solo 6, igual llegó a emitir casi uno por cada día de gestión.

Por otro lado, a pesar de que Cristina Kirchner tiene el promedio mensual más bajo, durante sus dos mandatos presidenciales contó con mayoría en ambas Cámaras en el Congreso, lo que no le impidió dictar el doble de DNU que su sucesor. Esto se refuerza con el hecho de que, además, fue la autora del proyecto de la citada ley, lo que llevó a la consecuencia deseada de que no le fuera rechazado ninguno de ellos, inclusive los relacionados a la emisión de deuda y la libre disposición de cifras obscenas de recaudación que superaban la estimación presupuestaria. Recién en 2020, la Cámara de Senadores reprobó los decretos 256/2015, 102/2017 y 1053/2018, todos efectuados durante el mandato de Mauricio Macri (GALARZA, 2024), y en lo que va del presente año 2024 rechazó el Decreto 70/23 de desregulación de la economía. Por su parte, la Cámara de Diputados rechazó el Decreto 656/2024 de fondos reservados para la SIDE, el que según algunas proyecciones, se erigiría en el

primero de su especie en ser rechazado por ambas Cámaras legislativas.

La vulneración del rasgo de excepcionalidad que la reforma de 1994 buscó introducir en los DNU también queda expuesta con otro dato contundente: desde la vigencia de la Ley 26.122, y hasta el 10 de diciembre del año 2023, el Congreso sancionó un total de 1603 leyes. Comparativamente, es poco más de cuatro veces el total de DNU o, lo que es lo mismo, el 25 % de la legislación comprendida en los últimos 18 años tiene como fuente normativa un DNU. Con la particularidad de que dentro de ese plexo normativo de leyes existe una serie de contenidos menores relacionados a adhesiones, homenajes y declaraciones de escasa trascendencia práctica. En efecto, el presidente en ejercicio pasó de ser mero “colegislador” a tener una función plenamente activa en la sanción de normas.

Además de las herramientas otorgadas a partir de la reforma de 1994 como el dictado de DNU -a las que cabe agregar la delegación legislativa y el veto parcial-, Carlos NINO sugiere también que hubo determinadas circunstancias fácticas que coadyuvaron para acrecentar el poder del Ejecutivo, como el surgimiento de empresas poderosas del Estado y el crecimiento de la Administración Central, favoreciendo así la posibilidad de hacer numerosas designaciones discrecionalmente. Para dimensionar esta circunstancia, un informe elaborado por el Centro de Estudios Económicos Argentina XXI entre 2007 y 2021, indica que se sumaron más de 900.000 trabajadores al sector público asalariado registrado. (*Tamaño del Estado: en medio de una escalera ascendente*, 2022) Según Marcelo Capello -vicepresidente del Instituto de Estudios sobre la Realidad Argentina y Latinoamericana (IERAI) de la Fundación Mediterránea-, el promedio de empleados públicos sobre el total de ocupados en la Argentina tiene un valor similar al de los países de la OCDE, pero sin la calidad de los servicios de esas naciones. Y destaca que son aun más inquietantes los registros en las provincias donde en los últimos 20 años el empleo público provincial subió cerca de un 70 %, cuando la población lo hizo en un 25 %, dando

cuenta de que el empleo estatal casi triplica el aumento de la población (URIEN, 2024).

En esencia, se modificó proverbialmente la estructura originaria del poder afectando el funcionamiento del Estado de Derecho. La extracción de funciones que ejecutó el gobierno federal al Congreso -como a las provincias- también tuvo su correlato frente al Poder Judicial. La doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y la dependencia real por parte de la Administración de Justicia hacia el Poder político, ha determinado que los jueces no hayan constituido un obstáculo real en el juego de fuerzas institucionales. Como señala Carlos NINO, la concentración de expectativas en una sola persona conduce a que las instituciones padezcan todas las debilidades que las puedan afectar, lo que puede llevar al presidente a intentar satisfacer esas expectativas por medios extraconstitucionales. La declinación de ambos poderes frente al Ejecutivo, debilitó el mecanismo de “*checks and balances*” implantado por ALBERDI en estas tierras. Así como la Ley de Hubble nos enseña sobre la aceleración de la expansión cósmica que deforma el universo al estirarlo, de la misma manera se ha ido deformando nuestra República por la expansión acelerada de uno de los poderes sobre los otros.

No puede perderse de vista que hay una responsabilidad social, debido a que inevitablemente todo sistema político refleja también los valores y la cultura de los individuos que representa. A pesar de contar con una Constitución modélica desde 1853, la sociedad argentina tiene importantes dosis de paternalismo en sangre que aún no le permiten ser una sociedad auténticamente republicana. Todavía añora la figura paternal del “líder” o “caudillo” que resuelva los insondables problemas de desarrollo que nos aquejan, acusando a los intentos de efectuar limitaciones formales al ejercicio del poder como meras discusiones académicas. Incluso el “populismo”, que se propagó tan rápido como un virus en estas latitudes iberoamericanas, desdeña el formato de democracia representativa por una apelación demagógica a los líderes mesiánicos, aun incorporando grotescas vías de reelecciones presidencia-

les indefinidas unidas a las prácticas clientelares que se remontan desde antaño, haciendo fracasar también el sistema de partidos políticos que en la mentada Reforma adquirió -juiciosamente- estatus constitucional.

IV.- Conclusión: volver a las Bases

De todo lo dicho, es plausible extraer algunas conclusiones que pueden servir de colofón con una mirada tanto hacia el pasado como hacia el futuro.

Muy lejos de la pretensión de aquellos reformistas que trabajaron en los albores de la nueva etapa democrática, el papel desempeñado por el JGM ha resultado “inoficioso” para poder atenuar el presidencialismo con vocación temporal que diseñó originalmente ALBERDI. En términos formales, este funcionario estribó en una “figura gerencial” que no logró limitar y descentralizar las funciones del presidente, sino que sólo se limitó a cambiar algunas cuestiones operativas al aliviarlo de otras tareas (MIDÓN, 2018).

Por su parte, tampoco se definió un JGM comprometido con las actividades parlamentarias ni de alto perfil político y diferenciado del que asume el presidente (GELLI, 2008). Basta con repasar el informe elaborado por el CIPPEC para colegir que poco sirvió para alcanzar un mayor diálogo con el Congreso e interactuar colaborativamente en las sucesivas rendiciones de cuentas, sin perjuicio de los bajos índices promedio de asistencia. Menos aun de ser aquella pretendida “válvula de escape” que pudiera canalizar una crisis presidencial como se evidenció en las traumáticas jornadas institucionales de 2001.

En efecto, si bien es cierto que la reforma de 1994 efectivamente modernizó una parte de la Constitución, terminó incorporando al nuevo texto prácticas ejecutivas propias del voluntarismo presidencial, como los DNU, la delegación legislativa y la promulgación parcial de las leyes, (Risso, 2019) tan equidistante del modelo alberdiano como del coqueteado régimen parlamentario.

A treinta años de la reforma constitucional

En este punto, considero imprescindible permitirme una pequeña digresión. Ningún régimen *per se* garantiza calidad y/o eficiencia en la gestión de gobierno. ALBERDI percibió con astucia que ese endriago que era el “desierto” -vocablo sintético de anarquía institucional, dispersión territorial del país, incultura y pobreza estructural- sólo podía ser domado con un Poder Ejecutivo fuerte, dotado de las herramientas necesarias para encabezar el desarrollo nacional, pero con el suficiente valladar constitucional para que tenga la cuota de poder justa sin transformarse en arbitrario o discrecional. Los resultados mostraron, en las primeras décadas constitucionales, el acierto del régimen elegido y, aunque se intentó importar un producto ajeno a éste como podía llegar a ser la híbrida figura del JGM, la deformación del sistema se produjo más por excesos de la función ejecutiva que por la tendencia hacia el parlamentarismo.

Así, el verdadero desafío que presentan nuestras instituciones es superar los malos hábitos en el ejercicio de las funciones públicas. Ha sido el abuso en ese ejercicio lo que se debe corregir enfrentándolos desde la voluntad política, sin necesidad de cambiar de sistema. Las reformas deben tratar más de morigerar el régimen presidencialista que de adoptar fórmulas de discutible viabilidad ajenas a nuestra idiosincrasia institucional. Basta comparar el funcionamiento del parlamentarismo en países tan dispares como Italia o Dinamarca para verificar culturalmente dónde ha funcionado con mayor acierto.

No obstante y, dado que estamos haciendo un análisis sobre el camino recorrido desde la última reforma, es indistinto la mayor o menor aquiescencia que tenga el JGM en la medida que ya existe su consagración constitucional. En todo caso, habrá que trabajar para que sea una figura útil que logre una mayor eficacia en el desarrollo de su rol, sin que dependa tanto de las características personales del funcionario de turno. Para ello, habrá que jerarquizar el papel del JGM en cuanto al ejercicio pleno de sus facultades constitucionales.

Como hemos visto, el JGM cuenta con instrumentos institucionales fundamentales para llevar a cabo estas funciones.

Incluso, ha ido absorbiendo diversas competencias y, actualmente, cuenta con 2 vicejefaturas, 6 secretarías y 16 subsecretarías con diferentes competencias como la coordinación interministerial, evaluación presupuestaria así como relaciones con las provincias, los municipios y las áreas de turismo, ambiente y deporte, además de direcciones permanentes y algunos organismos descentralizados bajo su órbita.

Por otra parte, es importante aclarar que se ha recuperado la saludable costumbre de celebrar reuniones de gabinete. A pesar de que ello no necesariamente garantiza mayor coordinación de políticas, sí da señales sobre la coherencia y unidad de visión del gobierno y, en este marco, las mismas podrían ser convocadas o encabezadas de manera más habitual por el JGM. Tal como se ha explicitado, la particular experiencia político institucional reciente en la que el PEN es de titularidad de una suerte de *outsider* sin antecedentes de gestión pública ni estructura partidaria relevante -ni siquiera a nivel local en algún distrito puntual, lo que redundaba en una apoyatura parlamentaria escasa-, ha vuelto a jerarquizar en algunos tramos de la gestión el rol del JGM. El actual funcionario (2024) se caracteriza por un estilo aperturista de diálogo -abriendo en su agenda encuentros con gobernadores de la oposición, líderes sindicales y empresarios-, al tiempo que ha convocado reuniones con sus propios ministros para tratar espinosos temas que cruzan la administración de extremo a extremo.

Empero, conviene reparar en que también debe utilizarse con mejor criterio el proceso de rendición de cuentas ante el Congreso, lo que también sirve para que el presidente reafirme sus principales compromisos gubernamentales, en la medida en que no existe sistema alguno de evaluación objetiva de políticas públicas profesionales como se han desarrollado en otros países de la región. En esta inteligencia, hasta sería plausible analizar para futuras reformas la posibilidad de que el JGM pudiera ser nombrado y destituido con acuerdo del Senado, como sucede con el Secretario de Estado norteamericano, a fin de aumentar los vínculos consensuales con el Parlamento.

Allí puede residir una de las herramientas para restituir parte del equilibrio perdido.

La exorbitancia -como diría algún administrativista- de un Poder sobre otro degenera el sistema en la práctica, convirtiendo en letra muerta la balanza diseñada en el texto constitucional. Como aconsejaba el sagaz jurista tucumano en las *Bases*, para hacer agradable al país el ejercicio del gobierno se recomienda “Gobernar poco, intervenir lo menos, dejar hacer lo más, no hacer sentir la autoridad, es el mejor medio de hacerla estimable” (ALBERDI, 2017). Y no debe olvidarse, parafraseando al maestro Dr. DALLA VIA, que “los desafíos del constitucionalismo siguen siendo los mismos: cómo controlar el poder en defensa de los derechos sagrados y las libertades de los ciudadanos” (DALLA VIA, 2014) -

Bibliografía

ALBERDI, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Biblioteca del Congreso de la Nación.

BARRA, R. C. (1995). *El jefe de gabinete en la Constitución Nacional*, Abeledo-Perrot.

DALLA VIA, A. R. (2014). “Ensayo sobre la situación actual del hiperpresidencialismo”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, pág. 162.

“Delfino y Cía.”, 148:430 (CSJN 20 de junio de 1927).

Diario de Sesiones, C. C. (s.f.). En I. ROSAZ, “A una década de la reforma constitucional 1994-2004”.

GELLI, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 4ª ed. ampliada y actualizada, t. 2, La Ley.

GRONDONA, M. (2011). *El desarrollo político. La asignatura pendiente de los argentinos*, Sudamericana.

“Joaquín M. Cullen c. Llenera Baldomero”, 53:420. CSJN 7 de septiembre de 1983.

LUDER, Í. A. (1977). *El proceso argentino*, Corregidor.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

MARTÍNEZ, P. R. (1995). “El poder ejecutivo y jefe de gabinete y demás ministros”, en *La reforma constitucional interpretada*, pág. 437, Depalma.

MIDÓN, M. A. (2018). *Manual de Derecho Constitucional Argentino*, Editorial Buenos Aires.

MOLINARI, F. J. (2019). “Como dejar atrás el hiperpresidencialismo argentino y avanzar hacia la República Verdadera”. Trabajo final de grado, Universidad Nacional de Río Negro.

AQUILINO, Natalia J. R. (noviembre de 2020). CIPPEC. Obtenido de <https://www.cippec.org/wp-content/uploads/2020/12/225-DPP-MYE-La-Jefatura-de-Gabinete-de-Ministros-Aquilino-Rubio-Scolari-....pdf>.

NINO, C. (1990). “El Presidencialismo y la justificación, estabilidad y eficiencia de la democracia. Propuesta y control”, pág. 53.

Sesión Ordinaria del Senado de la Nación, C. N.-3. (1 de agosto de 1994). Obtenido de <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/descargarDiario/23>.

RISSO, G. (4 de agosto de 2019). Infobae. Obtenido de c4dw). (R. Recalt, Entrevistador).

SAGÜÉS, P. N. (2007). *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea.

CASTRO VIDELA, Santiago L. E. (diciembre de 2023). Observatorio de Decretos sujetos a Control

Legislativo y profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Obtenido de <https://www.austral.edu.ar/wp-content/uploads/2024/03/DNU-Informe-profesores-UA>

Balance-y-comparativos-desde-la-Reforma-del-94-hasta-diciembre-de
2023.pdf?x77905&x77905.

STOLBIZER, M. (25 de agosto de 2014). Partido Gen. Obtenido de <https://www.genbuenosaires.org.ar/atenuar-el-presidencialismo-el-rol-del-jefe-de-gabinete/>

Tamaño del Estado: en medio de una escalera ascendente, c. c. (10 de Julio de 2022). Infobae. Obtenido de <https://www.infobae.com/economia/2022/07/10/tamano-del-estado-en-medio-de-una-escalera-ascendente-cuanto-crecio-el-empleo-publico-en-los-ultimos-anos/>

A treinta años de la reforma constitucional

URIEN, Paula (9 de marzo de 2024). Diario La Nación. Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/economia/comercio-exterior/en-dos-decadas-la-suba-del-empleo-estatal-casi-triplica-el-aumento-de-la-poblacion-complica-las-nid09032024/>

VALENZUELA, A. (s.f.). "Presidencias Latinoamericanas interrumpidas". Revista "América Latina Hoy".

VANOSI, J. R. (2011). "¿Presidencialismo o parlamentarismo? Un circunloquio para distraer la atención". Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

30 años de la reforma constitucional de 1994: su impacto en materia procesal

Manuel SARAGUSTI

A-1)

La Argentina tiene 24 provincias y por ende iguales códigos procesales (también en Nación, el CPCCN -ley 17.454 de 1968-). Conviven sistemas orales o escritos o mixtos. De acuerdo a dicha ley (y sus posteriores reformas), las provincias dictaron, en líneas generales, idénticas legislaciones. En términos históricos, la ley se dictó teniendo en cuenta la Ley de Enjuiciamiento Española, donde el juez era la palabra de la ley; a contrario de lo que sucedía en Estados Unidos donde tenía el poder de interpretación y sus decisiones sentaban precedente. Mientras que el art. 31 de la Constitución Nacional sienta el principio de supremacía constitucional siguiendo al modelo norteamericano (juicios por jurados de la CN; ley 27 de organización judicial, ley 48 cuestiones federales y la jurisdicción federal de la ley 50), en materia procesal se sigue al modelo europeo. En el mensaje de elevación de aquella ley, se sostenía que había que mantener el sistema escrito.

En aquella época, en Argentina la Constitución estaba entre el modelo liberal y el social (transitorio de la Constitución de 1949); en materia procesal, se empezó a hablar del juez como director del proceso; incluso en materia de prueba (art. 36 inc. 1).

La reforma constitucional de 1994 incorporó Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Así, entre otras, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) impone el reconocimiento del deber del Estado nacional de respetar el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial (art. 8°). Además, con la aprobación del Código Civil y Comercial -en 2015- se han producido

algunos cambios de paradigma en materia de justicia que exigen revisar la legislación procesal para darle consistencia a los derechos allí reconocidos.

Sin embargo, las reformas procesales posteriores cayeron en el error (histórico) de confundir aquellos modelos.

En Nación existen varios (al día de hoy) proyectos de reformas relativos a la eficiencia judicial y a la confianza social de los resultados de los litigios. Por ejemplo, en el '90 se pensó en alternativas para resolver conflictos, la especialización de los fueros, la oficina unificada para la gestión judicial y la integración de la CSJN (que tuvo 9 integrantes).

En el año 2000, Argentina fue condenada varias veces por la CIDH por no tener una Justicia pronta y expedita; eficiente y responsable; y además por los modelos deficientes de los procedimientos (Caso "Cantos", Caso "Furlan", entre otros) o por la postergación de garantías (Caso "Fornerón, Mohamed", entre tantos más).

Desde 1994, el CPCCN tuvo las siguientes reformas parciales:

Ley 24.573 Mediación y Conciliación (modificó arts. 359 y 360; incorporó arts. 360 bis y 360 ter, modificó arts. 361, 362, 365 y 367) (1995) (en el mensaje de elevación se dijo: "significó, además de una apreciable descarga de causas judiciales, una apuesta a la autocomposición del conflicto, con el consiguiente ahorro de tiempo, dinero y esfuerzos por parte de los involucrados").

Ley 25.488 Modificación CPCC (incorporó arts. 38 bis y ter, 680 ter, 684 bis; sustituyó arts. 5, 6, 12, 14, 34, 35, 36, 38, 45, 79, 80, 81, 83, 84, 96, 118, 125, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 148, 149, 150, 166, 167, 310, 319, 321, 322, 324, 326, 328, 333, 334, 336, 343, 346, 356, 359, 360, 365, 367, 380, 398, 404, 415, 431, 459, 460, 465, 481, 482, 484, 498; y derogó arts. 125 bis, 126, 320, 368, 368, 399, 416, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496 y 497) (2001) (en la discusión parlamentaria el senador Ricardo Branda, en su dictamen, indicó que la reforma "...provee al proceso judicial normas que tiendan a facilitar, simplificar

A treinta años de la reforma constitucional

y agilizar ciertos aspectos del procedimiento, con miras a lograr, asimismo una razonable unidad en el espíritu del ordenamiento vigente...”).

Ley 25.624 se modificó el art. 46

Ley 26.061 Ley de Protección Integral de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (modificó arts. 234 y 236) (2005)

Ley 26.536 se modificó el art. 242

Ley 26.589 Mediación y Conciliación (sustituyó arts. 34, 77, 207, 360, 500 y 644) (2010)

Ley 26.790 Modificación CPCC (incorporó art. 257 bis y 257 ter Per Saltum)

Ley 27.500 Modificación CPCC (sustituyó arts. 277 a 301 Inaplicabilidad de Ley)

A-2)

Desde dicho año, las Provincias modificaron y/o dictaron Códigos Procesales Civiles y Comerciales:

CABA Ley 2145 (2006)

Chubut Ley XIII- 5 (2010)

Córdoba Ley 8965 (1996)

Entre Ríos Ley 9419 (2002)

Jujuy Ley 6263 (2022)

La Pampa Ley 3103 (2008) o Ley 1828 (1999)?

La Rioja Ley 5180 (1997)

Mendoza 9001 (2017)

Misiones Ley XII - N 6 (2010)

Neuquén Ley 2405 (1998)

Santa Cruz Ley 3470 (2015)

Santiago del Estero Ley 6528 (2001)

Tucumán Ley 9227 (2020)

Chaco Ley 2559 (2016)

Catamarca Ley 2339 (2008)

Formosa Ley 1445 (2002)

Río Negro Ley 4142 P (2007)

San Juan Ley 988 (2015)

Tierra del Fuego Ley 147 (1994)

A-3)

Los encomiables esfuerzos de transformación alentados desde la doctrina y auspiciados reiteradamente en los congresos nacionales de Derecho Procesal, nunca terminaron de germinar. No lograron instalar con solidez, salvo algunas excepciones en las provincias, una voluntad política de cambio que fuera acompañada por todos los operadores, jueces y abogados, y que conmoviera a los poderes políticos responsables. En ese cuadro, el desajuste del modelo procesal incide en la ineficacia general del sistema de Justicia.

La reforma constitucional ha cambiado el sistema procesal vigente; entonces, quedará por legislar respecto a:

*1. Transformaciones en el sistema de Justicia: constitucionalización de nuevos derechos y garantías

* 2. Las concepciones sistemáticas del servicio jurisdiccional y la importancia de los modelos de gestión

* 3. La irrupción de los medios alternativos de solución de conflictos

Habrà de tener en cuenta (ver letra A-4) lo normado tanto para las provincias argentinas como lo reglado en numerosos países de Iberoamérica (nuevo CGP colombiano de 2012, reformas al CGP uruguayo de 2013 y proyecto de CPC para Brasil), ya que ello permite sostener que el eje de las transformaciones del proceso civil pasa por un núcleo “duro” de instituciones, técnicas y procedimientos, que son:

1. Los nuevos principios estructurales: proceso por audiencias ante jueces monocráticos y revisión de alzada

1.1. la estructuración del proceso por audiencias (preliminar y vista de causa);

1.2. la conformación monocrática y unipersonal del órgano de primer grado, con una instancia de revisión plena ante un tribunal colegiado;

1.3. los siempre acrecentados poderes judiciales para la ordenación y comando del trámite y, también, para la instrucción probatoria de la causa, con los matices propios de las diversas materias litigiosas.

A treinta años de la reforma constitucional

2. Ajustes, rediseño e incorporación de nuevas instituciones, técnicas y procedimientos
 - 2.1. Tutelas procesales diferenciadas
 - 2.2. Instrucción preliminar (procedimientos de *pre-action*)
 - 2.3. Poderes de dirección y ordenación de las causas. Gestión y nuevas tecnologías
 - 2.4. Medidas anticipatorias, satisfactivas y de urgencia, en general
 - 2.5. Tipos procesales sumarios, de cognición plena y trámite simplificado
 - 2.6. Procesos colectivos
 - 2.7. Procesos repetitivos
 - 2.8. Cumplimiento y ejecución de las sentencias
 - 2.9. Procesos de estructura monitoria

A-4)

En 2017 el Ministerio de Justicia de Nación presentó las Bases para la Reforma Procesal Civil y Comercial, que serviría para un Anteproyecto Nacional; allí se expuso la necesidad de que el Código Procesal tenga un capítulo sobre principios:

*Tutela judicial efectiva y debido proceso: se trata de un principio procesal con fuerte respaldo constitucional y convencional. Constituyen sus principales manifestaciones: el acceso irrestricto de los justiciables a jueces independientes e imparciales; el aseguramiento de un debido contradictorio; la igualdad procesal efectiva y no meramente formal; la duración razonable del proceso; la protección ante situaciones de urgencia que requieran tutelas especiales; y la debida y pronta ejecución de las resoluciones judiciales.

*Economía, celeridad y concentración procesal: las regulaciones deben propender a la obtención de la mayor economía de tiempo, de esfuerzos y de gastos. La “economía de tiempo” identifica el principio con la celeridad y la razonable duración del proceso consagrado en la CADH. La “concentración procesal” alude a la conveniencia de que la actividad procesal no se disperse, porque ello dificulta que el tribunal obtenga una visión de conjunto de lo ocurrido y atenta contra la duración

razonable del proceso. Por ello, resulta necesario que la actividad procesal se concrete en el menor número de secuencias posibles y se materialice sin intervalos de tiempo dilatados entre los actos.

*Instrumentalidad y adaptabilidad de las formas procesales: al interpretar una norma procesal o ante un vacío legal, el juez deberá tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. En caso de duda, se deberá recurrir a las normas constitucionales y a los Tratados incorporados a la Constitución Nacional. La instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales. En tal sentido, se concibe al proceso civil como un marco necesario e indispensable para la prestación del servicio de Justicia. Dicha finalidad primordial explica y justifica que, en aras de la preservación y defensa del derecho de fondo comprometido, puede darse válidamente un sacrificio de la observancia estricta de la normativa procesal, cuando ello no genere indefensión. La adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad en la aplicación de las normas procesales. Las partes tienen derecho a acordar y someter a consideración del juez propuestas relativas al trámite del proceso.

B-1)

Respecto al Código Civil y Comercial (ver letra A-1), específicamente referido a la tutela judicial efectiva y al debido proceso (ver letra A-4), Ramiro ROSALES CUELLO sostiene que numerosos derechos y garantías que forman parte del bloque de constitucionalidad federal suelen precisar de una regulación legal complementaria y específica. Ello se debe a que su más efectivo y pleno goce por parte del ciudadano hace necesario que el legislador interprete el contenido de las directrices, los principios y los valores que subyacen en esas normas fundamentales y los traduzca en reglas determinativas de prerrogativas concretas y específicas. Se trata de derechos y garantías reconocidos que, más allá de ser plenamente operativas y directamente exigibles, pueden ser acompañados de

una regulación infraconstitucional que les asigna contenido preciso y determinado, asegurando su máxima eficacia en el ámbito del proceso.

La tutela judicial efectiva es un derecho humano fundamental de naturaleza constitucional y supranacional. Importa el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con garantías mínimas. Su contenido es, por cierto, amplio, desplegando sus efectos en tres momentos: el acceso a la Justicia, el desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia.

Entre muchos otros, se incluye el derecho a ocurrir ante los tribunales y obtener una sentencia útil, acceder a una instancia judicial ordinaria para lograr el control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa, acceder a un juez natural e imparcial, a la eliminación de trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la Jurisdicción, a petitionar y obtener tutelas cautelares, al aseguramiento del derecho a ser oído y ofrecer y producir prueba antes de la sentencia, a una decisión fundada, al recurso, a la ejecución oportuna de la sentencia, al desarrollo de un proceso en un plazo razonable, a contar con asistencia letrada, etcétera.

Y en este contexto, el debido proceso legal aparece también como una garantía constitucional intrínsecamente vinculada al derecho a una tutela judicial efectiva. Sabemos que el proceso es el medio o el instrumento del cual se vale el Estado para cumplir la función jurisdiccional que se le ha asignado y de la cual se valen los habitantes para alcanzar el derecho a la tutela. Se cumple con el deber del Estado de satisfacer el derecho a la tutela, y sólo será debido si en aquel proceso sean resguardados los principios o reglas constitucionales que le son propios: el adecuado aseguramiento del contradictorio, la bilateralidad, la igualdad de las partes, el derecho a ser oído, el derecho a producir prueba, el derecho a una sentencia motivada y congruente con las peticiones formuladas y probadas por las partes, y aquellas garantías que son propias de los

grupos más vulnerables (niños y adolescentes, internados por razones de salud mental, discapacitados).

El hecho que conformen derechos y garantías que despliegan sus más importantes efectos en el ámbito procesal ha llevado a cierto sector de la doctrina a afirmar que este tipo de derechos fundamentales debe ser regulado por los Estados locales, habida cuenta de que la regulación del proceso es una facultad legislativa no delegada. ROSALES CUELLO cree que, por el contrario, configuran derechos y garantías integrantes del bloque constitucional federal, sin perjuicio de una competencia legislativa provincial de tipo concurrente que complementa, por sobre aquel piso mínimo fijado por la autoridad nacional, una mayor protección de conformidad con la realidad de cada jurisdicción local. En la actualidad se advierten numerosos derechos y garantías reconocidos en la Carta Magna federal que han dado pie a una legislación nacional base –mínima- y una normativa local complementaria y concurrente.

Ello permite no sólo asegurar una base o estándar de tutela común a todas las provincias sino también garantizar el cumplimiento de los compromisos asumidos en el plano internacional por el Estado nacional, cuya responsabilidad puede verse comprometida por su inobservancia (arts. 8º y 28, apart. 1 y 2, CADH). Esa regulación debe ser dictada por el Congreso Nacional en forma de derecho común -que incluirá muchas reglas de derecho público- aplicable a todo el territorio nacional. Y en tanto Derecho común, bien puede quedar incluida en el ámbito de un CCC.

Las principales son:

a) *La motivación de la decisión judicial*

El art. 3 del CCC regula el deber del juez de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción “mediante una decisión razonablemente fundada”.

b) *Tutela diferenciada y Justicia de acompañamiento en procesos de familia y capacidad*

1. *Procesos de familia en general*

En el art. 706 (titulado “principios generales de los procesos de familia”) se destaca el deber de respetar el principio de

A treinta años de la reforma constitucional

tutela judicial efectiva y el acceso a la Justicia, especialmente en los casos en que intervienen personas vulnerables (art. cit. inc. a).

Se completa el cuadro con: el principio de inmediatez, la buena fe y lealtad procesal, la oficiosidad en la labor jurisdiccional, la preeminencia de la oralidad, el acceso limitado al expediente, la facilitación de la resolución pacífica de conflictos, la especialización que deben tener los jueces del fuero y la posibilidad de contar con apoyo multidisciplinario y la necesidad de tener en cuenta el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, cuando ello sea pertinente (art. 706 incs. a), b) y c)).

El art. 708 limita el acceso del expediente a las partes, representantes, letrados y auxiliares designados en el proceso (reserva que debe asegurarse incluso si la causa es requerida *ad effectum videndi* por otro tribunal). El art. 709 dispone que el juez tiene el impulso procesal en los procesos de familia, pudiendo incluso ordenar medios de prueba en forma oficiosa (salvo que se trate de asuntos exclusivamente patrimoniales). Hay libertad, amplitud y flexibilidad en materia probatoria, además la carga de la prueba recae en quien en mejores condiciones está de acreditar el hecho, (art. 710). El art. 711 faculta al juez a no admitir la declaración de NNA, o de parientes que se nieguen a prestarla, por motivos fundados.

El art. 707 materializa el derecho convencional y constitucional a que las personas con capacidad restringida y los NNA puedan ser oídos en todos los procesos que los afecten, debiendo ser tenida en cuenta su opinión según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Esta norma se complementa con la del art. 716, que establece una regla general de competencia para los procesos de responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, adopción, alimentos y otros que deciden en forma principal -o modifican lo resuelto en otra jurisdicción- sobre los derechos de niñas y adolescentes, estableciendo que es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su “centro de vida”. Este criterio “general”, atributivo

de competencia en procesos de familia, se ve reflejado, en lo particular, en las disposiciones contenidas en el art. 112 (discernimiento de la tutela), art. 581 (acciones de filiación ejercidas por menores o personas con capacidad restringida), art. 612 (guarda con fines de adopción) y del art. 615 (juicio de adopción).

2. *Capacidad de las personas*

Se regula el carácter interdisciplinario de la intervención estatal -tanto terapéutica como procesal- frente a la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica (art. 31, inc. c). Se suma a ello el derecho de la persona de recibir información por medios y tecnologías adecuadas para su comprensión, así como participar en el proceso judicial con asistencia letrada, proporcionada por el Estado, si carece de medios (art. 31, incisos d y e), a la vez que será considerado parte y podrá aportar todas las pruebas que hacen a su defensa (art. 36). Se han previsto también importantes deberes de los jueces: ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona en el proceso (art. 34), y garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resoluciones de relevancia, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a su situación (art. 35).

El art. 33 prevé la legitimación activa (incluyendo al interesado, al cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado, los parientes dentro del cuarto grado y si son por afinidad dentro del segundo grado y el Ministerio Público) y se ha previsto su facultad para aportar todo tipo de pruebas (art. 36, último párr.). El art. 37 establece una lista precisa de aquellos aspectos sobre los cuales el juez tiene el deber de pronunciarse al dictar sentencia definitiva: diagnóstico y pronóstico, época en que la problemática que motiva la restricción de capacidad se manifestó, recursos personales, familiares y sociales existentes, régimen para la protección, asistencia y la promoción de la mayor autonomía, siendo necesario -además- un previo dictamen de un equipo interdisciplinario (recaudo previsto en el último párrafo del

art. 37). Debe asimismo determinar la extensión y el alcance de la restricción de la capacidad de la persona, detallando las funciones y actos que se limitan -procurando, además, que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible- y designando el sistema de apoyo o curatela que sea pertinente (art. 38).

3. Juicio de adopción

En los arts. 607 y ss. hay normas que buscan hacer efectivo el derecho de los NNA a obtener una efectiva tutela jurisdiccional y un proceso justo y debido: prerrogativas de participación mínima del menor o adolescente en el proceso de adopción, derecho a ser oído cuando ello sea posible y de acceso al expediente (v.gr., arts. 595, inc. f): el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años; art. 596: derecho del adoptado con edad y grado de madurez suficiente para acceder al expediente judicial y administrativo y conocer los datos relativos a su origen, debiendo las actuaciones contener la mayor cantidad de datos posible de la identidad del niño y de su familia de origen; art. 617, inc. a: regula el carácter de parte del pretense adoptado en el juicio de adopción, si tiene edad y grado de madurez suficiente; art. 608: regula el carácter de parte procesal del NNA si tiene edad y grado de madurez suficiente, debiendo comparecer con asistencia letrada. Los criterios de asignación de competencia que tienen como eje central la tutela de los intereses del NNA pretense adoptado (el art. 612 regula la competencia de la guarda con fines de adopción en el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad; el art. 615 establece la del juez que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretendos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida, si el traslado fue tenido en cuenta en dicha decisión).

4. Juicio de alimentos

Sólo encuentra una adecuada y efectiva tutela judicial si se acude al contradictorio más breve que establezca la ley procesal local y sea insusceptible de ser acumulado a otra preten-

sión conexas o independientes de ella (art. 543, CCC; arts. 638 a 650, CPCCN; arts. 635 a 647, CPCC BA, entre otros). En el art. 544 se regula el instituto de los alimentos provisorios y en el art. 547 se ha previsto el efecto no suspensivo (devolutivo) del recurso contra la sentencia que decreta la prestación alimentaria, excluyendo, además, la posibilidad de obligar al alimentado a afianzar o caucionar la devolución de lo recibido si la sentencia es revocada. El art. 550 faculta al juez a ordenar medidas precautorias para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos, pudiendo el obligado ofrecer en sustitución otras garantías que sean suficientes.

c) *Derecho Internacional Privado; acceso a la Justicia e igualdad de trato*

El art. 2610 del CCC regula el principio de igualdad de trato en materia de jurisdicción internacional: los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la Jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina y que ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, pueden ser impuestos en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. alcanza también a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas conforme las leyes de un Estado extranjero.

B-2)

También dentro del CCC existen otras normas procesales:

*Bienes excluidos de la garantía común de los acreedores: art. 744, modifica el art. 219 del CPCC, y agrega otros bienes exceptuados.

*Obligaciones de dar sumas de dinero: el art. 765: si se estipula dar moneda que no tenga curso legal en el país la obligación debe considerarse como de dar cantidades de cosas y el deudor podrá liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal; no obstante, el art. 766 dice que el deudor debe entregar la cantidad correspondiente en la especie designada.

A treinta años de la reforma constitucional

*Prueba, además de los arts. 711 y 1735 (función resarcitoria), se encuentran los arts. 1019 y 1020 que tratan de la prueba de los contratos, remitiéndose al CPCC respectivo.

*Honorarios judiciales, el art. 730 reitera el art. 505 *in fine* del CC.

*Consignación extrajudicial, los arts. 910 a 913 prevén la posibilidad de que el deudor de una suma de dinero opte por el trámite de consignación extrajudicial, haciendo el depósito ante un escribano de registro, a nombre y a disposición del acreedor y efectuar la suma debida con más los intereses, el que debe ser notificado a éste dentro de las 48 hs. hábiles de realizada. El acreedor notificado, dentro del quinto día hábil podrá: a) aceptar el pago y retirar la suma consignada, con gastos y honorarios del escribano a cargo del deudor; b) rechazar el procedimiento pero retirar el depósito, en cuyo caso los gastos estarán a su cargo; y c) rechazar el procedimiento y el depósito, o no expedirse; en ambos supuestos el deudor puede disponer de la suma consignada quedando expedita la vía judicial.

*Transacción, el art. 1641 la contempla como contrato para evitar el litigio como para poner fin; produce los efectos de la cosa juzgada sin necesidad de homologación judicial (art. 1642). El art. 1644 se refiere a casos que no pueden ser objeto de ella. La homologación es necesaria en acciones colectivas (art. 43, C. N.). El art. 54 de la ley 24.240 la establece expresamente.

*Daños a los derechos de incidencia colectiva, sólo los contemplan los contratos de consumo (arts. 1092 a 1122, 2654 y 2655 y dejan vigente la ley 24.240): a) el art. 1 contempla que “quedan comprendidos la adquisición de derechos en tiempos compartidos (2100), clubes de campo, cementerios privados (2111) y figuras afines”. Para las relaciones entre propietario y administrador de clubes de campo y barrios privados (art. 2073) no hay relación de consumo, pese a que se contemplan los conjuntos inmobiliarios (arts. 2073 a 2086); b) el art. 40 bis se refiere a los requisitos que debe cumplir los organismos de aplicación para fijar la indemnización a fin de reparar

los daños materiales sufridos por el consumidor y se establece que las decisiones de esos organismos están sujetas a control judicial amplio y suficiente; c) en el art. 50 se elimina la posibilidad de que por otras leyes generales o especiales se fijen plazos más amplios de prescripción que el de 3 años establecido; d) el art. 52 bis deja establecido la sanción pecuniaria disuasiva donde el juez asignará el destino.

*Cosas y actividades riesgosas, el art. 1757 da el fundamento: a) daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (debe relacionarse con los arts. 1734, 1735 y 1736); y b) el producido por actividades que sean riesgosas o peligrosas.

*Responsabilidad del Estado, de los funcionarios y empleados públicos, los arts. 1764 a 1766 constituyen un retroceso legislativo y contradicen la opinión de la doctrina moderna, ya que no se aplican a ellos, que se rigen por el Derecho Administrativo.

*Contrato arbitral, los arts. 1649 a 1665 regulan someter la decisión de una controversia a la decisión de árbitros, y el procedimiento. Debe recurrirse al juez cuando sea necesaria la fuerza pública, la ejecución de medidas cautelares y en su caso diligencias preliminares y del laudo arbitral (art. 1665). El art. 1652 dice que si nada se estipula acerca de si el arbitraje es de derecho o de amigables componedores, o si no se autoriza expresamente los árbitros se debe entender que es de derecho. No obstante, el art. 1660 puede actuar como árbitro cualquier persona con plena capacidad civil (ej. persona no abogada).

*Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva, el art. 1711 tiene por objeto prevenir el daño antes de que se produzca o disminuir los efectos del ya producido. Puede ser positiva o negativa. No es necesario que tramite en forma urgente, sin perjuicio de medidas cautelares. Es suficiente justificar la posibilidad cierta y concreta de ocasionar un daño inminente. Existe una legitimación amplia: cualquier persona con un interés razonable (art. 1712). El art. 1714 faculta al Juez para aplicar una sanción pecuniaria a quien actúa con menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva (id. art. 52 bis ley 24.240).

A treinta años de la reforma constitucional

*Acciones posesorias, el art. 2246 establece el proceso de conocimiento más abreviado (similar a los interdictos arts. 606, 619 y 613, CPCC).

*Prescripción, el art. 2553 dice que se debe oponer al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla (art. 65 CPCC no conforma). Los terceros interesados que comparecen al juicio vencidos los términos aplicables a las partes, deben hacerlo en su primera presentación.

C)

En el Congreso Nacional de Derecho Procesal 2024, a desarrollarse en noviembre de este año en Mar del Plata, se tratarán los siguientes temas en la Comisión de Derecho Procesal Civil:

1) Tutelas diferencias en la reforma de 1994 (ambiente, consumo, persona en condición de vulnerabilidad, entre otras) (ver letras A-3 y A-4).

2) Justicia supranacional y control de convencionalidad.

3) Incidencias de la reforma constitucional en las innovaciones a la justicia civil (ver letras A-1 y B-1 y B-2).

1) Se habla de Justicia de acompañamiento y de tomar acciones positivas (art. 75 inc. 23, CN). También de situaciones de atención preferente o derechos sensibles. La vulnerabilidad procesal constituye un criterio legitimador del tratamiento diferenciado entre las partes, que en realidad persigue la igualdad en concreto. Sus categorías son: vulnerabilidad económica (gratuidad); la vulnerabilidad probatoria; la vulnerabilidad etaria de menores o ancianos. Debe existir una pertinencia lógica entre la distinción realizada y la fragilidad procesal a ser mitigada o expurgada, a fin de garantizar el litigio en paridad de armas (arg. Reglas de Brasilia -recordar que el Ministerio de Justicia de Nación tiene en sus "Bases" un capítulo III -principios procesales- y uno V -estructura procesales, un proceso simplificado- referidos a este tema).

La reforma constitucional importó un cambio para el Derecho Procesal y consolidó la autonomía científica del Derecho

Procesal Constitucional. Creó el derecho al amparo, incorporación de la garantía que asegura la tutela judicial efectiva. Consecuencia de aquél fueron sus modalidades: los procesos constitucionales de protección al ambiente, al consumidor, a los datos personales (hábeas data) y la libertad personal (hábeas corpus).

Por ejemplo, en la jurisprudencia de la CSJN, en materia ambiental se habla del principio de prevención y del precautorio (fallos “Salas Dino”, “Cruz Felipa”, “Asociación Civil Protección Ambiental del Río Paraná”). Asimismo, usó las facultades del juez del art. 32 de la LGA (ley 25.675) para disponer la realización de audiencias públicas, requerir la remisión de copias de un expediente administrativo y de un expediente penal, solicitar la producción de diversos informes e, incluso, ordenar la elaboración de un estudio de impacto ambiental acumulativo.

En lo que hace concretamente a las pretensiones cautelares contra el Estado Nacional -ley 26.854-, en lo referido a lo ambiental- determinó que:

a. La providencia cautelar dictada por un juez incompetente conserva su eficacia hasta tanto el juez competente se expida acerca de su alcance y vigencia.

b. Los jueces quedan exceptuados de la obligación de solicitar el informe previo a la entidad pública demandada para que dé cuenta del interés público comprometido en el proceso, pudiendo dictar la medida inaudita parte.

c. La medida que se otorgue no estará sujeta al plazo de vigencia temporal dispuesto por la ley.

d. Se debe fijar una contracautela juratoria.

e. El recurso de apelación que se interponga contra la providencia cautelar que suspenda, total o parcialmente, los efectos de una disposición legal o un reglamento del mismo rango jerárquico, tendrá efecto devolutivo -no suspensivo-, en aquellos supuestos en los que se encuentre en juego un derecho de naturaleza ambiental.

2) Previo a referirse al control de convencionalidad, la Convención de Derechos Humanos es el Tratado internacional

que más ha penetrado en nuestro ordenamiento jurídico, y respecto del cual se han emitido diferentes pronunciamientos que involucran a nuestro país (CIDH).

En 1983, a través de la ley 23.054 el país adhirió a la CADH y sus procedimientos supranacionales. En 1994, la Constitución Nacional reformada le dio “jerarquía constitucional,” al igual que a otros Tratados, “en las condiciones de su vigencia,” lo cual remite al modo en que los organismos supranacionales los aplican e interpretan (“Giroldi”, 1995; “Arce”, 1997; “Portal de Belén”, 2002; “Espósito”, 2004; “Arancibia Clavel”, 2004; “Rodríguez Pereyra”, 2012.). La CSJN en el fallo “Giroldi” de 1995 (que se refiere a la garantía de la doble instancia en materia penal) dijo que la jurisprudencia de la CIDH debe servir de “guía para la interpretación de los preceptos de la Convención”.

Ello implica la necesidad de realizar un control de convencionalidad. Se estaría reforzando la idea de una especie de “instancia superior” de aplicación y adecuación del Derecho interno a los preceptos de la Convención, que no debe ser confundida con una “cuarta instancia” (conf. CIDH en “Fontevectchia” y CSJN en “Simón”).

Evolución jurisprudencial de la CSJN:

1. Año 1992, en el caso “Ekmekdjian c/Sofovich” dijo “que la interpretación de la CADH debe guiarse, además, por la jurisprudencia de la CIDH”.

2. Con la reforma constitucional del 94, en el año 1998, en “Acosta”, que la jurisprudencia no podrá afectar la cosa juzgada a nivel interno.

3. Año 2004, en el caso “Espósito”, sostuvo que la jurisprudencia de la CIDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de todos los deberes y obligaciones que derivan de la CADH.

4. Año 2007, en el caso “Mazzeo”, confirmó la doctrina utilizada en “Almonacid” cuando establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad, teniendo en cuenta no sólo la CADH, sino también la interpretación que la propia CIDH haya realizado.

En el caso “Videla” se apoyó en la doctrina sentada por la CIDH en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, en cuanto al deber de los órganos del Poder Judicial de ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio*.

5. En el año 2012 se dicta el fallo “Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino s daños y perjuicios”, en el que expresó la importancia que exige la correspondiente y adecuada coordinación del sistema de control de constitucionalidad con el de convencionalidad (ambos difusos), fundamentando que: “la jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado .

La construcción jurisprudencial del instituto en la CIDH:

A) Antes del “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”

Sergio García Ramírez, en “Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, fue quien utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte (párr. 27).

En el “Caso Tibi vs. Ecuador”, explicó que el Tribunal Interamericano analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los Tratados en los que funda su competencia contenciosa, resolviendo acerca de la convencionalidad de tales actos, pretendiendo “conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía” (párr. 3).

En “Caso López Álvarez vs. Honduras”, y al analizar la duración razonable del proceso penal, indicó que la CIDH, que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención -es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”-, debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso (párr. 30).

A su tiempo, en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay” (resuelto el mismo día que el “Caso Almonacid Arellano y otros

vs. Chile”), precisó que el Tribunal “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana” (párr. 6), pudiendo sólo “confrontar los hechos internos -leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (párr. 7).

“La CI no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la CA y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido (...) es corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales”.

Primeros fallos (en línea temporal): “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” y “La Cantuta vs. Perú”.

En el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, párr. 124, sostuvo: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente

el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Por su parte, en el párr. 128 en el “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, expresó que: “... los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.

La “interpretación conforme”: el caso “Rosendo Radilla Pacheco”

Instrumentada en los párrs. 338 a 340, y específicamente, en el 349. Allí sostiene que “...es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso”.

En el “Caso La Cantuta vs. Perú”, párr. 173 directamente reprodujo lo que expusiera en el párr. 124 del “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”.

En el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, amplió la plataforma de vinculatoriedad de los sujetos encargados de llevar adelante la fiscalización de coherencia convencional en el Derecho interno. Precisó que: “Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la CA, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (párr. 225).

En el “Caso Gelman vs. Uruguay”, ha expandido fuertemente las fronteras de operatividad del control de convencionalidad y entronizado la tutela de los derechos fundamentales como límite a las mayorías en el despliegue de la vida democrática. Sostuvo que “... particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los

A treinta años de la reforma constitucional

Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (párr. 239) .

En los casos “López Mendoza vs. Venezuela” y “Atala Riffo y Niñas vs. Chile” que es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en su jurisprudencia.

En los casos “Masacre de Santo Domingo vs. Colombia” y “Gelman vs. Uruguay”, puntualizó que es “obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados”, adquiriendo, así, “sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la CI y, sólo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”.

El valor de los informes de la Comisión IDH (art. 51, CADH). La jurisprudencia de la CSJN pendular

“Bramajo, Hernán, J.” (de 12 de septiembre de 1996); “Simón, Julio Héctor y otros s/Privación ilegítima de la libertad, etc. -Causa N° 17.768-” (de 14 de junio de 2005); “Acosta, Claudia B.” (de 22 de diciembre de 1998) y “Felicetti, Roberto y otros” (de 21 de diciembre de 2000).

En alguna medida, la situación se re-complejizó a partir de la óptica que el Procurador General de la Nación vertiera en su dictamen de 1 de septiembre de 2009, en la causa “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional -Ministe-

rio de Relaciones Exteriores- y Provincia del Chubut” (C. 594, XLIV), en el que se muestra refractario a conceder que posean carácter vinculante.

Existe una vinculación entre control de convencionalidad y recurso extraordinario federal, ya que lo referido a la cuestión federal puede llegar a tener una potencial responsabilidad internacional del Estado: “Méndez Valles, Fernando”; “Arancia Clavel”; “Verbitsky”; “Llerena”; “Espósito”; “Casal”; “L., L. A. s/causa 5400”; “Medina, Orlando R. y otro”.

3) La reforma constitucional trajo consigo el reconocimiento expreso de cierto tipo de derechos que resultan compartidos entre los miembros de grupos o sectores de la sociedad relacionados entre sí por razones de índole fáctica o jurídica. Así, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce, entre muchos otros, el derecho de los ciudadanos a la información (art. 12 inc. 4), a un medio ambiente sano (art. 28), a la salud (art. 36 inc. 8) y a la cultura y la educación (art. 198) y expresos derechos en cabeza de grupos o sectores con características diferenciales del resto de la población (niños, mujeres, discapacitados, personas de edad avanzada, indígenas, veteranos de guerra; art. 36) y consumidores y usuarios (art. 38).

Se marcó una línea de política judicial muy clara a través del reconocimiento expreso de legitimación procesal activa: afectado, defensor del pueblo, asociaciones intermedias y Ministerio Público (arts. 43, 86 y 120 CN.). En la Provincia de Buenos Aires los arts. 20 y 14 Const. prov.: cualquier particular afectado, y el art. 189 prevé la existencia del Ministerio Público. Demanda de los jueces un activismo tendiente a garantizar la efectiva vigencia de tales derechos, incluso ante la ausencia de reglamentación expresa sobre el punto. En tal sentido, se encuentra terminado un Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica. Se ha tenido en cuenta casos de protección de personas vulnerables (niños, mujeres, adultos mayores y personas con discapacidad). La CSJN en la causa “García” dijo que “a partir de la reforma constitucional de 1994, cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferencia-

A treinta años de la reforma constitucional

das para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos”. Así, en los procesos de familia (violencia mujeres, niños y adolescentes, personas con discapacidad) existe una tendencia creciente a la “procesalización del Derecho Constitucional” que adquiere trascendencia (técnicas procesales diferenciadas):

a) ampliación de los poderes del juez para la dirección, ordenación e instrucción de las causas, mediante el dictado oficioso de medidas cautelares o de urgencia;

b) acceso irrestricto -sin costos ni cargas económicas- a la Jurisdicción;

c) auspicio de las soluciones autocompuestas;

d) acentuación del deber de colaboración y cargas procesales dinámicas (CCC y el art. 53 de la LDC);

e) preclusión elástica de las deducciones (y, de las postulaciones), principalmente, en determinadas aéreas del Derecho (v.gr. Derecho de familia);

f) una mayor flexibilización del principio de congruencia que, pone el acento en las necesidades de resolución de los conflictos de los justiciables más que en la forma en que fuera trabada la litis;

g) técnicas de sumarización del procedimiento, en general;

h) la adopción de medidas urgentes (tutelas anticipatorias y satisfactivas y/o de urgencia, en general);

i) los mandatos preventivos e imposición de acciones positivas;

j) la ampliación de legitimaciones extraordinarias, alcances extendidos de la cosa juzgada y régimen específico de ejecución en los procesos colectivos, con marcada apertura y accesibilidad a la instancia a los fines de tutelar sujetos que poseen una mirada preferente de parte del Derecho.

Por otro lado y respecto a los consumidores, en la Provincia de Tucumán se encuentra el proceso de consumo dentro del Proyecto de Código Civil y Comercial; en CABA el Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo; y en la Provincia de Buenos Aires la ley 13.133 (Código de Consumidor).

Bibliografía

BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales”, LL 2014-A-761, Sup. Const. 18/2/14, LALEYONLINE TR LA LEY AR/DOC./4793/2013.

BERIZONCE, Roberto Omar, “Regulación procesal de las tutelas diferencias en la Constitución”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata. UNLP. Año 15/Nº 48-2018. Anual. Impresa ISSN 0075-7411-Electrónica ISSN 2591-6386.

BERMEJO, Patricia, “La competencia en materia de familia conforme el Proyecto de Reforma”, Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Civil y Comercial, Aspectos Procesales Rubinzal-Culzoni, 2013-1, ps. 157/171.

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf

http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf

<http://www.saij.gob.ar/marcos-agustin-recupero-control-convencionalidad-dacf240019-2023-07-27/123456789-0abc-defg910042fcanirtcod?&o=22&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20internacional%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=45>

GONZÁLEZ DA SILVA, Gabriel, “Inconstitucionalidad de las disposiciones procesales contenidas en el Proyecto de Código”, LL del 16/5/2013, p. 1; LL 2013-C-911.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 33.

GOZAÍNI, Osvaldo A., “La Reforma constitucional de 1994 y su impacto en materia procesal civil, comercial y procesal

constitucional”, LL 2014-E-1121 Sup. Const. 2014 (octubre), 91, Llonline TR LALEY AR/DOC/3151/2014.

PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2003-I, Proceso Administrativo - I, ps. 257 y ss.

PITTIER, Lautaro, “Control de Convencionalidad en Argentina” (Revista HDH, vol. 64, págs. 61 y sig.).

QUADRI, Gabriel H., “Prevención y reparación de daños en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2016-D, 811.

ROJAS, Jorge A., “Réquiem para el arraigo”, Revista de Derecho Procesal, Proyecto de Código Civil y Comercial, Aspectos Procesales, Rubinzal-Culzoni, 2013-1-117/126.

ROSALES CUELLO, Ramiro, “Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?”, LL del 16/9/2014, p. 1.

SAGÜÉS, María Sofía., “Concordancia procesal entre el control de convencionalidad y control de constitucionalidad. aplicación en el recurso extraordinario federal argentino” en <http://www.iberconstitucional.com.ar/wp-content/uploads/2013/09/2B-014.pdf>.

SANJUÁN, Alejandro, *Protección jurídica de los adultos mayores a partir de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores*, Erreius, Cita digital: iusdc285030a.

TANZI, Silvia Y. - PAPILLÚ, Juan M., “Amparo y salud: prestadores no incluidos en la cartilla”, Sup. LLBA, mayo 2016, nro. 4, p. 3.

VERBIC, Francisco, “Conflicto colectivo y legitimación colectiva. Una aproximación al fenómeno y a su desarrollo jurisprudencial en la Provincia de Buenos Aires”, LALEYONLINE, TR LALEY 0003/800299.

Garantía y procedimiento constitucional de juicio por jurados, y su falta de regulación a nivel nacional a más de 170 años

María Malena CABRERA

SUMARIO: I. Resumen de contenido.- II. Resultados y significaciones del trabajo.- III. Origen del juicio por jurados.- IV. Regulación constitucional del juicio por jurados en Argentina. Análisis histórico y normativo del tema.- IV. Regulación constitucional del juicio por jurados en Argentina. Análisis histórico y normativo del tema.- VI. Funcionamiento del juicio por jurados en las provincias argentinas.- VII. Relevancia estadística del instituto en su aplicación provincial.- VIII. Opiniones jurídicas actuales sobre el tema.- Bibliografía

I. Resumen de contenido

El juicio por jurados como mandato establecido en nuestra Constitución Nacional, está presente en ella desde su versión originaria de 1853. Dicha garantía constitucional y modelo procesal tendiente a acercar la Justicia a la sociedad mediante un modelo de participación ciudadana en la Administración de Justicia, ha tenido implementación únicamente en once provincias, siendo una cuestión programática en el orden federal. A diez años de la sanción de la ley de la Provincia de Buenos Aires, este artículo buscará mediante un análisis histórico y comparativo, analizar el instituto en cuestión, mostrando la vigencia del sistema, la transparencia del mismo, y la necesidad - o la falta de ella- de una regulación nacional marco de dicha temática.

Palabras claves: Juicio por jurados. Garantía constitucional. Cuestión programática.

Provincia de Buenos Aires.

Abstract

Trial by Jury, as a mandate established in our National Constitution, has been present in it since its original version

of 1853. This constitutional guarantee and procedural model aimed at bringing justice closer to society through a model of citizen participation in the administration of justice has been implemented in only eleven provinces, being a programmatic issue at the federal level. Ten years after the enactment of the law of the Province of Buenos Aires, this article will seek, through a historical and comparative analysis, to analyze the institute in question, showing the validity of the system, its transparency, and the need -or not- of a national framework regulation of this subject.

Key Work: Trial by Jury. Constitutional Guarantee. Programmatic Issue. Province of Buenos Aires.

II. Resultados y significaciones del trabajo

El presente artículo, abordará en términos históricos al instituto del juicio por jurados.

Sin intensiones de hacer un análisis meramente procesal respecto del tema entendiendo que es materia de análisis en materias más avanzadas del plan de estudios, se tomaron en cuenta para la realización de este trabajo cuestiones vinculadas a la regulación occidental de este instituto, como los países americanos lo heredaron, y en virtud de ello como Argentina lo ha receptado en su Constitución Nacional desde un comienzo sin tener a más de ciento setenta años una regulación efectiva en el marco federal.

Se consideraron posturas a favor como en contra de la regulación o no de dicha herramienta; como así también se tomó en cuenta la regulación hecha por parte de las entidades provinciales en esta materia que en el orden federal es meramente programática, si bien -como se establece al final del trabajo- hubieron y hay intentos de darle operatividad.

Se considera que el trabajo aquí presente puede -desde una óptica histórica y de análisis comparativo y estamental- permitir al lector una comprensión del instituto, creándose una opinión sobre el mismo, y analizar así también las omisiones legislativas de ciertos temas presentes en nuestra Constitución Nacional.

III. Origen del juicio por jurados

Para abocarnos al tratamiento de la temática, resulta importante partir de un concepto base que nos permita, a partir de él, derivar su análisis histórico y posterior análisis histórico-dogmático. Es así que elijo la definición del Dr. Horacio ROSATTI, quien define al juicio por jurados como “el proceso judicial por el cual un tribunal integrado total o parcialmente por vecinos del pueblo, que no son jueces, decide sobre la culpabilidad o inocencia de un acusado, habilitando la aplicación de la ley penal a los órganos estatales competentes”.

Se trata principalmente de una institución típica, propia del Derecho anglosajón que tuvo comienzo en Roma durante los procesos acusatorios, y que llegó a América a través del Derecho que aplicaban las colonias inglesas de América del Norte.

Los más remotos antecedentes de este procedimiento judicial se remontan a la época de Aristóteles, quien concebía que en Atenas debían de haber jurados electos al azar por el arcón de su tribu, los que conformarían una *dikaste* para hacer luego un juicio. Normalmente eran quinientos ciudadanos y se aplicaba fundamentalmente en casos capitales, aquellos que implicaban: pérdida de derechos civiles, la confiscación de bienes, encarcelamiento, exilio e incluso la muerte. Ello fundamentalmente porque en Grecia, los Estados tenían inestabilidad e incertidumbre en cuanto a la resolución de ciertos conflictos, lo cual era despreciado por Platón -quien recordemos fue mentor de Aristóteles- ya que éste añoraba por sobre todas las cosas el orden y estabilidad.

En un orden similar, los romanos desde los principios de la República y en la mayoría de casos civiles hasta finales del Imperio, habían contemplado la existencia de tribunales con las características de jurados, donde los jueces romanos civiles eran laicos no profesionales, y sustanciaban juicios capitales iguales a los juicios griegos. En el proceso romano durante la República, se separaba la parte administrativa de la parte judicial, en manos del gobierno estaba la organización de ins-

tancia y declaración de derecho, y en manos de los ciudadanos estaba el examen judicial y el fallo de un caso particular, introduciéndose la ciudadanía en el Derecho consuetudinario y en la jurisprudencia romana.

Igualmente la mayoría de los autores concede su aparición en la remota Francia del siglo IX, cuando Luis el Piadoso, cansado de la ineficiencia del procedimiento de la época, decidió que todos los conflictos que involucrasen los derechos de la realeza se decidieran sobre la base de una investigación conducida por oficiales que actuarían en su nombre, recolectando información, interrogando a personas creíbles de los distritos, y quienes juzgarían lo harían conforme a la costumbre de la nación y bajo juramento. Igualmente, hubo quienes desconfiaron de este sistema cuando se declaraba en contra de los intereses de la realeza.

De Francia, la idea de este procedimiento se trasladó a Inglaterra, luego de la invasión y conquista en manos de Guillermo de Normandía en 1066, dejando de tener como función principal resolver litigios dados entre la Corona y terceros, para ampliarse a mecanismos destinados a recolectar cualquier información que la Administración Pública necesitase.

La estructura del procedimiento se mantuvo, se llamaba a un grupo de doce hombres libres que bajo juramento eran enviados a recolectar determinada información que era necesaria por la Administración. Esos hombres, llamados “jurados”, juraban dar verdad y brindar los datos a quienes lo solicitasen.

Si bien esta estructura inicial no es concordante a la función que hoy se conoce a los jurados, ésta les fue dada con el reinado de Enrique II, quien mientras intentaba estandarizar y reformar el sistema de Justicia en Inglaterra para hacerlo más asequible, evaluó los mejores medios para presentar cargos criminales contra los ciudadanos, y fue así como Enrique II vio en este procedimiento una vía para empezar a resolver controversias. Fue así que el rey decidió reconocer oficialmente a los jurados como métodos de resolución oficial de disputas (serían doce hombres seleccionados de entre los cien más correctos de la sociedad, y debían actuar bajo juramento), y

A treinta años de la reforma constitucional

ordeno que los procedimientos se llevasen a cabo siempre ante jueces nombrados por el rey (jueces que no tenían rol de decidir el fondo del caso, sino únicamente la aplicación del Derecho).

Años más tarde, el mismo rey determinó que los jurados debían reportar los delitos de que tuvieran noticia, haciendo constar su decisión en un documento denominado Assize de Clarendon. Ello marca un cambio paradigmático en la época puesto que hasta ese momento, los jurados habían sido únicamente personas con información privilegiada o testigos de hecho sobre crímenes.

Ahora bien, los jurados no eran vistos en aquel entonces como una garantía de justicia o protección frente a los abusos de la Corona, porque sus integrantes eran nombrados por delegados del rey y, además, porque se dejaban influenciar por las preferencias de la comunidad. “Más que una protección frente al poder del rey, eran una extensión del poder del rey”.

Finalmente, en 1221 es incorporado a la Carta Magna el juzgamiento por los pares del acusado o las disposiciones de la ley del país como las únicas causas por las que se podía ser privado de la tierra o libertad (capítulo 39 de la versión de 1215 de la Carta Magna, que luego se volvería el 29 en la versión revisada de 1225), a nadie se le ocurrió que aquello era realmente una garantía.

En 1219, el rey Juan estableció un rasgo en el procedimiento que, con el tiempo y algunas ligeras modificaciones, se haría característico de los jurados modernos: los acusados debían decidir si se declaraban culpables o si preferían un juicio para probar su inocencia. Posteriormente, se agregó en un estatuto de Winchester una regla adicional: si no optaban por ninguna de estas posibilidades, eran sometidos a un castigo que consistía en apilar rocas sobre su pecho hasta que se declarasen culpables o murieran aplastados (*peine forte et dure*). Hacia 1221, el juicio por jurados se consolidó como la forma principal de juzgar a los presuntos delincuentes en las Cortes Reales.

Entre los años siguientes hasta el 1400, se dieron sucesos importantes en la materia, tales como el desarrollo del *pretti*

jury que decidió establecer que el jurado debía ser imparcial, pasivo y limitado al tratamiento de los hechos del caso (atribuciones hasta hoy vigentes).

Pero el hito más importante de esta etapa y que transforma al jurado como una garantía del ciudadano frente al poder del gobierno y como un órgano independiente del mismo se vio en el caso “Brushel” donde se dio lugar a la absolución del mismo dándole al jurado poder casi absoluto de juzgar en un juicio según sus conciencias y no necesariamente según lo que dice la ley.

En concordancia a ello, la idea de jurados fue traspolada a las trece colonias situadas en Estados Unidos de América, quienes para 1635 implementaron el derecho de juicio por jurados. Connecticut por ejemplo lo garantizó en 1673 para juicios penales. En los distintos distritos se fue desarrollando de forma variada, dada la diversidad cultural existente, sin embargo mantuvieron lógicas tales como que el jurado para absolver podía hacerlo aun contra la ley partiendo de las evidencias.

Incluso los federalistas y antifederalistas dejaban de lado sus diferencias cuando se trataba de la importancia de esta institución: ya la declaración de la independencia de 1776 y la Constitución de dicho país consagró el juicio por jurados para casos penales en su artículo tercero. Y años más tarde, en la Enmienda sexta se extendió el derecho al uso de jurados para casos civiles. También, se garantizó, por medio de la Quinta enmienda, que nadie sería sometido a responder por delitos graves sin el concurso de un Gran Jurado. El juicio por jurados quedó así definitivamente consolidado en el Derecho estadounidense. Sin embargo, su momento de mayor importancia se alcanzaría recién varias décadas más adelante, cuando el derecho a un juicio por jurados para casos penales fue reconocido como un elemento esencial del debido proceso estadounidense.

Como garantía del imputado tiene como antecedente norteamericano el caso “Patton vs. United States” de 1930 donde se discutió si la opción de ser juzgado -el imputado- por medio de un jurado popular era renunciable o no.

A treinta años de la reforma constitucional

Sobre esta cuestión lo que sucede es que uno de los jueces da un voto que es muy interesante, que nos plantea si ese juicio por jurados es una institución dentro de la organización del Poder Judicial o en realidad es una opción que se le brinda al imputado para elegir ser juzgado por el pueblo o ser juzgado -y renunciar a eso- y ser juzgado por magistrados que están desempeñando sus cargos.

El juez Hernán en su voto -que tuvo apoyo por la mayoría- dice que las disposiciones constitucionales referidas al juicio por jurados tienen por consecuencia establecer un tribunal que forma parte de la estructura del gobierno y solamente garantiza al acusado el derecho a esa forma de juicio. El juicio por jurados garantiza al acusado un derecho, es decir el derecho a una forma de juicio, entonces a partir de este antecedente nosotros lo tomamos e interpretamos que el juicio por jurados efectivamente es una garantía por el imputado

Por otra parte, en España, el jurado popular cobra definitivamente vigencia en noviembre de 1978 basándose en el artículo 125 de la nueva Constitución española del mismo año, que en la exposición de motivos expresa que: “cada período de libertad ha significado la consagración del jurado(...) por el contrario, cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de sus instrumentos de participación en los asuntos públicos”.

Podemos observar que la tradición jurídica europea se basa en dos sistemas con características diferentes. Por un lado el Derecho anglosajón basado en el *Common Law* (conjunto de costumbres y precedentes judiciales obligatorios). Y por otro lado el Derecho continental o latino basado en la ley por evolución del Derecho Romano que alcanzó su perfección con las *Institutas* de JUSTINIANO. Luego éste fue receptado por los pueblos germánicos a través de Las Partidas, La Carolina, el Derecho canónico y los juristas italianos de la Edad Media, haciendo perdurar sus conceptos en el tiempo.

IV. Regulación constitucional del juicio por jurados en Argentina. Análisis histórico y normativo del tema

La Constitución Nacional originaria de 1853 es producto en gran medida, de las ideas liberales procedentes de Iluminismo de los siglos XVIII-XIX, mismas ideas que ingresaron en las tierras rioplatenses y que originaron el movimiento Revolucionario de Mayo. Si bien dichas ideas se encuentran presentes desde los orígenes independistas de nuestro territorio, los cambios profundos relativos a las mismas no tuvieron lugar relevante sino hasta un siglo más tarde, y lamentablemente algunas hoy día no han alcanzado una solidez cultural dada la discusión -o falta de ella- que gira en ciertos temas relativos a la implementación de instituciones presentes en nuestro texto constitucional; entre esos institutos se encuentra el juicio por jurados, como institución procesal penal que desde los orígenes de la Carta Magna se encuentra presente y tiene casi nula aplicación en el territorio.

La independencia de la República Argentina en relación a España, no se va a caracterizar en un abandono de las instituciones que ella nos dejó, sino que por su expresa ratificación en cuestiones específicas, casi siempre por vía de principios que no hallaban eco en la reglamentación o práctica autóctona rioplatense. Ciertas lógicas reglamentarias e institucionales españolas siguieron vivas luego del proceso revolucionario e independentista situado entre 1810-1816, conformando en sí una base sobre la que empezaría nuestro país a organizarse por sí.

Sin intensiones de hacer aquí un análisis exhaustivo de la forma de organización institucional y judicial de nuestro país en esos tiempos, nos enfocaremos en concreto e *in extenso* únicamente sobre la figura aquí en tratamiento.

Ahora sí, en lo que hace a la institución aquí en análisis, se comprendió que como parte esencial de la independencia judicial estaba el tema de las garantías no sólo de los ciudadanos sino también de aquellos que administraban justicia.

En cuanto a las primeras, manifestaciones de este tema se encontró el Decreto del 26 de octubre de 1811; el mismo es el

A treinta años de la reforma constitucional

primer antecedente legislativo encontrado en nuestro país en torno a este tema y reconocía la creación de un jurado. Su objetivo estaba encaminado a la protección de la sociedad ante los excesos que pudieran cometerse abusando de la palabra escrita en el ejercicio de su profesión. Se hace referencia a él en los considerandos de la Comisión Reformadora de 1860 a la Constitución Nacional de 1853 que puntualizó: “Aun considerando los abusos de la palabra escrita como verdaderos delitos, que en realidad no son sino actos dañosos a la sociedad, ellos no podrían caer bajo la jurisdicción nacional, como no caen los delitos comunes, y sería un contrasentido que fuese un tribunal nacional un jurado de imprenta y no lo fuese un juzgado civil o criminal”.

También el tema estuvo presente en 1812 en el proyecto de la comisión designada para redactar la Constitución donde en su capítulo XXI artículo 22 decía “El proceso criminal se hará por jurados y será público”; asimismo, en 1813 en términos similares el proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para las Provincias Unidas del Río de la Plata en América del Sud en su artículo 175 comprendía que sería facultad del Poder Legislativo reglamentar dicha materia; y la Constitución de 1819 la cual contendría por primera vez mención a las exigencias del “juicio por jurados” siempre que las circunstancias lo permitiesen (art. 114), siendo de esta forma si bien imprecisa, la primera vez que se haría mención al instituto en nuestro país.

Tales decisiones políticas respondían a la imperante necesidad de que el Congreso reformase la legislación hasta aquel entonces vigente, propia de la Inquisición española, la cual funcionaba sobre la base de jueces permanentes, haciendo necesaria la inclusión de esta garantía y procedimiento de jurados.

En el periodo histórico entre 1820 a 1853 no se presentaron ni produjeron transformaciones de importancia en materia de instituciones republicanas, mucho menos en materia procesal penal.

Aunque igualmente podemos hacer mención a que la Constitución de la República Argentina planteada en 1826 establecía en su artículo 124: “Es el interés, del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por jueces lo más independientes e imparciales, que sea dado a la condición de las cosas humanas. El cuerpo legislativo cuidará de preparar, y poner en planta, el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias”. (Conf. *Estatutos, Reglamentos y Constituciones Argentinas*, Editorial Fondo Jurídico, Buenos Aires, 1962).

Recién con el dictado de la Constitución en 1853 se daría un símbolo honesto de unión nacional y con ello de consenso poblacional para la adopción definitiva de la ideología liberal y republicana del ejercicio del poder estatal ya insinuado en reglamentaciones y legislaciones anteriores, y de una organización nacional definitiva bajo los estándares del federalismo, y todo ello influiría finalmente en derechos y garantías individuales que la Constitución regularía.

Preferente análisis tendrá el juicio por jurados, que estará establecido en los arts. 24 y 102 (hoy 118), para los juicios criminales; el mismo se encuentra adherido a las máximas de la inmediación, la presencia del imputado en el proceso, la oralidad, la continuidad y la publicidad popular del debate, como principios que sostiene la forma republicana de gobierno que la Constitución sostiene desde su artículo primero.

El artículo 24 del texto constitucional contiene el mandato histórico del constituyente para con el Poder Legislativo a cuanto a que a este último le corresponde la tarea de la independencia jurídica, garantizada con la existencia de una Constitución Nacional que garantiza la soberanía en el orden interno, atribuye la capacidad de dictar normas que ordenen las relaciones de conflicto, estructuras y funcionamiento del poder.

La norma en cuestión se inspira en disposiciones de la Constitución norteamericana (en específico en su artículo tercero de la sección segunda inciso tercero) que es propia del Derecho anglosajón.

A treinta años de la reforma constitucional

Resulta importante decir que entre los siglos XVIII y XIX imperaba el liberalismo burgués cuyo movimiento político insistía en un cambio total en la Administración de Justicia penal, ello principalmente porque países como Inglaterra aún conservaban los principios fundamentales impuestos por los sistemas de enjuiciamiento greco-romanos consistentes en un juicio público conformado por tribunales de ciudadanos que eran temporariamente atraídos a un juzgamiento sobre conflictos penales que se presentaban en el marco de su sociedad. Dicho modelo se preveía como una forma pacífica de distribución del poder político o de organización judicial.

Dicha institución implica que un grupo de ciudadanos sin formación jurídica previa, decidan por la culpabilidad, no culpabilidad, o culpabilidad en condiciones de inimputabilidad de un acusado, expidiéndose este jurado lego únicamente sobre los hechos del caso, y no sobre el Derecho a aplicar.

Interesante resulta el análisis hecho por MAIER sobre este asunto, en cuanto a que sostiene que no parecería una normativa constitucional muy relevante para nuestro Congreso esto, ya que hay una inconstitucionalidad por omisión legislativa en cuanto a que “la promoción del establecimiento del juicio por jurados” no aparece en la práctica nacional. Ya el artículo 67 inc. 11 (actual 75 inc. 12) comprende la facultad legislativa de dictar las leyes de procedimiento penal, y según resulta de lo dicho de esa norma “(...) y especialmente leyes generales para toda la nación sobre (...) y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados”, de modo que resulta evidente la competencia del Congreso en cuanto a sancionar al menos una ley marco del procedimiento penal que establezca los actos sustanciales para la sustanciación del juicio por jurados, ley que tenga vigencia en todo el territorio nacional, y que las provincias puedan tener de referencia para administrar, de la forma que crean más conveniente, dicha institución.

Igualmente resulta dable destacar el hecho de que en 1871 por primera vez el Congreso buscó cumplir con los mandatos establecidos en esta materia, en lo que se conoce como Proyecto Gonzales de la Plaza, el cual ha sido a la fecha el único in-

tento leal del Congreso en aproximarse al sistema establecido en la CN. Si bien esos proyectos comprendían quiénes debían ser jurados, como se los nombraba o convocaba, no tuvieron la aprobación en el registro, pese a inspirarse en la legislación vigente norteamericana.

Es decir que, por ley del Congreso del 30 de septiembre de 1871 se encargó al Ejecutivo Nacional la creación de una comisión de dos personas idóneas para que proyecten la ley de organización del jurado y la de enjuiciamiento en las causas criminales ordinarias de jurisdicción federal. De este modo Sarmiento, presidente en aquel entonces, encargó a Florentino Gonzales y Victorino de la Plaza por decreto del 16 de noviembre de ese año, para cumplir con dicha labor. Ambos doctrinarios cumplieron su tarea para el día 23 de abril del año 1873, elevando un proyecto que contenía 787 artículos, como así también acompañaron un proyecto de Código de Procedimiento Criminal, que contenía -al igual que el otro proyecto- una marcada tendencia anglosajona.

Finalmente, el Congreso no trató los proyectos que él mismo había encargado, ni tantos otros que se fueron presentando en el devenir de los años.

Sobre esto, la CSJN tiene dicho en el considerando 2 del fallo “Don Vicente Loveira c. don Eduardo T. Mulball s/injurias y calumnias” de 1911 que no se ha impuesto al Congreso el deber de proceder de manera inmediata en el establecimiento del juicio por jurados, al igual que el artículo 24 no impone términos perentorios para la reforma de la legislación en todas sus ramas.

En lo que me respecta, no coincido con la opinión de la Corte Suprema en cuanto a que ésta sostiene que dichos artículos no han impuesto al Congreso el deber de proceder inmediatamente al establecimiento de juicio por jurados -al igual que el artículo 24 no le impuso términos perentorios para la reforma de la legislación en todas sus ramas-. Hemos de tener presente que ambos artículos le imponen un deber de hacer al legislador en forma inmediata; o sea, se trata de un mandato popular. Sebastián SOLER, por ejemplo, afirma lo siguiente:

A treinta años de la reforma constitucional

“No cabe duda de que la Constitución Nacional quiere que en el país se establezca la justicia por jurados”. “Negarlo -agrega CLARÍA OLMEDO- sería cerrar los ojos para no ver la claridad de los textos, cualquiera sea el valor de las razones prácticas que se invoquen para impedir su materialización”.

Concluyo en torno a este punto, que lo sostenido por la CSJN en dicho fallo no es acertado por cuanto no respeta una garantía contenida en el texto de la CN. Asimismo veo con buenos ojos el hecho de que las organizaciones judiciales provinciales recepcen el instituto ya que así respetan también lo dicho en los artículos 5 y 123 del mismo cuerpo normativo, y de no hacerlo no estarían garantizando la correcta administración de justicia penal que busca defender el texto federal constitucional. Por ello me resulta interesante -para cerrar por fin la idea- lo dicho por SAGÜÉS: “Las provincias conservarían, no obstante, la facultad de estructurar los juzgados provinciales del caso, en su ámbito local, y siempre que se adaptaren a las pautas de la ley federal”.

En cuanto a lo sostenido en el artículo 118 del mismo cuerpo normativo, importa más que nada la primera parte del artículo ya que el mismo comprende que el juicio por jurados en la Argentina solamente resulta aplicable a los procesos penales, con excepción de los que deriven del juicio político. Según María Angélica GELLI dicha excepción tiene como fin no politizar el juzgamiento penal de los partícipes del poder, mantener la máxima objetividad en la apreciación de la conducta penal de los magistrados y prevenir las presiones politizadas. De igual modo, independientemente de ello, el artículo en cuestión marca una clara decisión política acerca de la participación ciudadana en las decisiones estatales

Sin embargo, pese a las mandas constitucionales, nunca tuvimos un juicio por jurados. No sólo eso, sino que además se debió soportar en el ámbito federal, la conservación y permanencia de la tradición inquisitiva española independientemente de que a lo largo del siglo pasado diversos proyectos reguladores del tema hayan ingresado al Palacio legislativo de la Nación, donde muchos no tuvieron tratamiento o no lle-

garon siquiera a ser sancionados, el último fue en 1986, que si bien no obtuvo sanción dio lugar a una discusión abarcativa en el ámbito académico y político.

Igualmente, ha sido sancionado el Código Procesal Penal -hoy vigente- y sus leyes complementarias, que en su conjunto han excluido a los ciudadanos de la Administración de Justicia, sin siquiera mencionarse las razones por las cuales se adopta tal postura en contraposición a lo indicado por la Constitución Nacional. Lo cual resulta para BINDER interesante y sostiene en su obra *Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal* el hecho de que desde 1930, en los periodos en los cuales Argentina se rigió por instituciones democráticas, siembre hubieron intentos legislativos para establecer el juicio por jurados.

Con ello, el régimen procesal no ha servido para imponer las garantías penales existentes en el texto de la norma, especialmente para aquellos que más lo requieren, y que deben ser sometidos sí o sí a un sistema penal impuesto sin posibilidades de optar por otro cuando les correspondiera, pero que la omisión legislativa imperante les impide.

En el nuevo siglo, hubo al menos doce intentos de regulación del mandato constitucional en cuestión, al menos ocho intentos hubo en el año 2004, ninguno tuvo éxito pese a ser presentados por partidos políticos de diversos linajes (sean de la UCR, el Justicialismo, bloques temporarios como “Compromiso para el Cambio”, entre otros). Renombrados fueron el presentado por la Dra. Cristina Fernández de Kirchner en el año 2006 y el proyecto contenido en la ley Ómnibus del año 2023 enviada al Congreso sin éxito por parte del actual presidente Javier Milei.

V. Concepciones negacionistas del juicio por jurados

Paralelamente a la falta de regulación de la temática aquí en análisis, han existido y existen en la actualidad concepciones que rechazan el instituto en cuestión. Ya he señalado que en la antigüedad, Grecia y Roma ponderaron un sistema don-

de los ciudadanos participaran en los tribunales de Justicia, siendo ello un reflejo de la administración republicana y representativa del Estado de Derecho (hoy Estado Constitucional). En la época renacentista y ya adentrada la modernidad, fue sometida a crítica y análisis tal concepción, el autoritarismo se ha opuesto a toda clase de participación ciudadana en los tribunales de Justicia penales, ello fundándose principalmente en el argumento de que es necesaria una Justicia y administradores de la misma que posean rigor de conocimiento científico, coherente para con la dogmática y teoría desarrollada del Derecho, y del Derecho Penal en particular.

Se ha llegado a sostener también que el juicio por jurados resulta un instituto contrario al régimen democrático, que atenta contra el sistema representativo y la independencia del Poder Judicial. Ello, tomando de base lo dicho en el artículo 16 de nuestra CN en cuanto a la “idoneidad para ejercer un cargo público”, que según estas posturas contrarias al vigor del instituto en cuestión, sobrepondrían la garantía de igualdad por sobre la de juicio por jurados. Esta idea, centraría el tratamiento del Derecho Penal únicamente en abogados y funcionarios estatales, sin posibilidad alguna de que la ciudadanía se entrometa en opinar o ser decisiva en cuestiones de resolución conflictual derivada de los mismos.

En crítica a estas ideas, MAIER sostiene que para la formación de abogado y posterior investidura del mismo para ejercer de magistrado judicial no se requiere de estudios especiales acerca de la reconstrucción de la verdad, sino solamente de sentido común al cual la ley le atribuye en el caso de los jueces la denominación de sana crítica para valorar hechos-pruebaderecho de un caso, sentido común que un ciudadano que podría ser llamado accidentalmente a participar de la Administración de Justicia también posee, pero sin el aditamento del conocimiento del Derecho.

Seguido de esta idea, resulta interesante lo que sostenía Carlos NINO por cuanto que éste opinaba que es incierta la defensa de los jurados sobre la base de que ellos pueden administrar justicia penal con mejores resultados que los jueces

profesionales, no pueden sostenerse a priori que las decisiones de los jurados son más justas que aquellas tomadas por los jueces profesionales. Además, el concepto propio de brindar “mejor justicia” es una noción de textura abierta, amplia, que carece de por sí de un parámetro objetivo y uniforme de consideración.

NINO continua lo dicho con la idea de que una porción de jurado no traduce -por la escasa representatividad que implica la muestra de jurado en un juicio particular- el principio de representación de mayorías, ello porque el jurado es traído accidentalmente a un proceso sorteado, es seleccionado bajo determinados parámetros, y es solamente en ese proceso un funcionario público no permanente. Es el jurado únicamente una demostración de la participación ciudadana con responsabilidades específicas y propias de un Estado Democrático, que simboliza únicamente en el caso en concreto del que les toca tomar conocimiento una opinión popular que puede servir de freno a la arbitrariedad del mecanismo coercitivo ordinario de aplicación del poder jurídico por parte de los magistrados comunes.

Igualmente pese a lo antedicho, el autor comprende que el jurado *per se* “tiene un enorme valor como expresión de la participación directa de la población en el acto de gobierno fundamental que es la disposición inmediata de la coacción estatal”, “consolida el sentido de responsabilidad de la ciudadanía”, e “impide que el derecho se convierta en un instrumento esotérico que solamente puede ser interpretada por una casta sacerdotal”, y protege a los ciudadanos “frente a los abusos de poder”.

Otras vertientes negatorias del tema, comprenden que el instituto aquí en análisis es una cuestión que ha quedado en abrupto desuetudo. Aquí es importante destacar la cuestión de que el desuetudo como tal responde a una derogación por la costumbre en sí misma, noción que no tiene sentido dentro de los parámetros socio-históricos de nuestro país a la luz de que no ha habido una falta de ejercicio práctico de la ciudadanía en torno a esta garantía y procedimiento judicial, sino que

por el contrario lo que ha habido es una falta de regulación e instrumentalización del mismo, los representantes del pueblo son quienes mantienen la omisión legislativa del parámetro constitucional marcado desde 1853 a la fecha sobre la regulación de la materia en cuestión, obligando a los imputados a renunciar de forma forzosa a la garantía que el ordenamiento les brinda y paralelamente a una forma de someterse a proceso diferente a la ordinaria. Ello sumado a que en las diversas modificaciones del texto constitucional -reformas vigentes- se ha mantenido siempre el instituto en cuestión, siendo entonces esta postura negatoria insostenible en cuanto a lo que hace a la etimología estricta del término desuetudo.

VI. Funcionamiento del juicio por jurados en las provincias argentinas

Como ya se ha indicado en el presente escrito, los intentos constitucionales de 1819 y 1826 contemplaron al instituto del juicio por jurados y eran debatidas sus ideas, aunque en la Convención Constituyente que funcionó en la ciudad de Santa Fe entre los años 1852 y 1854, ni en la “Convención del Estado de Buenos Aires encargada del Examen de la Constitución Federal”, reunida en Buenos Aires de enero a mayo de 1860 el tema aquí en análisis mereció fundamental atención.

Independientemente de la falta de análisis en las convenciones, ALBERDI en sus *Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853* se encarga de afirmar que “la República Argentina no ha copiado literalmente, como Méjico, su Constitución a Estados Unidos. Se ha dado un derecho propio asimilando a él una parte del derecho norte-americano” (ALBERDI, 1913:521).

Argentina en su Constitución ha asimilado ciertos institutos nacientes o presentes en la Constitución norteamericana, entre ellos, el juicio por jurados. Ya HAMILTON en *El Federalista*, número LXXXIII, junto a MADISON y JAY hacían referencia a la existencia de esta institución que si bien únicamente para procesos penales reclamaban su aplicación también para causas civiles, diciendo que le correspondía al poder del Congreso

establecer el juicio por jurado no sólo a las causas criminales, sino establecer que también se imponga a las civiles, ello basándose en el convencimiento de la utilidad de la institución y de lo mucho que la misma favorece a la libertad.

El hecho de que la República Argentina incorporase el sistema de jurados en los estrados judiciales, surge como una forma democrática de participación ciudadana, pero por razones políticas en nuestros sistemas procesales -especialmente en el ámbito federal- no se ha implementado el cumplimiento de esta manda constitucional.

Como se analizó en el segundo apartado de este trabajo, a nivel federal no ha habido posibilidad eficiente de regulación de este instituto. Pero distintas provincias han comenzado el camino hacia la definitiva materialización del diseño constitucional de participación ciudadana a la que refiere esta herramienta de administración de justicia. Las provincias, ya sea modificando sus códigos de procedimiento o mediante una ley especial de las Legislaturas, han incorporado el enjuiciamiento por jurados, cumpliendo así el mandato constitucional.

Recién la primera provincia en adoptar un sistema juradista fue Córdoba, que dictó en 2004 la Ley 9182 que entró en vigencia en el año 2005, y en la que se adoptó un sistema escabinado, es decir con la participación de jueces profesionales. El sistema cordobés ha dado un paso que lo acerca a un modelo clásico, pues el Tribunal Superior de Justicia de esa provincia emitió el 8/05/17 la Acordada N° 260, titulada “Protocolo de Actuación en Juicio de Jurados Populares”, que establece que los jueces deberán abstenerse de participar de la deliberación de los jurados. El motivo de esa acordada, según se informa públicamente, es evitar que los jueces técnicos contaminen la deliberación del jurado.

En 2011 la Provincia de Neuquén implementó también un sistema por jurados por ley 2784, y fue seguidamente Buenos Aires en 2013 por ley 14.543, quien reconoce la participación ciudadana en los asuntos públicos, y potencia la publicidad de actos de gobierno como así también la transparencia en la Administración de Justicia. En 2015 también sanciona su

A treinta años de la reforma constitucional

ley Chaco (Ley 2364), y en 2018 también lo hacen las provincias de San Juan (Ley 1851), Mendoza (Ley 9106) y Santa Fe (Ley 32771), en 2019 Entre Ríos (Ley 10746) y Río Negro (Ley 5020), en el año 2020 lo regula Chubut (Ley XV30) y finalmente la última en regularlo fue la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por ley 6451 en 2021.

El jurado valora la prueba (verificando los enunciados fácticos introducidos en el proceso, reconociéndoles un valor en la formación de la convicción sobre los hechos a juzgar) y determina los hechos. A esa determinación aplica el Derecho arribando a un veredicto.

Sin vocación de hacer aquí un análisis pormenorizado en términos procesales, resulta importante destacar que existe una diferencia en cuanto a la valoración de la prueba existente en el procedimiento por jurados a diferencia de lo que existe en los procedimientos comunes donde se emplea la sana crítica, puesto que en el proceso por jurados se emplea la valoración de la prueba por la íntima convicción que permite emitir un pronunciamiento condenatorio sólo cuando ello sea posible más allá de toda duda razonable, lo cual fomenta la responsabilidad de los ciudadanos y le da certeza moral de que solamente pueden dar su veredicto partiendo de las pruebas que hubiere en el delito.

Ese veredicto es imposible de escindir de una calificación jurídica concreta y determinada. Para arribar a cualquiera de las opciones disponibles el jurado necesitó recibir el Derecho brindado por el juez, quien no sólo interpretó y explicó el derecho sustantivo, sino que también tomó la decisión final sobre las opciones de veredicto que en el caso podían ser consideradas. Y de acuerdo a la división de funciones entre ambos el juez tiene prohibido ignorar el veredicto del jurado cambiando la calificación jurídica por otra, pues ello inevitablemente implicaría modificar los hechos determinados por aquél, lo que implicaría una invasión ilegítima de sus competencias.

De lo dicho se entiende que la función de este procedimiento tiende a evitar los abusos de poder, fundamentando el funcionamiento del instituto en la soberanía popular y el derecho

subjetivo de los ciudadanos para ser juzgados por sus pares, tomando como principio la justicia y el debido proceso.

Sobre la posibilidad que tienen las provincias de regular este tema, ROSATTI -miembro y presidente actual (2024) de la CSNJ- analiza que dependerá según la naturaleza que se le otorgue. Puede partirse de una premisa atinente a la aplicación obligatoria del instituto en las provincias, o una premisa contraria de la obligatoriedad de aplicación.

El autor en tratamiento comprende que la CN establece en el artículo 75 inc. 12 que le corresponde al Congreso la sanción de una ley que establezca el procedimiento por jurados; ello limitaría en primer momento a la forma de administrar justicia que las provincias deben de asegurar por mando del artículo 5 del mismo cuerpo normativo. Ergo comprende que en la realidad actual diversas provincias han regulado el tema, y no es ello inconstitucional si bien no surge de la letra de la Constitución Nacional la habilitación para ello. Esto es así porque el poder constituyente entendió que sería una obligación desde el marco federal del Congreso de la Nación el hecho de sancionar una ley a la que las provincias adherirían o replicarían en sus jurisdicciones, cuestión que como no aconteció, se vio “desvirtuada” y condujo al hecho de que los estamentos provinciales sancionen sus propias normas sobre este tema.

Dicho en otras palabras, el juez comprende que el excesivo tiempo transcurrido desde que fueron establecidos los mandatos constitucionales para el Congreso en cuanto a implementar el sistema de jurados en todo el país puede ser interpretado en el sentido de que ha sido derogado por desuetudo (supuesto ya analizado en este trabajo), o que ha quedado derogada la institución en sí misma. Sostiene que es cierto que el transcurso del tiempo tiene relevancia, pero comprende -en términos similares al fallo “Loveira”- que no hay un tiempo perentorio establecido en la CN para regular el instituto en ella contenido, pues ello equivaldría a supeditar la operatividad de una Constitución a la actividad que le corresponde a los poderes constituidos.

VII. Relevancia estadística del instituto en su aplicación provincial

Como dice SCHIAVO, en ninguna de las dos provincias (Neuquén y Buenos Aires) el juicio por jurados se emplea para juzgar todos los delitos. La competencia de los juicios por jurados en Neuquén se aplica al juzgamiento de delitos cuya pena sea en concreto, es decir, el fiscal pedirá que esa pena al sindicado implique un tiempo de prisión superior a los quince años; mientras que en Buenos Aires, el juicio por jurado adquiere posibilidad con la pena en abstracto mayor a quince años del delito a ser juzgado quedando en consideración del imputado optar o no por este procedimiento en casos de que el monto abstracto de la pena se encuentre dentro de la escala. En los EE.UU. rige prácticamente para todos los casos, excepto los *minor trials*.

En Neuquén, a diferencia de Buenos Aires y los EE.UU., el juicio por jurados no puede ser renunciado. En la Provincia de Buenos Aires, puede ser renunciado en oportunidad de la audiencia preliminar al juicio (CPPPBA 22 bis) y, en los hechos, antes del debate. Si bien en la actualidad, además de Córdoba y Neuquén, las provincias de Mendoza, Chaco, Santa Fe, Río Negro y Chubut han adherido al juicio por jurados, la PBA es la provincia que más casos aportó a este sistema, pues se ha verificado por ejemplo en 2017 que ingresaron a los Tribunales Criminales un total de 13.642 casos, por lo cual los correspondientes a jurados representan un 6 % del total, donde la relación de casos resueltos arroja que un 0.56% lo ha sido con este sistema. Independientemente del porcentaje, se permite advertir que el diseño progresivo de aplicación de un instituto recientemente regulado en la Provincia tiene distintas velocidades dependiendo de las particularidades, porque si bien la CN lo prevé para “todo proceso criminal”, se entiende que en Buenos Aires se limita únicamente a la porción de pena en abstracto mayor a quince años, lo cual reduce su marco de aplicabilidad.

Independientemente de la aplicación o no de dicho sistema juradista hay objeciones al respecto, mayormente poniendo en

jaque el hecho de la honestidad intelectual del jurado y ciertas ideas tales como “la gente va a condenar a todos”, y “que se encarguen aquellos que saben”.

Especial tratamiento considero que merece la primera cuestión, en vista a que la tercera ya ha sido analizada en el apartado anterior. Ahora bien, respecto de que la gente fuere a condenar a todos, en el caso de Neuquén los primeros 25 juicios que sustanció bajo esta modalidad obtuvo 20 con condena y 5 sin, porcentaje que es similar a lo que acontece con los juicios ordinarios. Buenos Aires por su parte en los años 2017 y 2018 tuvo porcentajes de 76% de condenas, 16% de absoluciones y un 8% de condenas de absolución por condiciones de inimputabilidad.

Igualmente, tomando en cuenta que ser jurado es una carga publica que no puede ser tomada de forma liviana, sostener que se condena por el mero hecho de condenar es un argumento simple, sobre todo por la cantidad de filtraciones que se hace para obtener al jurado final que decidirá sobre el caso en concreto.

VIII. Opiniones jurídicas actuales sobre el tema

Horacio ROSATTI, de quien ya he hecho mención en el apartado anterior, en diversas ocasiones ha hablado respecto al juicio por jurados. Así es que ha sostenido “Siempre defendí el Juicio por Jurados. Es un mandato constitucional y su falta de implementación es un grave error”, introdujo el juez y señaló que los derechos en las provincias avanzan más rápido que a nivel nacional. Luego puntualizó varias características del instituto constitucional: la “naturaleza jurídica”, la composición del jurado de sentencias, y la “idoneidad del jurado”.

El juez comprende que es una de las mejores formas de democratizar al Poder Judicial, promueve la participación ciudadana ya que lo comprende como un “modelo de justicia” que permite al pueblo administrar justicia en la construcción social del veredicto que hace el jurado en el caso en concreto.

A treinta años de la reforma constitucional

Considero interesante lo sostenido por la CSJN en el caso “Canales, Mariano E. y otros s/homicidio agravado” del 2 de mayo del 2019, donde la Corte sostuvo que el jurado es un juez natural, establecido por la Constitución Nacional, para decidir sobre la culpabilidad o no de una persona. La cláusula del artículo 18 no impide la aplicación de nuevas normas de competencia, salvo que aquello signifique afectar derechos del acusado reconocidos por la misma. Sostener lo contrario significa desconocer la jerarquía democrática que tiene, la cual completa el régimen representativo y federal instaurado en la Constitución y negar a los ciudadanos el derecho de participar de la Administración de Justicia.

En el mismo caso, la Corte ratificó la decisión de las provincias en cuanto a la instauración del juicio por jurados, reconociendo su competencia en función de premisas tales como la interpretación armoniosa de las disposiciones constitucionales y que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a poderes no delegados a la Nación.

Más allá de que -desde el punto de vista del Derecho vigente en la Argentina- el pueblo “pueda” ejercer la función judicial, la pregunta más candente es si “debe” realmente hacerlo. Aquí el debate excede al Derecho para internarse en razones metajurídicas.

Dos son las objeciones que suelen plantearse al momento de cuestionar la conveniencia de aplicar el instituto en examen. Se trata de obstáculos que, aunque se vistan con ropaje técnico, traducen un fuerte componente sociocultural y se vinculan con: 1) la naturaleza del acto de juzgar y 2) la posibilidad de construir socialmente una decisión judicial basada en el sentido común.

Sobre esto, ROSATTI estipula que serán los jueces técnicos los que se encarguen de controlar el camino hacia la decisión final conforme a las reglas procesales preestablecidas, y que los representantes de la opinión popular se encargarán de construir una conclusión basándose en los datos que les fueron llegados a conocimiento durante el proceso. Tomando en cuenta ade-

más que la labor del jurado comprende un compromiso social complejo propio de juzgar al prójimo.

A modo de cierre de este trabajo, decir que a finales del año 2023 e inicios del corriente, con la presentación de la Ley Ómnibus salió nuevamente a debate de la opinión pública el tratamiento de una ley en términos nacionales que regule el procedimiento por jurados. Buscaba impulsarlos para todos los delitos del Código Penal y leyes complementarias para delitos que comprendieran un determinado monto en abstracto de pena. Más allá de que la ley en cuestión no obtuvo luz verde, el principal cuestionamiento que se le hizo a este punto de la legislación fue al elevado costo económico y de recursos humanos que tenía la reglamentación ya que si era aprobado deberían reacondicionarse las salas de audiencia para cumplir con lo que establecía el capítulo 13 del monumental proyecto.

Igualmente sobre el mismo la “Asociación Argentina de Juicios por Jurados” celebró la iniciativa destacando particularmente 2 artículos, el 6 y el 95, ello porque disponían que la ley se aplicaría exclusivamente para delitos federales, serviría como una ley marco que tenga pisos mínimos de lo que se considera la estructura básica del modelo clásico de juicios por jurados, y menos que lo allí dicho no podrían hacer las provincias.

Así también, la ley permitía a las provincias que aún no tenían una ley propia sobre el tema, aplicar directamente esta ley en sus territorios si así lo decidiesen en ejercicio de su autonomía con el objetivo de incrementar el ejercicio de dicho sistema juradista (vgs. artículo 95 del proyecto).

Es interesante destacar también el hecho de que el debate mediático y hasta jurídico de este último intento regulatorio terminó girando más en temas secundarios o accesorios al mismo que en su eje central; con este párrafo refiero especialmente al hecho de que la norma en cuestión preveía el hecho de que los jueces y juezas vistieran de toga negra y usaran martillo para abrir sesiones o cuando debían de resolver una incidencia; este punto generó burlas dentro del debate y también polémica.

A treinta años de la reforma constitucional

Si bien sobre esto la Asociación de Juicios por Jurados refirió que es una práctica común en diversos países y que hasta tiene aplicación en algunas jurisdicciones locales como es el caso de Mendoza y Chubut, y que hace a un símbolo de solemnidad propio del acto del juicio, no se puede evitar decir que esta propuesta corrió bastante el foco de análisis de lo que era el fondo de la cuestión.

Por fuera de todo esto, es importante que se sigan dando debates en torno a esta deuda de la democracia y del mando constitucional, para poder de una vez y para siempre contar con una regulación en términos nacionales de esta temática, que sirva al menos de ley marco para las provincias que aún no lo regulan y dé cumplimiento con la letra de la Constitución Nacional.

Bibliografía

ALBERDI, Juan Bautista, “Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina”, contenida en el libro *Organización de la Confederación Argentina* con estudio preliminar de Adolfo Posada, Publicado por El Ateneo, impreso en Madrid, en 1913.

BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª edición actualizada y ampliada, 1999.

CARO, José, “Apogeo y declive del derecho constitucional a un juicio por jurado para causas penales en los Estados Unidos”, Universidad de Minnesota. Derecho PUCP N°78 junio 2017.

CHIALVO, Tomas Pedro, “Juicio por jurado. Participación ciudadana” Vía: <http://www.saij.gob.ar/> año 2005.

GARCÍA, Mónica y O’CONNOR, Martín “¿Estamos preparados para el Juicio por Jurados?” Jusnoticias del Poder Judicial de Chubut 11/01/2023.

GELLI, María Angélica, *Constitución Nacional. Comentada y Concordada*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2004.

GELLI, María Angélica, “La validación del juicio por jurados populares desde la democracia y el federalismo” Artículo La Ley 2019-C.

HAMILTON, A., MADISON, J. JAY, J., *El Federalista*, (The *Federalist, a Commentary on the Constitution of the United States*), publicado por el Fondo de Cultura Económica, sexta reimpression, en México, 1998.

HENDLER, Edmundo S., *El juicio por jurados. Significados, genealogías, incógnitas*, Buenos Aires, del Puerto, 2006, pp. 159.

MACÍAS, Sebastián, “Juicio por Jurados. Concepto, funcionamiento y aplicación en la Argentina”, *microjuris.com* inteligencia jurídica. Del 8/06/2018.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I “Fundamentos”, Ed. Puertos, Buenos Aires 2004, 2ª edición, página 132 y ss.

NESS, Karen, “El Pueblo Será Juez”, *Revista de Pensamiento Penal* del 10/10/2018.

NINO, Carlos, “Fundamentos de Derecho Constitucional” ver en: <https://idcar.com.ar/>.

PAGLIUCA, Federico José, “El Juicio por Jurados como Garantía Constitucional”, *Revista de Pensamiento Penal* 2/07/2018.

PENNA, Cristian D., “Competencias para legislar en materia de juicio por jurados: ley nacional y leyes provinciales” *Asociación Argentina de Juicio por Jurados (AAJJ)*, 24/08/16, <http://www.juicioporjurados.org/2016/08/doctrina-competencias-para-legislar-en.html>

PRUNOTTO LABORDE, Adolfo, “Juicio por Jurados” *Facultad de Derecho Universidad Nacional de Rosario, Dialet* Octubre 2016.

ROSATTI, Horacio “Constitucionalidad del Juicio por Jurados Regulado por una Provincia”, publicación en <https://www.juezosatti.com.ar> 2021.

ROSATTI, Horacio, “El Juicio por Jurados es la mejor forma de democratizar al Poder Judicial”. Vía: <https://www.analisis-digital.com.ar/> del 15/11/2019.

ROSATTI, Horacio “¿Puede el pueblo juzgar? ¿debe el pueblo juzgar? El dilema de la participación popular en el ejercicio de la función judicial”, publicación en <https://www.juezosatti.com.ar>.

A treinta años de la reforma constitucional

SALDUBEHERE, Graciela, “El Juicio por Jurados y su impacto en algunas cuestiones vinculadas a la imparcialidad y la defensa en juicio”, vía: <https://capacitacionrepo.mpba.gov.ar/>

SANCHIS, Mariana, “Juicio por Jurados: Garantía del imputado o derecho político de los ciudadanos”, Universidad del Litoral Vía: <https://www.palermo.edu/>.

SCARSINI, Adriana, Honorable Cámara De Diputados de la Nación. Secretaria Parlamentaria. Dirección de Información Parlamentaria “Estudios e Investigaciones Juicio por Jurados N°13”.

SCHIAVO, Nicolás, “El juicio por jurados. La experiencia de Buenos Aires y Neuquén, Argentina”, Artículo de Investigación, agosto 2019 publicado en Ius Et Praxis.

USTARROZ, Juan Carlos, “Apuntes sobre la Epistemología del Juicio por Jurados”, Doctrina procesal Penal derecho penal online. 24/05/2020.

ZANNINI, Carlos Alberto, “Juicio Por Jurados: La necesidad de cumplir con la Constitución”. Vía: <https://broquel.ptn.gob.ar/> del 14/04/2021.

Consejo de la Magistratura Un aporte a la independencia del Poder Judicial

Edgardo D. CHACÓN

El Consejo de la Magistratura nació como una respuesta a la falta de transparencia en el procedimiento para selección y el nombramiento de jueces de la Nación.

No había sido considerado por los antecedentes principales de la reforma de 1994, a saber: la reforma provisoria de 1972 y los Dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia. Por tal motivo, su inclusión en el llamado “núcleo de Coincidencias básicas” de la ley 24.3092, pareció tener como principal fundamento la necesidad de despolitizar los nombramientos de los jueces, centrando la atención en la idoneidad de los candidatos, protegiendo de esta forma de la necesidad de una fidelidad del candidato hacía quien realizó o formalizó el nombramiento.

Es importante resaltar, en este punto, que la legitimidad de los jueces en nuestro sistema no nace de la política sino de la propia Constitución Nacional, que exige que los jueces sean independientes y permanezcan alejados de la política partidaria a fin de que puedan garantizar la vigencia de la Constitución frente al peligro que representa el despotismo tanto del Poder Ejecutivo como de las mayorías frente a las minorías.

Hecha la salvedad recordemos, que en su redacción original la Constitución Nacional en su artículo 86 inciso 5º, establecía que el presidente de la República nombraba “a los magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales inferiores con acuerdo del Senado”, sistema que en razón de las vicisitudes institucionales que vivió la República mereció algunas objeciones. Las críticas se centraron en que atribuir al presidente la facultad exclusiva de presentar al Senado los

candidatos a los cargos judiciales, contribuye a incrementar el predominio del Poder Ejecutivo. A esto se le agregó que la función del Senado se limitaba simplemente a la aceptación o rechazo de los candidatos propuestos.

Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 1994 (artículo 99 inc. 4º, numeración actual), la injerencia del presidente en el proceso de nombramiento de los jueces de los tribunales inferiores fue atemperada mediante la intervención del Consejo de la Magistratura: “(el presidente) nombra a los demás jueces de los tribunales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado”. No obstante, la reforma mantuvo el sistema de designación política para los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Los magistrados de tribunales inferiores deben participar de un concurso público ante el Consejo de la Magistratura, órgano incorporado por la reforma (art. 114, inc.1 CN).

Dichos concursos consisten en una evaluación de antecedentes y oposición, que generalmente consisten en la resolución de casos judiciales hipotéticos vinculados con el fuero al que se intenta acceder.

Brevemente mencione, más allá de las observaciones que ha formulado la doctrina respecto a la incorporación constitucional del organismo y su funcionamiento, la causa que demandó acoger al Consejo de Magistratura a nuestro sistema, la importancia de despolitizar la selección de candidatos y de restringir el poder presidencial, además de la trascendencia institucional que tiene evaluar la idoneidad de los candidatos a las judicaturas de la Nación.

El Poder Judicial, por su función específica de garantizar el cumplimiento de la Constitución, debe ser preservado orgánica y funcionalmente, se debe asegurar su independencia e imparcialidad. Para ello, lo deben integrar magistrados dignos, alejados de las internas partidarias o círculos de influencia, sin codicias, dotados de inteligencia, talento, vocación, carácter, capacidad de trabajo y conducta moral. Estas cualidades morales e intelectuales aseguran la vigencia de los derechos

A treinta años de la reforma constitucional

de los ciudadanos, el ejercicio de las garantías y preservan la independencia y el prestigio de la Justicia.

La Convención Constituyente de 1994 consideró que, frente a la hipertrofia sistemática del Poder Ejecutivo, era necesario fortalecer al Poder Judicial.

Porque de garantizar jueces idóneos e independiente, depende el respeto a la vida, la libertad, el patrimonio y cuantos más bienes resultan del señorío del hombre sobre sí mismo; además, la vigencia del Estado de Derecho, la tutela de los derechos y la participación de los ciudadanos en el proceso gubernamental y político del Estado.

Ahora, cabe recordar que en los orígenes mismos del constitucionalismo, aquellos constituyentes reunidos en Filadelfia tuvieron en cuenta que la subordinación de los jueces coloniales al rey Jorge III de Inglaterra fue una de las injusticias que provocó la Revolución. De ahí que establecieron las garantías para una completa independencia del sistema judicial en el artículo III de la Constitución. Allí, aparecen consagradas expresamente en la Constitución norteamericana las garantías de las garantías, es decir, la inamovilidad de los cargos y la irreductibilidad de la remuneración de los magistrados; con ello, se aseguró un cuerpo de hombres a quienes se les confiaba la función judicial, con las seguridades indispensables para que sean tan libres, imparciales e independientes como la suerte de la Humanidad lo permita. Por estas razones se inclinaron los padres fundadores de la Constitución de dotar a los cargos judiciales de extraordinarias salvaguardas y prestigio.

Estos principios fueron incorporados por nuestros constituyentes, no por un mero sentido caprichoso o por falta de conocimiento, sino como una necesidad porque al igual que los americanos teníamos vivencias y experiencias similares, José Benjamín Gorostiaga, miembro informante de la Comisión de Negocios Constitucionales, proclamó que el proyecto presentado para su discusión por el Congreso Constituyente estaba “basado en el molde de la Constitución de los Estados Unidos, único modelo de verdadera federación que existe en el

mundo”; esto explica que no fue por un acto desprevenido sino por el contrario.

Por ello, nuestra Constitución Nacional puso el gobierno de la Nación en manos de tres poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Es saludable para la República que sus instituciones funcionaran con la mayor plenitud y eficacia posible. De ahí que la intervención de los jueces y sus decisiones estén dirigidas a garantizar la supremacía de la Constitución y el funcionamiento del gobierno en el marco de las atribuciones que aquélla les ha concedido. No se trata de entorpecer la existencia de las instituciones ni el ejercicio de facultades que son propias del Poder Ejecutivo o del Legislativo: antes bien, de contribuir para que se desplieguen en el marco constitucional con indudable beneficio para la sociedad toda.

Es loable reseñar que los principios e instituciones de la organización judicial norteamericana, tuvieron una influencia tardía, pero indudablemente poderosa, al punto tal de constituir el modelo de la Constitución Nacional. No es que se desconociera su existencia ni que, por lo menos esquemáticamente no se encontrasen signos de su gravitación en las Constituciones de 1819 y 1826, pero su sistema institucional no tiene arraigo frente a la tradición indiana que predomina en nuestro Derecho patrio, influido -tanto en las ideas como en las formas- por el Derecho hispano y el francés.

Nuestros jueces, hasta la Constitución Nacional de 1853, aparecen subordinados al Poder Ejecutivo y a la intervención tanto de éste como del Legislativo, según la tradición colonial o hispánica-india. El Juez, en ningún caso, es el intérprete de la ley.

No es extraño que se los haya considerado “simples dependientes del Ejecutivo”. De ahí que pueda estimarse como principio durante esa etapa preliminar que la interpretación de la ley estuviera vedada a los magistrados y fuese una cuestión reservada a los representantes del pueblo.

La independencia de los jueces, garantizada por la inamovilidad en sus cargos y la irreductibilidad de sus remuneraciones, así como la función de contralor de la constituciona-

A treinta años de la reforma constitucional

lidad de las leyes, fue adoptada en nuestro país a partir de 1853.

Anteriormente, la inexistencia de la facultad de revisión judicial, de la supremacía constitucional y de las garantías que preservasen la organización y funcionamiento de las magistraturas judiciales, explica que -tanto en el Río de la Plata como en Europa- el respeto de la independencia del Poder Judicial fuera el menos cultivado de los sentimientos de las primeras décadas del siglo XIX.

Nuestra Constitución tomó como fuente, en lo referente a este tema, a su par de Estados Unidos. En este último país fueron seguidas las enseñanzas del Barón de MONTESQUIEU, ilustre pensador francés que sostuvo que “si el poder de juzgar estuviera unido con el legislativo, la vida y la libertad de los súbditos veríanse expuestos a una acción arbitraria, porque el juez sería entonces el legislador. Reunido al ejecutivo, el juez podría proceder con toda la violencia de un opresor”.

La Constitución de Estados Unidos de América se diferencia del modelo francés, en que incorporó un sistema en donde la función judicial se encuentra separada tanto de la legislativa, como de la ejecutiva, no sólo en consonancia con la idea de MONTESQUIEU al respecto, sino también por la experiencia histórica de las grandes iniquidades sufridas por las colonias americanas ante las decisiones de los jueces nombrados de manera discrecional por el Rey Jorge III, que lo hacían en desmedro de sus intereses y en favor de las arbitrariedades tributarias y comerciales dispuestas por el monarca inglés.

Por otra parte, a fin de resguardar a aquellos que cumplen con esta misión, les otorgó las garantías funcionales de inamovilidad en el cargo y la irreductibilidad de la remuneración, esas garantías fueron ideadas para asegurar la independencia de los jueces y ponerlos a resguardo de toda influencia, directa o indirecta, que pudiera en tiempos de conmoción política torcer sus tendencias. La Corte de EE.UU., en “Humphrey vs. Estados Unidos” (1935), dijo: “es por completo evidente que el que conserva su cargo solamente por el tiempo que quiera

otro, no es digno de confianza para conservar una actitud de independencia contra la voluntad de ese otro”.

La segunda garantía, si se tiene en cuenta que el poder sobre la subsistencia de una persona equivale al poder sobre su voluntad.

De este modo, la tenencia del cargo judicial y el dominio sobre la remuneración judicial se convierten en piezas maestras de que los “la gran experiencia histórica en Constituyentes basaron la salvaguardia del ‘artículo III’”. Al ejercer los jueces de América del Norte la revisión de la constitucionalidad de las leyes, sin temor a la destitución o suspensión, o de reducción de sus remuneraciones, esa experiencia se convirtió en la más significativa innovación en la teoría del gobierno del Estado moderno.

El Consejo de Magistratura contribuye a la aptitud, capacidad o suficiencia que exige el art. 16 C.N., precisamente, la idoneidad para ser magistrado. Las sombras de sospechas que recaen sobre muchos magistrados y la imagen negativa del Poder Judicial en la sociedad, motivaron que, aun antes de la reforma, algunos autores propugnaran este instituto propio de algunos países europeos de sistema parlamentario (España e Italia) o semipresidencialista (Francia), con la idea de que por tal camino podría mejorarse el nivel de las personas que ejercerán la magistratura, sobre todo en la etapa de su selección y -aun- de su formación. Hay que resaltar además que los sistemas parlamentario y semipresidencialista tienen sistemas de Administración de Justicia y no sistema de “función judicial”, como lo es el presidencialista de origen estadounidense y cuyo modelo ha adoptado nuestra Constitución.

¿Cuál es la importancia de contar con un sistema de jueces idóneos, independientes e imparciales?

La delicadeza y fragilidad de la cultura constitucional, la cual puede ser quebrantada fácilmente; pues la Constitución puede ser profanada sin siquiera la necesidad de cambiarla, para hacerlo basta meramente ignorarla o menos aun moldearla para obligarla a decir todo aquello que a ciertos intereses le convenga que diga.

A treinta años de la reforma constitucional

Por ello, es necesario que aquellos que ejercen la custodia de la Constitución, sean libres, y no meros dependientes de los poderes políticos.

Los Poderes Legislativo y Ejecutivo se comportan siempre desafiantes frente al órgano judicial como queriendo dominarlo; sin embargo, la revitalización de la Constitución ha provocado que los jueces no se transformen en meros actores frente a la ley, sino que se fortalezcan en guardianes de ella.

Más allá de toda controversia académica, el Consejo de la Magistratura fue la única forma que los constituyentes de 1994 hallaron para limitar a los poderes políticos al momento de designar a los jueces de la Nación.

Tenemos que reconocer que el Consejo de la Magistratura surgió de una crisis de calidad,

imparcialidad y eficacia, ése es el aporte a la garantía de independencia e imparcialidad del Poder Judicial. Cualidades indispensables para defender a la República con la Constitución. Qué en palabras de Carlos S. Nino es la "...carta de navegación para guiar los destinos del país".

Si ello no ocurre entonces habremos traicionado nuestra propia esencia. Ojo Juan, no sé qué hizo este tipo, que este párrafo no puedo justificarlo

A treinta años de la reforma constitucional, ¿nace un nuevo poder constituyente?

Lucrecia CONTARDI GONZÁLEZ

SUMARIO: I. Resumen.- II. Introducción. Hacia la reforma de 1994.- III. Los antecedentes, la ley n° 24.309 y la reforma. Antecedentes.- IV. Ley n° 24.309.- V. Reformas. Los derechos fundamentales. Y la parte orgánica.- VI. A treinta años de la reforma, ¿hacia qué horizonte miramos? ¿Nace un nuevo poder constituyente?.- VII. Conclusión.- VIII. Referencias bibliográficas

I. Resumen

Este trabajo se centra en la reforma constitucional de 1994, enmienda que marcó un punto de inflexión en la estructura política y legal del país. La reforma introdujo cambios significativos en la Constitución Nacional, buscando adaptar el marco jurídico a las nuevas realidades económicas, sociales y políticas del momento. Entre las principales modificaciones, se destacan la incorporación de derechos humanos, los derechos políticos, de tercera generación (medio ambiente y usuarios y consumidores), la inserción de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, la creación del cargo de Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la regulación de la reelección presidencial. Este análisis explora el contexto que motivó la reforma, sus objetivos fundamentales y el impacto que tuvo en la consolidación democrática y el fortalecimiento de las instituciones en Argentina. A treinta años de su implementación, el estudio también examina la relevancia de estas reformas en el panorama actual y los desafíos que emergen en la práctica constitucional del país contemplando la existencia de las tecnologías de la información y comunicación, especialmente la red de redes.

II. Introducción. Hacia la reforma de 1994

El poder constituyente es la atribución que tiene el pueblo de darse su propia Constitución. Ese poder constituyente puede ser originario o derivado. El poder constituyente originario, como su nombre lo indica, da a luz a la organización política, siendo en principio ilimitado. En cambio, el poder constituyente derivado es aquel que modifica al originario, es decir, es aquel que se ejerce para reformar la Constitución fundacional.

A lo largo de la historia han imperado diversas formas de organización del poder político, también conocidas como formas pre-estatales. La *polis* griega, el Imperio, las *civitas* romanas, el sistema feudal, fueron algunas de ellas.

Sin embargo, no es hasta el constitucionalismo liberal o clásico y el surgimiento del Estado de Derecho que podemos comenzar a hablar de Constitución en los términos que -al menos hoy- identificamos con ella.

Y ello se debe a las tres revoluciones burguesas acontecidas a finales del siglo XVIII: la Independencia de Estados Unidos (1776), la Revolución Industrial de (1780), y la Revolución Francesa (1789).

Especialmente fueron los norteamericanos y los franceses los que le dieron nombre a esa norma escrita. La llamaron Constitución, porque el término durante toda la Edad Media y hasta ese entonces, como sostuvo Giovanni SARTORI⁸⁹, estaba vacante. No tenía nada que ver con la *constitutio* de los romanos, que equivalía a los decretos del emperador, sino que le asignaron un contenido garantista, aludiendo a dos partes bien diferenciadas: declaraciones, derechos y garantías, por un lado; y división del poder en funciones, por otro.

El constitucionalismo moderno o clásico se propuso organizar al Estado sobre la base de un fin específico muy concreto, el cual era proteger la libertad y los derechos del hombre. Li-

89 Sartori, G., *Elementos de Teoría Política*, cap. 1, Alianza, Buenos Aires, 1992.

A treinta años de la reforma constitucional

mitar al Estado y deparar seguridad al individuo frente a él, fueron las dos características fundamentales con que aquella organización intentaba procurar el fin señalado. Y el medio escogido para ello fue una norma escrita a la que llamaron Constitución.

Ya desde los inicios del proceso, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano sostuvo en su artículo 16 “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”⁹⁰.

En nuestro sistema jurídico, luego de varios poderes constituyentes frustrados -léase Asamblea del Año XIII, Constitución Nacional de 1819 y 1826-, el poder constituyente originario estuvo dado por la Constitución Nacional sancionada el 1 de mayo de 1853, cuya piedra angular fue el proyecto de Juan Bautista ALBERDI, dado a conocer en su libro *Bases*.

Si bien en el propio Preámbulo subyace que las provincias preceden a la Nación, la particularidad de este poder constituyente originario estuvo dada por la ausencia y consecuente no participación de Buenos Aires, uno de los principales Estados soberanos y mayor fuente de recursos económicos de la Confederación hasta septiembre de 1852, momento en el cual hizo uso del derecho de secesión y se constituyó como un Estado independiente, con su propio texto constitucional a partir de 1854.

Y así coexistieron como dos entes totalmente diferentes la Confederación Argentina y Buenos Aires hasta 1859, momento en que, Pacto de San José de Flores mediante, esta última se reincorporó y se le otorgó la posibilidad de revisar y, en consecuencia, proponer reformas a la Constitución.

De ese modo, se llegó al primer poder constituyente derivado, en 1860.

90 Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano <http://www.ub.edu/ciudadania/hipertexto/evolucion/textos/humano1789.htm>

Y así fue ejerciéndose el poder constituyente derivado a lo largo de la historia. En particular el siglo XIX en dos ocasiones más: 1866 y 1898.

Cabe aclarar que, si bien en el año 1880, se declaró la necesidad de la reforma del artículo 3 (alusivo a la capital) mediante Ley N° 1030, dicha reforma no fue necesaria dado que la Legislatura porteña cedió el territorio a federalizar.

Años más tarde, ya entrado el siglo XX y con la crisis del constitucionalismo clásico, irrumpió el constitucionalismo social, y la óptica cambió; no se trataba de abolir lo valioso que admitió la etapa anterior del constitucionalismo, sino de ampliarlo con nuevos contenidos, tales como los derechos sociales, económicos y la cuestión relativa a la relación empleador-trabajador.

El constitucionalismo social consideró que el Estado debía estructurar y promover un orden económico justo, que permitiera el acceso de todos los hombres a las fuentes de trabajo y de producción, y que hiciera posible una distribución equitativa de la riqueza y de los bienes de producción y de consumo.

Así se pasó del Estado Gendarme -que solamente cuidaba y vigilaba- al Estado Social que hacía y promovía.

En esta etapa podemos ubicar fundamentalmente dos reformas: la peronista de 1949 y la de 1957, producto del gobierno de facto de la Revolución Libertadora.

Sin perjuicio de lo antedicho, y como aditamento especial de nuestra reflexión en el presente trabajo, cabe destacarse que, a partir de la década de 1960 en adelante, surgió Internet. La red de redes, que todo lo impregna en la actualidad, constituyó un avance para aquella época, permitiendo poco a poco la información y la comunicación, ambas a gran escala.

En ese contexto, -en pleno tránsito de la segunda revolución digital-, a fines del siglo XX tuvo lugar la reforma de 1994, que compartió algunos puntos en común con la enmienda de facto de 1972 (duración de mandatos presidenciales, incorporación del tercer senador, elección directa de senadores y presidente y vice, segunda vuelta o ballotage, entre otros).

A treinta años de la reforma constitucional

Lo cierto es que la reforma 1994 marcó un punto de inflexión en la estructura política y legal del país. Introdujo cambios significativos en la Constitución Nacional, buscando adaptar el marco jurídico a las nuevas realidades económicas, sociales y políticas del momento. Entre las principales modificaciones, se destacan la incorporación de derechos humanos, los derechos políticos, de tercera generación (medio ambiente y usuarios y consumidores), la inserción de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, la creación del cargo de Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y la regulación de la reelección presidencial, etc.

Sin embargo, la estructura en la que se asentaron esas prerrogativas y la Constitución en general hoy vigente tiene que ver con esquemas de poder, necesidades y desafíos propios de los siglos XIX y XX, muy poco compatibles con las necesidades del siglo XXI, a las que en pocos años iba a entrar a regir.

Analicemos la reforma.

III. Los antecedentes, la ley n° 24.309 y la reforma. Antecedentes

Cuando se restableció la democracia en el año 1983, se lo hizo bajo las previsiones de la Constitución Nacional de 1853 con sus reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957.

Fueron muchos los proyectos que Alfonsín pensó ejecutar. Entre ellos, creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia bajo la guía de Carlos Santiago Nino. La idea era convocar a un grupo de constitucionalistas de diferentes partidos para que dieran su opinión acerca de una posible reforma constitucional.

Este Consejo para la Consolidación de la Democracia, en 1987, aconsejó la reforma constitucional. Pero justo fue ese año donde las posibilidades reeleccionistas para Alfonsín fueron acabando, primero por el problema que enfrentó con los militares y luego, a partir de 1988, con el grave dilema económico, con lo cual se desterró toda posibilidad de reforma constitucional.

El proyecto -un dictamen bastante extenso- contemplaba la reelección presidencial con acortamiento del mandato a cuatro años; la figura del Primer Ministro; la reglamentación de los decretos-leyes (decretos de necesidad y urgencia); y la inclusión de los derechos humanos de tercera y cuarta generación, entre otras cuestiones. Se pregonaba restar facultades del Poder Ejecutivo y acrecentar las del Poder Legislativo. Se propuso un sistema parlamentario mixto de gobierno en lugar del presidencialismo que venía operando en nuestro país. Pero finalmente se truncó, y Alfonsín delegó el mando presidencial el 8 de julio de 1989 en Carlos Saúl Menem.

Recién en 1992, recobró fuerza la idea de reforma constitucional, la cual contemplaría la reelección del presidente.

El 7 de julio de 1993 se presentó un proyecto de reforma constitucional por el bloque de senadores justicialistas que contempló muchas de las cuestiones planteadas en el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia.

No obstante, al menemismo se le dificultaba alcanzar la mayoría de los dos tercios sobre el total de los legisladores, para que el Congreso declarara la necesidad de la reforma constitucional. Al igual que en las vísperas de la reforma de 1949, se debatió si la función pre-constituyente del Congreso requería el voto de los dos tercios del total o de los presentes.

El oficialismo carecía de aquella mayoría en la Cámara de Diputados, aunque pretendía obtenerla en la de Senadores, por lo cual empezó a preparar el terreno para lograr la declaración de necesidad de la reforma constitucional.

El diputado por la UCeDe, Durañona y Vedia, a pedido del justicialismo, presentó un proyecto para reglamentar el artículo 30 de la Constitución Nacional, determinándose en esa ley que los dos tercios debían ser sobre los miembros presentes una vez que se hubiera logrado el quórum. Concretamente el artículo 5 establecía: “La proporción indicada en el artículo 30 de la Constitución sobre la votación es de las dos terceras partes de los miembros presentes en la sesión de cada Cámara”.

A treinta años de la reforma constitucional

El debate se postergó para luego de las elecciones legislativas de octubre de 1993. La deliberación se reanuda recién en el Senado en noviembre, sobre la base de un acuerdo logrado con el sanjuanino Leopoldo Bravo.

Pero el oficialismo decidió avanzar por otro lado, convocando a una consulta popular voluntaria -plebiscito- para el día 21 de noviembre de 1993, mediante el Decreto N° 2181/93. La ciudadanía se iba a expresar acerca de si quería o no la reforma constitucional.

Unos días después, Alfonsín, que había sido designado presidente del partido radical, decidió entrevistarse con Menem en la quinta de Olivos, y el 14 de noviembre de 1993 firmaron el Pacto de Olivos, por lo que no resultó necesario que se llevara a cabo el plebiscito, el cual fue dejado sin efecto mediante el Decreto N° 2339/93.

En este pacto acordaron a grandes rasgos los temas que se iban a reformar, entre los que se destacaron: la parte dogmática de la Constitución no sufriría reformas (se mantendrían los 35 artículos tal como estaban), consolidar el orden democrático y el equilibrio entre los poderes; atenuar el sistema presidencialista; reducir el mandato presidencial con una sola reelección (debiéndose considerar el mandato de Menem como el primero); eliminar el requisito de ser católico para el presidente; elección directa de tres senadores por provincia y tres por CABA; elección directa de presidente y vice, con sistema de doble vuelta; elección directa del intendente de la Capital; extensión de las sesiones del Congreso; Decretos de Necesidad y Urgencia; modo de designación y remoción de jueces; afianzamiento del Poder Judicial; fortalecimiento de Organismos de Control, rediseño del sistema federal; intervención provincial como facultad del Congreso; y favorecimiento la integración latinoamericana.

Luego del Pacto de Olivos, se sucedió la reunión de los equipos técnicos en la Rosada, en la que pusieron la "letra chica" y que terminó conociéndose como Pacto de la Rosada del 13 de diciembre de 1993: nada más ni nada menos que el proyecto de Ley N° 24.309.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

El 29 de diciembre de 1993 el Congreso aprobó la Ley N° 24.309, que estableció la necesidad de la reforma. Fue publicada en el Boletín Oficial el 31 de diciembre de aquel año, mediante el Decreto N° 2700/93.

IV. Ley n° 24.309

Esta ley que convocó la necesidad de la reforma plasmó concretamente todo lo previamente acordado por los dos bloques más importantes -Justicialismo y la UCR-, previendo un lapso de noventa (90) días para que el Órgano Constituyente realizara su labor.

En el artículo 2 incluyó el núcleo de coincidencias básicas, el famoso paquete con cláusula cerrojo que solamente podía votarse de forma completa por sí o por no. Ese núcleo incluyó todo lo pactado en Olivos y la Rosada.

Por su parte, en el artículo 3 se contemplaron ciertos temas habilitados para ser tratados -y eventualmente reformados- por la Convención Constituyente de modo libre e individual.

El campo de actuación de la Convención estaba limitado al contenido de lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de la Convención, siendo nula de nulidad absoluta cualquier modificación, derogación o agregado que se hiciera en contra de ello.

A mayor abundamiento, quedó plasmado también en la declaración de necesidad de reforma, la prohibición de alterar y/o modificar la primera parte de la Constitución (artículos 1 al 35).

V. Reformas. Los derechos fundamentales. Y la parte orgánica

La reforma constitucional de 1994 reconoció múltiples derechos fundamentales, y en particular, otorgó rango constitucional a múltiples instrumentos de Derechos Humanos, modificando de ese modo la supremacía del bloque federal del artículo 31 de la Ley Fundamental.

A treinta años de la reforma constitucional

Ahora bien, resulta interesante que primeramente podamos definir qué entendemos por derechos fundamentales.

Las Constituciones nacionales suelen emplear de modo indistinto diversas denominaciones para esas facultades subjetivas (derechos fundamentales, libertades, derechos de los habitantes, etc.), pero ha de destacarse -como sostiene Moisés BARRIO ANDRÉS⁹¹- que la categoría de derechos fundamentales es la utilizada predominantemente en el lenguaje jurídico para comprender los derechos humanos que están positivizados y dotados de una garantía en la Constitución.

En ese sentido, la reforma de 1994, a los ya reconocidos derechos contemplados entre los artículos 1 al 35, introdujo los derechos políticos, sustancialmente por medio de la inclusión del sufragio -derecho de elegir y ser elegido- y los partidos políticos. Podríamos decir que, de algún modo, estaban presentes en el artículo 33 de los derechos no enumerados o implícitos, en virtud de que este último artículo contemplada todos aquellos que derivaren de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno. No obstante, fue primordial su inclusión explícita en la Carta Fundamental.

Por otra parte, se incluyeron mecanismos de democracia semidirecta a través de la iniciativa popular y la consulta popular (artículos 39 y 40, respectivamente), plasmándose uno de los objetivos de lo pactado en Olivos y la Rosada.

Por un lado, la facultad del pueblo de presentar proyectos de ley, contando con el aval del 1,5% del padrón electoral, sin entrometerse en determinadas materias vedadas por la propia Carta Fundamental como reforma constitucional, presupuesto, Tratados internacionales, materia tributaria y represiva; y por otro, la facultad de emitir opinión en determinados asuntos, sean proyectos de ley -referéndum- o bien actos esencialmente políticos -plebiscito-, a requerimiento de los gobernantes.

91 BARRIO ANDRÉS, *Formación y evolución de los derechos digitales*, Ed. Olejnik, 2021.

No obstante, la realidad se ha encargado de evidenciar la poca y prácticamente nula injerencia del pueblo dado el escaso uso que se ha hecho de estos mecanismos en estos treinta años.

Siguiendo la línea de las reformas, y como gran avance de la época se positivizaron los derechos colectivos mediante la preservación del medio ambiente y la protección de usuarios y consumidores, habilitando la vía del amparo colectivo cuando alguno de ellos se viera ultrajado.

En mi opinión, como eje central e innovador teniendo en cuenta la época y el tránsito de la segunda revolución digital de entonces, podemos afirmar que, con la última reforma constitucional de 1994, se ha pasado a reafirmar la protección de datos personales como un derecho de tercera generación, basándose en la libertad informativa como un nuevo derecho del individuo a tutelar su propia identidad informática, concretada en la garantía de acceso y control de las informaciones procesadas en bancos de datos por parte de las personas a las que conciernen.

Frente a la creación y proliferación de bases de datos inmensas, que recolectan datos de las personas a través de diversos medios (encuestas, redes sociales, búsquedas por páginas web, entre otros), los que a su vez pueden viajar velozmente (por no decir instantáneamente) se hizo necesario crear una garantía procesal ágil que protegiera acerca de errores, inexactitudes, desinformación, mal uso de ella, o de la divulgación de información sensible o íntima.

Citando el caso “Ganora”⁹², la Corte sostuvo “el creciente almacenamiento y recopilación de datos de carácter personal en el mundo moderno, facilitado en gran parte por el avance de la informática, torna razonable consagrar un derecho especial que proteja a las personas humanas para controlar la información que de ellas consta en los registros, archivos o bancos de datos”.

92 CSJN (16/9/1999) “Ganora, Mario Fernando y otra s/hábeas corpus”.

A treinta años de la reforma constitucional

De estos registros podían -y pueden- emerger varios conflictos sobre otros derechos como el honor, la privacidad e intimidad, la imagen, etc., por lo que su contemplación a nivel jurídico-constitucional fue clave.

El concepto de autodeterminación informativa quedó plasmado entonces en nuestro Derecho local, cuando en el artículo 43 de la Constitución se incluyó la acción de hábeas data para investir a todo individuo del derecho de acceso, rectificación, cancelación y confidencialidad de la información a ellos referida.

Años más tarde, recién en octubre de 2000, se sancionó la Ley N° 25.326 de protección de datos personales, de la que también se desprende que la autodeterminación informativa, tal como sostiene PALAZZI⁹³, refiere a la soberanía del titular de datos sobre la información a él referida. Y esa soberanía no sólo presupone garantizar el acceso sino también la facultad de rectificación, supresión como así también petitionar por su confidencialidad, máxime cuando se trata de datos sensibles.

Esto sin duda fue un logro claramente atribuible a la reforma de 1994 como pionera en la materia.

También se contempló en el mencionado artículo 43 la acción de hábeas corpus, hasta entonces de existencia legal, y que sólo había experimentado regulación constitucional en la reforma peronista de 1949, derogada por una proclama militar de la Revolución Libertadora en abril de 1956; y la acción de amparo, de origen pretoriano con los casos “Siri” y “Kot” de 1957 y 1958, respectivamente, y con regulación de decreto-ley desde el año 1966 (gobierno de facto de Juan Carlos Onganía).

Estas acciones fueron un gran acierto. Toda prerrogativa debe ir acompañada de mecanismos eficaces que la tornen operativa y no la conviertan en letra muerta.

En lo que respecta a los derechos reconocidos en la parte orgánica, el artículo central y por excelencia a destacar es el

93 PALAZZI, P. A., “La protección de datos personales: doctrina y jurisprudencia”, 2021, Tomo 2, pág. 96.

artículo 75 inciso 22 2° párrafo. Allí se jerarquizaron constitucionalmente once instrumentos de Derechos Humanos, lo que modificó claramente la supremacía del bloque federal del artículo 31 de nuestra Ley Fundamental.

Estos instrumentos se entendieron complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Ello así toda vez que, al gozar del mismo rango normativo, no pueden contradecirse.

Con los años, y bajo estricto cumplimiento del mecanismo previsto en el párrafo tercero del mencionado artículo, se incorporaron nuevos instrumentos, a saber: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997), Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad (2003), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014) y Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (2022).

Como vemos, el concepto de derechos fundamentales se fue ampliando con el correr de los años, e incluso podemos afirmar que aparece como un concepto abierto, cambiante, mutante que no se agota con lo ya regulado hasta este momento, sino que dependen de los sujetos y necesidades propias de cada período histórico.

En ese sentido, resulta atinado traer a colación el concepto de Constitución de VANOSSÌ, según el cual “es un enunciado institucional de las grandes “reglas del juego” político y social que una comunidad adopta, *para un cierto tiempo de su devenir histórico*, por medio de un determinado reparto de competencias y con proyección y *orientación hacia ciertos fines en los que la sociedad visualiza su porvenir*”⁹⁴ (el destacado me pertenece).

Hoy en día, en plena Cuarta Revolución Digital, nos encontramos en la necesidad de dar respuesta a las situaciones en

94 VANOSSÌ, Jorge R., *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*, Eudeba, Buenos Aires, 1987.

las que los usuarios del ciberespacio nos vemos involucrados, evitando lagunas y fijando condiciones que permitan la transformación digital de un modo ordenado y eficiente, reconociendo la importancia de derechos fundamentales *stricto sensu* en materia digital, como por ejemplo el derecho de acceso igualitario a internet y la neutralidad de red, máxime teniendo presente que estos últimos se erigen como la puerta hacia otros derechos (trabajar, estudiar, educarse, comerciar, etc.). Sin dudas, reconocer estas prerrogativas en la Constitución se nos presenta como un real desafío para lo venidero en estos años.

Por lo demás, y atendiendo estrictamente a la parte orgánica de nuestra Carta Suprema y, en consecuencia, a la relación representante-representado, podemos observar algunas reformas sustanciales.

En primer lugar, elección directa de presidente y vicepresidente, con sistema de doble vuelta -o *ballotage*-, con posibilidad de una sola reelección inmediata. Cabe recordar que esto último había sido el gran objetivo de la reforma constitucional por parte del menemismo.

A mayor abundamiento, se incluyó la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, con la intención de atenuar el sistema presidencialista. Esta figura típica de un sistema parlamentario, nombrado y removido por el presidente, tuvo como misión atenuar el poder de este último, aunque lejos estuvo de eso. Quizás hubiese sido mejor robustecer los demás poderes a efectos de ejercer un control o perfeccionar el sistema de frenos y contrapesos que crear una nueva figura que, aunque con algunas funciones importantes, fue colocada en definitiva como dependiente de la figura a limitar.

También como parte de las atribuciones del presidente, se previó la facultad de dictar Decretos de Necesidad y Urgencia (DNU), excluyendo nada más que la materia penal, la materia tributaria, el régimen electoral y el régimen de los partidos políticos. Todo lo demás puede ir por DNU, lo cual pareciera grave o al menos un tanto excesivo.

Asimismo, también se incluyó la elección directa de senadores y la incorporación de un tercer senador por cada provincia

y uno por la ciudad de Buenos Aires, siendo dos por la mayoría y uno por el partido político que le sigue en número de votos. Esto, vale decir, fue un acierto desde el punto de vista de inclusión de las minorías.

El mandato de los senadores fue acortado a seis años, y el de diputados a cuatro.

Se incluyeron órganos de control autónomos como la Auditoría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, el Consejo de la Magistratura, el Jurado de Enjuiciamiento y el Ministerio Público, encargados de la *accountability* horizontal⁹⁵, en el sentido de control entre órganos públicos del Estado.

Sin embargo, a mi entender, no se previó un mecanismo de *accountability* vertical por parte del pueblo, el cual sólo cuenta con la instancia de las elecciones y con mirada retrospectiva, lo que evidencia la débil injerencia sobre las decisiones públicas. Sólo tienen la facultad de despedir a los gobernantes al término de su mandato si la política que emplearon no los satisfizo, lo cual no garantiza que la nueva elección vaya a mutar el estado de las cosas.

El gobernante no tiene obligación de cumplir sus promesas electorales, y el pueblo no cuenta con la posibilidad, así como deposita su confianza en los gobernantes, de retirarla antes de concluir el mandato, cuando un motivo de importancia así lo requiriese. No existen válvulas de escape.

A modo de cierre del presente acápite, quiero destacar que no resulta un detalle menor tener en cuenta que, desde un principio, desde el origen de la reforma, se limitó la función preconstituyente del Congreso, constitucionalmente encargado de fijar en la ley que declara la necesidad de la reforma los alcances y el contenido de la misma, pero producto de su debate y posterior votación, no de un acuerdo entre líderes políticos preestablecido que adoptara forma de ley.

95 IRIZARRY VÁZQUEZ, W., “Hacer cumplir las leyes en la era de los entes autónomos: reforma o abandono de la teoría del poder ejecutivo”, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política, Bogotá, 2006.

A treinta años de la reforma constitucional

Por el contexto y los antecedentes históricos está a las claras que el contenido de la reforma fue producto de un acuerdo entre líderes políticos del momento, conforme sus deseos e intereses.

En consecuencia, también se limitó políticamente la función de los convencionales constituyentes. En palabras de VANOSI⁹⁶ “La justificación del art. 5° por razones ‘políticas’ entronca, por lo demás, en la raigambre del más puro decisionismo, que es como decir que habrá de prevalecer el capricho e interés de los actores y gestores del Pacto por sobre la voluntad del pueblo que se traduce en los Constituyentes”. De ese modo, se convirtió a la Convención Reformadora en “un órgano superfluo”, con “competencia castrada”, en una asamblea “refrendataria” y resignada a pronunciar el “amen”.

VI. A treinta años de la reforma, ¿hacia qué horizonte miramos? ¿Nace un nuevo poder constituyente?

Nuestra Constitución históricamente fue calificada como rígida a la hora de encarar cualquier proceso de reforma dado que el artículo 30 requiere una mayoría especial o agravada para su convocatoria. Sin embargo, hoy en día se debería empezar a contemplar la posibilidad de flexibilizar dicho mecanismo en pos de que las generaciones presentes podamos modificar ese compromiso original y sus respectivas reformas, ampliarlo y dotarlo de nuevas prerrogativas y contenidos acordes a los sujetos y necesidades de este tiempo.

La realidad, tres décadas después, nos encuentra inmersos en un universo digital. Este escenario tecnológico está formado por almacenamiento en la nube, las plataformas, las aplicaciones, las redes sociales, los distintos dispositivos, la inteligencia artificial, la robótica, la nanotecnología, el *big data*, además de todos los operadores, y usuarios.

96 VANOSI, J. R., “Algunos aciertos y desaciertos de la reforma constitucional de 1994”, Revista Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

Así como la era industrial se basó en la producción, la era de la información se fundamentó en la comunicación y la información electrónica, ambas a gran escala. De la etapa del capitalismo financiero se pasó a lo que se ha denominado el capitalismo informacional y digital, también llamado “capitalismo del conocimiento”.

Pero de forma posterior, y ya adentrándonos en el siglo XXI, se produjo una nueva metamorfosis: la sociedad digital, acentuada primordialmente luego de la emergencia sanitaria provocada por el Covid 19. En esta nueva era la tecnología digital vino a funcionar como único puente abierto a todo: las relaciones familiares, sociales, culturales, sanitarias, económicas, laborales, comerciales, educativas e incluso las jurídicas y políticas. También nuestra relación con el Estado está mediatizada por las TICs.

Hoy nos encontramos inmersos en una sociedad completamente digital, que está dando lugar a la industria 4.0, también conocida como la Cuarta Revolución.

Todo este contexto fue coadyuvado por diversas cuestiones fundamentales.

En primer lugar, y producto también de la ya mencionada emergencia sanitaria del Covid 19, cada vez es mayor la cantidad de individuos que hacen uso de Internet y desde cualquier dispositivo, especialmente teléfonos móviles.

Si bien aún la concepción del acceso a Internet como un derecho humano fundamental plasmado en nuestra Constitución Nacional dista mucho de ser una realidad, no menos cierto es que vivimos en una sociedad hiperconectada, y que la red de redes es un recurso esencial por nuestros días.

Producto de ello es loable reconocer también como parte de una realidad tangible y visible el papel que han adquirido las redes sociales y las diversas plataformas, lo que nos ha llevado muchas veces a replantearnos qué entendemos por privacidad e intimidad, producto de la ambivalencia constante entre lo público y lo privado. Qué está permitido y qué no, donde emerge la responsabilidad de los buscadores de internet, de los proveedores, de terceros, etc. Esto ha provocado que el De-

recho tuviera que poner su mano interventora para poder dirimir conflictos relacionados con derechos fundamentales en el mundo del ciberespacio.

Ello sumado a la comunicación e información, ambas a gran escala, se presenta un enorme desafío desde lo político, institucional, y desde lo jurídico-constitucional.

Migrar los institutos jurídicos y marcos normativos que sustentaron la sociedad industrial hacia el nuevo contexto actual implica una gran capacidad de adaptación y una revisión conceptual. Esto es fundamental para fomentar el progreso y la innovación, sin dejar de lado el respeto por las garantías y libertades esenciales.

Y ello también implicará producir cambios en la parte orgánica de nuestro texto fundamental dado que, con esquemas de poder propios de los siglos XIX y XX, muy poco compatibles con las necesidades del siglo XXI, corremos el riesgo de caer en lo que Russo denominó “Constitucionalismo contradictorio”⁹⁷, es decir, *aggiornare* una parte de la Constitución, pero dejar intacta la otra mitad.

Es verdad que aún existen estructuras y marcos legales de contextos anteriores que sostienen la nueva sociedad. Además, los nativos digitales coexisten con los inmigrantes digitales, que son aquellos que crecieron en un entorno analógico y se están adaptando a esta nueva realidad digital.

Asistimos a una enorme transformación digital en la que sustantivamente no podemos dejar de reconocer que nuestra cotidianidad está impregnada de Internet y las tecnologías de la información y comunicación: al trabajar, estudiar, socializar, e incluso cuando disponemos de tiempo de ocio, todo lo genera un sinnúmero de oportunidades, pero también plantea enormes desafíos.

En ese orden de ideas, es esa propia realidad digital la que exige adaptar la Constitución y nuestro sistema jurídico, que

97 RISSO, G., “A 25 años de la Constitución del ‘94. Constitucionalismo contradictorio”, publicado en Revista La Ley, 2019.

ha nacido y se ha desarrollado en un contexto totalmente diferente con relación al presente en el que se desenvuelve, y que hasta podría poner en jaque su propia validez, generando inseguridad jurídica para sus propios habitantes.

Aquí es donde entiendo clave el concepto de constitucionalismo digital.

Al igual que respecto al Constitucionalismo Clásico y al Social, con el Constitucionalismo Digital estamos frente a un proceso jurídico y político.

El proceso de constitucionalización de la sociedad digital no es un hecho consumado, sino que debe entenderse como un proceso continuo y gradual, en plena construcción. Claro que con una mirada disruptiva y singular.

Siguiendo al Dr. GIL DOMÍNGUEZ ⁹⁸, en su diálogo con Chat-GPT, podríamos decir que “el Constitucionalismo Digital es un término que refiere a la idea que los derechos y libertades individuales deben ser protegidos y respetados en el contexto de las tecnologías digitales”. Asimismo, sostiene que “las normas y principios constitucionales deben ser aplicables y adaptarse a las nuevas formas de comunicación, información y tecnología, garantizando la privacidad, libertad de expresión, el derecho de información y otros derechos fundamentales del entorno digital”. También “se ocupa de abordar todos los desafíos y oportunidades que plantea la tecnología digital para el derecho constitucional y los derechos humanos del siglo XXI”.

La idea no es abolir todo lo valioso que se ha conquistado históricamente sino ampliar dichos contenidos en consonancia con las necesidades actuales.

En este contexto de metamorfosis producto de las Tics, cabe preguntarnos: a treinta años de la última reforma constitucional ¿nace un nuevo poder constituyente con la necesidad de establecer revisiones periódicas de nuestra Carta Fundamental? ¿Estamos camino a una Constitución Inteligente?

98 GIL DOMÍNGUEZ, A., *Constitucionalismo Digital*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ediar, 2023.

Lo señalado nos demuestra a las claras que la sociedad que dio luz a la Constitución de 1853 con todas sus reformas -como la de 1994, que especialmente nos convoca- ya no existe como tal. Los términos de ese pacto son muy valiosos, pero en la actualidad existen otros que nos obligan a replantearnos el contenido de nuestro sistema constitucional.

En este siglo XXI que transitamos totalmente digital hallamos la fuerte presencia de *Big Data*, Inteligencia Artificial, *Blockchain*, Internet de las Cosas, que nos muestran a diario la transformación disruptiva que vivimos y que no sabemos dónde culminará.

Esto nos lleva a la idea de pensar en una futura Constitución escrita, además del lenguaje asequible por el ser humano, en lenguaje criptográfico, es decir, un nuevo pacto plasmado en una Carta Fundamental concebida como una suerte de contrato inteligente, pero sin caer en la completa deshumanización y en el autoritarismo digital. Asimismo, ello acompañado de una reconfiguración de la relación representante-representado por medio la celebración de *smarts contracts* entre dichas partes.

Un contrato inteligente (en inglés *smart contract*) es un programa informático que facilita, asegura, hace cumplir y ejecuta acuerdos registrados entre dos o más partes ⁹⁹.

La particularidad de estos contratos es que gozan de auto-ejecutabilidad, es decir, ni bien se cumple la condición preconfigurada se ejecuta el contrato sin más intervención humana que la que determinó la celebración de ese contrato, pero siempre sobre la base de activos reales.

A raíz de esto último, es dable destacar que, cuando hablamos de activos reales y obtener información, la herramienta digital por excelencia es el *Big Data*, que refiere precisamente a obtención copiosa y voluminosa de datos producto de la conexión por intermedio de diferentes dispositivos de todos los seres humanos.

99 https://es.wikipedia.org/wiki/Contrato_inteligente

Con el *Big Data* se obtienen datos de diversa índole. La idea radicaría en tomar esta herramienta como la piedra angular que sirva de enorme insumo para que sean conocidos e inferidos gustos, preferencias, intereses y problemáticas de la sociedad. Sería la información almacenada y a la vez, el proceso que la haga útil.

La importancia de ello radica en que, una vez obtenidos dichos datos, serían procesados, y automatizados para identificar los problemas adecuadamente, y junto con el problema, la diversa gama de soluciones, contribuyendo a potenciar las funciones del Estado, para lo cual no sería necesario el consentimiento del individuo como basamento jurídico que justifique la recolección en el caso de hallarse incluidos datos personales (art. 5 apartado 2 inciso b de la Ley N° 25.326).

Sin perjuicio de ello, otra herramienta tecnológica fundamental lo constituye la “cadena de bloques” o *blockchain*, entendiendo por tal toda base de datos distribuida que registra bloques de información y los entrelaza para facilitar su recuperación y la verificación de su autenticidad. Los bloques de información se enlazan mediante apuntadores *hash* que conectan el bloque actual con el anterior, y así sucesivamente. Esto es vital para el nuevo modelo de Constitución y los contratos inteligentes a celebrar.

Sin constituir el objeto del presente un desarrollo técnico informático, sí podemos afirmar que, a la hora de ejecutar la Constitución y la relación gobernante-gobernado mediante *smarts contracts*, la *blockchain* proporcionará transparencia y confiabilidad al tratamiento de datos, dado que elimina la intervención de terceros en ese proceso. Sería una especie de escribano, en palabras de Rubén FLORES DAPKEVICIUS¹⁰⁰.

Es clave entender este nuevo Pacto/Constitución sobre la base de ciertas condiciones que, de cumplirse, permitirían la

100 FLORES DAPKEVICIUS, R., “Legaltech y Derecho Digital, Inteligencia Artificial, Blockchain y neuroderechos”, Euro Editores, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2024.

A treinta años de la reforma constitucional

ejecución de determinadas acciones de gobierno que, libradas a la voluntad de los políticos de turno, difícilmente se lograrían.

La autoejecutabilidad podría preverse, por ejemplo, para la sanción de determinadas leyes necesarias en materia educativa, económica, de seguridad y salud pública, elección de determinados cargos políticos -para los que se suelen exigir mayorías calificadas que nunca se alcanzan-, actualizaciones periódicas de la Constitución con incorporación de prerrogativas fundamentales (como el acceso a internet y la neutralidad de red, entre otras, hoy ausentes en la Ley Suprema) y nuevos contenidos, sirviéndose de información previamente obtenida, procesada y automatizada conforme las necesidades y requerimientos de la sociedad.

No obstante lo hasta aquí expuesto, adoptar esta concepción de Constitución también tendrá un fuerte impacto en términos democráticos. Puntualmente en lo que atañe a la participación de la ciudadanía en los asuntos de gobierno.

Si bien la reforma de 1994 estableció mecanismos de democracia semidirecta -como la iniciativa y la consulta popular- bien sabido es la poca -por no decir nula- incidencia que han tenido en los actos gubernamentales.

En la actualidad el representado se limita a elegir cada cierta cantidad de años a sus gobernantes, y el único control que ejerce responde a un tipo de *accountability* vertical -justamente en las elecciones- pero con mirada retrospectiva, lo que pone a las claras lo vetusto de nuestro sistema vigente y la nula injerencia en asuntos públicos.

En ese sentido, la tecnología de *Big data*, la *blockchain* e Inteligencia artificial -esta última específicamente a través de sistemas de soporte para la toma de decisiones (DSS por sus siglas en inglés)- permitirán integrar con mayor eficacia tanto a los nativos como a los inmigrantes digitales de forma directa con los asuntos de gobierno.

Por medio del gran volumen de datos automatizados, previamente obtenidos por plataformas, búsquedas en Google, redes sociales, etc., aquéllos conocerán gustos, intereses y pre-

ferencias del electorado, y la mayor o menor aceptación que puede generar en este último la adopción de determinadas decisiones.

Primeramente, mejorará la eficacia de los procesos electorales dado que por medio de la tecnología de *blockchain* se garantizará confiabilidad y veracidad de todos los registros y transacciones.

Además, la idea de suscribir *smarts contracts* para el cumplimiento de ciertas atribuciones y deberes constitucionales de cada función del poder reconfigurará la relación gobernante-gobernado. Por medio de ciertas condiciones preconfiguradas y la autoejecutabilidad que caracteriza a estos últimos, no habrá margen de error de aquéllos.

Para todo esto, se podrán designar comisiones con expertos en la materia, y se podrá también hacer uso de Sistemas Expertos Legales, nada más ni nada menos que la propia Inteligencia Artificial como soporte de las decisiones a adoptar, con base de conocimiento (información), motores de inferencia e interfaces de usuarios.

El famoso debate y la discusión como tamiz de las decisiones políticas públicas -como sostenía MANIN¹⁰¹- se sustentará en toda esta información, para finalmente traducirse en condiciones preconfiguradas de los mentados *smarts contracts*. Es decir, que exista una relación más estrecha entre gobernantes y gobernados, que no sea el voto la única voluntad forzosa del ciudadano.

Todo esto permitirá objetivizar las funciones del gobierno y respetar no sólo la voluntad popular sino primordialmente atender sus necesidades y gestionar sus conflictos. Nada más ni nada menos que la democracia entendida como la forma de gobierno pura de ARISTÓTELES: gobierno de la mayoría, pero en favor de toda la comunidad.

101 MANIN, B., "La democracia de los modernos. Los principios del gobierno representativo", Revista Sociedad, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, n° 6, 1995, pp.13-38.

A treinta años de la reforma constitucional

En virtud de lo antedicho, entiendo que, si bien el constitucionalismo digital no pretende alterar el ADN ni la estructura dual de nuestra Constitución traducida en declaraciones, derechos y garantías, por un lado, y división del poder, por otro, sí perpetuará cambios sustanciales en el alcance de lo que se entiende por derechos fundamentales, en los modelos de gobernanza, organización institucional y reconfiguración de la relación representante-representado, lo que demanda a gritos el ejercicio de un nuevo poder constituyente.

Claro que ese poder constituyente a ejercer ya no podrá ser originario, no sólo porque no estamos en la etapa fundacional de nuestra organización política sino porque tampoco alteraremos la esencia de la Constitución ni la reemplazaremos por completo. La idea no es abolir todo lo valioso que se ha conquistado históricamente sino ampliar dichos contenidos en consonancia con las necesidades actuales y a los sujetos de este tiempo que piensan, sienten y viven de un modo diferente.

Si el constitucionalismo clásico y la democracia representativa -cuya matriz de diseño y funcionamiento corresponden al siglo XIX- se resisten a este cambio, entonces la erosión continuará y esto afectará la esencia del constitucionalismo y los valores constitutivos que debemos mantener para la nueva etapa.

VII. Conclusión

A modo de conclusión, podemos afirmar que la reforma de 1994 en Argentina representó un avance significativo en su momento, aunque la realidad exige adaptar la Constitución y nuestro sistema jurídico, que ha nacido y se ha desarrollado en un contexto totalmente diferente con relación al presente en el que se desenvuelve.

Este proceso de constitucionalización digital no debe ser entendido como un hecho consumado sino continuo y gradual, claro que con una mirada disruptiva y particular.

Renegociar el pacto original y sus respectivas reformas, y crear mecanismos especializados capaces de ejecutar de forma

inteligente políticas públicas y gestionar conflictos, teniendo presente las TICs, constituyen los grandes desafíos en estos tiempos, ya que la falta de adecuación podría poner en jaque la propia validez constitucional, generando inseguridad jurídica para sus propios habitantes.

VIII. Referencias bibliográficas

BARRIO, M. (2021), *Formación y evolución de los derechos digitales*, 1ª ed., Olejnik.

BIDART CAMPOS, G. (1996,) *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Ediar.

FLORES DAPKEVICIUS, R. (2024), *Legaltech y Derecho Digital; Inteligencia Artificial, Blockchain y neuroderechos*, Buenos Aires, Euro Editores.

GELLI, M. A (2008), *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 4ª ed. ampliada y actualizada.

GIL DOMÍNGUEZ, A. (2023), *Constitucionalismo Digital*, Buenos Aires, Ediar.

GONZÁLEZ LÓPEZ, E. (2021), “*Los derechos digitales fundamentales: ¿es necesaria su reconfiguración en el ordenamiento jurídico?*”, *Revista de Derecho Administrativo*, pp. 234 - 267.

MAYÓN, C. A. (2023), *Derecho Constitucional Argentino*, 2ª ed. revisada, corregida, ampliada y actualizada, La Plata, Haber.

MUÑOZ, R. (2021), *Internet*, Buenos Aires, Astrea.

NICOLÁS HERRERO, M. del C. (2023) “La inclusión constitucional de los derechos digitales”, Madrid, España. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/69747/TFG%20-%20NICOLAS%20HERRERO%2C%20MARIA%20DEL%20CARMEN.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

PALAZZI, P. (2021), *Protección de Datos Personales: doctrina y jurisprudencia*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

RIOFRÍO MARTÍNEZ VILLALBA, J. C, (2014), “La cuarta ola de Derechos Humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, Volumen 25, p.15-45.

A treinta años de la reforma constitucional

SÁNCHEZ BARRILAO, J. F (2022), “Constitucionalismo digital: entre realidad digital, prospectiva tecnológica y mera distopía constitucional”, *Revista da AJURIS - QUALIS* vol. 49, núm. 152, 2022, pp. 395-418.

Derechos de la infancia y la adolescencia a treinta años de la reforma constitucional

Cintia Natalia CARRERAS JACZNIK

SUMARIO: I. Resumen.- II. La niñez como construcción social.- III. El reconocimiento de los DDHH de la niñez.- IV. La operatividad de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y las Opiniones Consultivas de la Corte IDH.- V. Promoción y protección de Derechos de la Niñez. La figura de abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes. Actuación.- VI. Situación actual.- VII. Conclusiones.- VIII. Bibliografía

I. Resumen

A treinta años de la reforma constitucional podemos advertir que se ha avanzado notablemente en nuestro país en la protección de derechos de la infancia. Sin embargo, a pesar de la abundante normativa y la incorporación de los Tratados internacionales con jerarquía constitucional, aún se visualizan deficiencias en el sistema de promoción y protección de derechos, así como prácticas contradictorias al plexo normativo de protección de los Derechos Humanos de niñas, niños y adolescentes.

El desfinanciamiento estatal actual y la falta de políticas sociales, programas y acciones en torno a promover, prevenir, asistir, resguardar y restablecer derechos de niñas, niños y adolescentes en términos de integralidad, nos aleja del estándar internacional de protección de derechos.

En el presente trabajo se abordará brevemente la evolución histórica conceptual de la infancia, como punto inicial para la comprensión de los cambios paulatinos y beneficiosos que nos llevaron al escenario actual, en relación al reconocimiento normativo de los Derechos Humanos de la niñez. Se expone brevemente la normativa nacional y provincial, en concordancia con los Tratados de DDHH y se pone de resalto la sanción

de una ley que recepta la figura de abogadas y abogados de NNyA, como transformaciones que van orientadas a garantizar el respeto de los principios, derechos y garantías del plexo normativo de protección de la niñez que lleva como estandarte a la Convención de los Derechos del Niño.

Palabras clave: Niñez - Protección- Derechos Humanos - Constitución -Tratados Internacionales

II. La niñez como construcción social

El concepto de niñez, desde el punto de vista antropológico, se ha ido modificando a través del tiempo y adquiriendo un significado distinto conforme las diferentes formas sociales y culturales. Muy sucintamente haré referencia a este tema, a los fines de brindar una aproximación a la concepción de la infancia en la actualidad. La misma es producto de un proceso que comienza en la Edad Moderna, con cambios sociales, políticos y económicos que modifican la mirada hacia la niñez, con una visión más protectora. Influyen en este cambio el catolicismo, el surgimiento del Estado moderno y el desarrollo del capitalismo, que direccionó la preocupación por mantener la calidad de vida de la población como capital humano para el trabajo en las fábricas, y se enfocó en el cuidado de la niñez como paso previo para llegar a la vida adulta en condiciones de poder aportar mano de obra productiva.

No se consideraba a la niña o niño como ser pequeño, en crecimiento y con sus propios sentires y experiencias, sino como ser humano en tránsito hacia la adultez, vale decir, no importaba como niño o niña, sino como el adulto que debía ser.

Esta individualización de la infancia vino de la mano con la idealización de la misma, considerando a niñas, niños y adolescentes (NNyA) como seres en formación, seres inacabados, incompletos e inmaduros, vulnerables física y psíquicamente, y como contrapartida se consideró a los adultos como seres acabados, completos y maduros y competentes para el cuidado y protección de la infancia.

A treinta años de la reforma constitucional

Se puso el foco en la formación y educación de futuros varones y mujeres, propiciando una educación diferenciada, proyectada en lo que la sociedad esperaba de esas personas al llegar a la adultez, ofreciendo una educación ajustada a las distintas clases sociales conforme a las expectativas de futuro de esas niñas y niños. Marcando las desigualdades de tipo racistas y sociales, así como de marcada orientación patriarcal y misógina.

En este período que podemos llamar de hegemonía educativa, la escuela tuvo un papel preponderante. La educación se basó en alcanzar modelos sociales, con un programa institucional sagrado, asentado en valores incuestionables, conceptos basados en la razón, la nación, el progreso y la ciencia, innegociables y con carácter universal. Cuestionarlos implicaba generar escándalo y desatar la violencia.

Esto significó, al decir de PINEAU P. (2001) que la escuela triunfó en la modernidad y se instaló socialmente como una máquina de educar. Se constituye a la educación como un fenómeno por el cual el ser humano sale de la naturaleza y se culturaliza, la escuela establece límites, permite controlar los excesos del exterior.

En este proceso la familia se hace más privada, surge la llamada familia nuclear, y adquiere la función moral de educar correctamente a sus descendientes. Se jerarquizan los roles entre varones y mujeres, estas últimas fueron relegadas al espacio doméstico y los varones preparados para la vida laboral en el exterior del seno familiar.

Esta educación hegemónica no se dio en paralelo entre todas las clases sociales, existiendo una brecha marcada en las clases sociales menos favorecidas donde existía una marcada analfabetización, trabajo infantil y alto índice de mortalidad, lo cual implicó la intervención de la elite gobernante para paliar esta problemática que caracterizó como “insuficiencia o negligencia familiar en la crianza”. En dirección a ello se instrumentaron políticas de asistencia social tales como hogares para niñas y niños, hospitales para mujeres y la casa de niños expósitos o asilos de huérfanos. No se tomaban medidas

para combatir la situación social de esas familias. Comienza a gestarse la idea de que las familias no sólo tienen derecho sobre sus hijos sino también deberes y obligaciones. Es así que en 1919 se sanciona la Ley 10.903, “Ley de Patronato de Menores”, modificándose la idea de patria potestad derivada de la *patria potestas* originaria del Derecho Romano antiguo. La misma, que se caracterizaba como una forma de sometimiento del grupo familiar al poder absoluto del varón, se transformará en una composición de derechos y obligaciones. Se instaura así un mecanismo de supresión de la patria potestad ante el incumplimiento de deberes de quienes la ejercen y se establece un dispositivo de tutela estatal. En el devenir de las primeras décadas del s. XX se consolidó el modelo de mujer destinada a la crianza y a la producción de niños saludables y al varón como proveedor material y autoridad dentro de la jerarquía familiar.

En paralelo, el surgimiento de la medicina pediátrica instauró en el saber medicinal la preocupación por la mortalidad infantil, el infanticidio y el abandono de niñas y niños. Así surgieron desde este saber, los primeros intentos de protección de la infancia, difundiendo pautas de cuidado para prevenir y combatir enfermedades, constituyéndose el médico pediatra en una voz autorizada para hablar de la niñez, no dando relevancia a otros saberes, y restando importancia a los contextos socioeconómicos.

Eventualmente se comenzó a debatir sobre quiénes serían las personas responsables de dar protección a este grupo etario y surgieron distintas formas de investigación científica de la niñez, consolidándose la pediatría como orientación médica específica y dando paso a otros saberes que aportaron en este proceso como la puericultura, la pedagogía, la psicología y la psiquiatría, entre muchos otros factores incidentes.

“Todas estas disciplinas contribuyeron a definir algunos rasgos centrales y duraderos de lo que conocemos como definición moderna de infancia, a saber: que es una etapa escindible y separada de la vida; que posee una particular naturaleza que es la naturaleza infantil; que se trata de una etapa que

requiere el suministro de cuidados específicos y especialmente adaptados, y que también necesita específicos ámbitos de formación separados de los adultos y distribuidos por edades en tanto cada etapa requiere un diferente tratamiento y educación” (...) (VILLALTA, 2024, p. 60).

III. El reconocimiento de los DDHH de la niñez

A finales de la Segunda Guerra Mundial, con un costo humano de dimensiones exorbitantes, padecimientos inhumanos de millones de personas, tratos crueles y degradantes como la tortura, abusos y toda clase de humillaciones, surge como propósito de conservar la paz, la seguridad y la cooperación internacional, la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Habiendo fracasado La Sociedad de las Naciones de 1919 como organización fundada para evitar el conflicto armado, fue reemplazada por la ONU que oficialmente quedó constituida el 24 de octubre de 1945. A partir de ese momento y con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, más allá de las ideologías o intereses en juego desde lo político, económico y social, se abrió camino hacia el reconocimiento de derechos fundamentales que se prolongó hasta la actualidad.

En la República Argentina este proceso de consolidación de los DDHH se fue dando paulatinamente luego del resurgimiento de la democracia en 1983. En la última dictadura militar (1976-1983) se cometieron violaciones a los DDHH de forma sistemática con secuestros, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, apropiaciones de niñas y niños, ejecuciones, exilios, torturas, apropiaciones de bienes materiales y persecuciones, entre otras vulneraciones de derechos. Esa etapa de nuestra historia impregnada de salvajismo y calamidad culminó en 1983 con el gobierno democrático de Raúl Alfonsín, pero dejó graves y permanentes secuelas en nuestro pueblo, impregnado del horror y del dolor de centenares de familias.

Es por ello que al recuperar la democracia, había un consenso generalizado entre los partidos políticos de realizar

gestiones orientadas a la defensa concreta de los Derechos Humanos y al sostenimiento de la democracia. Eso condujo a que en el año 1994 se concretara la reforma constitucional que generó una modificación sustancial en el Derecho argentino.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos fue aprobada el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigencia en nuestro país el 18 de julio de 1978, reconociendo en el art. 19 que NNyA son merecedores de una protección especial. Este derecho a su vez está reconocido en el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Aun así, y estando en vigencia en nuestro país la Convención de los Derechos del Niño ratificada por la Ley 23.849 el 2 de septiembre de 1990, la cual fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre de 1989, fue recién luego de la reforma de la Constitución Nacional en 1994 que se generó un cambio rotundo en nuestro Derecho, con la incorporación del Art. 75 inc. 22 a nuestra Carta Magna.

Este artículo elevó a jerarquía constitucional varios instrumentos internacionales de DDHH, haciendo una enumeración de cuáles tendrían esa jerarquía, y considerando que los demás Tratados y Convenciones de DDHH luego de ser aprobados por el Congreso, podrán adquirir jerarquía constitucional con el voto de dos tercios de los miembros de cada Cámara.

Entre estos instrumentos se encuentra la Convención de los Derechos del Niño, principal Tratado internacional de protección de los Derechos de la Niñez que establece una protección especial de todas las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad (art. 1 CDN) en resguardo de sus derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos.

A partir de allí, conforme lo considera doctrina especializada, se inaugura una ciudadanía de la infancia.

Ello conforme al reconocimiento de niñas, niños y adolescentes como plenos sujetos de derechos, alejándose de manera sustancial desde el punto de vista normativo del modelo tutelar vigente no muchos años atrás. Advirtiendo, asimismo, que NNyA gozan de todos los derechos constitucionalmente reconocidos más un plus de derechos, es decir, derechos di-

A treinta años de la reforma constitucional

ferenciados de los adultos que surgen de ser personas que se encuentran en pleno desarrollo físico e intelectual, y que requieren indefectiblemente de la intervención de personas adultas para su cuidado y protección. Se considera que NNyA se encuentran en estado de vulnerabilidad por el solo hecho de serlo, siendo obligación de los progenitores, la sociedad y el Estado propiciar el reconocimiento y la efectividad del ejercicio de sus derechos y garantías.

“(...) Es por ello que resulta necesario conocer no sólo la Convención de los Derechos del Niño, sino también todo el plejo normativo internacional de DDHH, además de la normativa nacional en la materia. Recordemos que estos Tratados gozan de jerarquía constitucional a partir del año 1994, por la incorporación del art. 75 inc. 22 a nuestra Carta Magna y que el contenido de la normativa nacional debe adecuarse sistemáticamente a este nuevo paradigma de protección y reconocimiento de los DDHH en todo el orden jurídico.

Este cambio de paradigma que reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, implica que puedan intervenir en distintos espacios sociales como sujetos activos en la exigibilidad del respeto, protección y garantía de cumplimiento de sus derechos jurídicamente reconocidos.

La perspectiva de infancia adquiere especial relevancia en razón de contribuir al efectivo cumplimiento de sus derechos y coadyuvar a garantizar aquellos no satisfechos o vulnerados (...)” (CARRERAS JACZNIK, 2023).

IV. La operatividad de las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño y las Opiniones Consultivas de la Corte IDH

Como ya se mencionó, la reforma constitucional de 1994, por el art. 75 inc. 22, otorgó jerarquía constitucional a los Tratados y Convenciones de Derechos Humanos. Cabe advertir que con anterioridad a esta reforma, los Tratados internacionales ya tenían asidero en nuestra normativa interna por el art. 31 de la CN, generándose discusiones doctrinarias y fallos

jurisprudenciales en relación a la jerarquía normativa, dudas interpretativas que quedaron despejadas luego de la reforma.

La Convención de los Derechos del Niño establece la creación de un Comité de los Derechos del Niño en el Art. 43, el cual tiene la función de supervisar la aplicación de la Convención y sus Protocolos Facultativos en los países parte del Convenio.

Teniendo en cuenta que esta jerarquía de los instrumentos mencionados es reconocida en “las condiciones de su vigencia”, las Observaciones Generales del Comité, al ser un órgano creado por un artículo de la Convención la cual goza de jerarquía constitucional, se convierten en nuestro ordenamiento jurídico en fuentes de interpretación autorizada del texto internacional, integradas como fuentes formales de nuestra Constitución Nacional.

En cuanto a las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla dos situaciones en el art. 64:

“1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla en lo que le compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el protocolo de Buenos Aires.

2. La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Existen posturas encontradas en cuanto a la fuerza vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte; la mayoría de los autores clásicos como HITTERS o VIO GROSSI niegan el carácter vinculante, en tanto que doctrinarios más contemporáneos se inclinan por la postura contraria, tales como FAÚNDEZ LEDESMA y SALVIOLI. Esta última es la que más concuerda en términos de compatibilidad con nuestra legislación interna, ya que la misma Convención Americana de Derechos Huma-

nos otorga competencia a la Corte IDH para emitir opiniones referentes a la Convención y otros Tratados internacionales de Derechos Humanos, destinados a la protección de estos derechos. Estas Opiniones Consultivas tienen efecto jurídico vinculante en razón de que emanan de un órgano que tiene autoridad derivada de la propia CADH, que establece su creación y funcionamiento.

“La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos detenta una sólida base normativa que le ha sido otorgada por la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). Desde su primera decisión en 1982, la Corte ha construido un verdadero repertorio jurisprudencial sobre su competencia consultiva; sirviéndose de este pilar, desde el inicio de su práctica pretoriana y desarrollando una interpretación *pro homine* en la mayoría del contenido de sus opiniones consultivas emitidas, ha consolidado esta competencia definida como de características únicas en el derecho internacional contemporáneo. La evolución de la competencia consultiva se ha remarcado particularmente en las últimas tres opiniones vertidas por el Tribunal (quince a diecisiete) donde se suscitaron cuestiones, tanto procesales como de fondo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resuelto exponiendo concepciones jurídicas sólidas y de avanzada, dirigidas a favor del ejercicio de su más amplia función consultiva” (SALVIOLI, 2004).

Conforme lo anteriormente expresado, podemos advertir que las Opiniones Consultivas de la Corte son vinculantes para el Estado que ha aceptado la competencia de la misma para velar por el cumplimiento de los compromisos internacionalmente asumidos.

Dicho esto, podemos asumir que la Opinión Consultiva OC-17/2002, que es un instrumento sumamente enriquecedor en cuanto a la protección de derechos y garantías de la infancia, posee en nuestro país fuerza vinculante. Esta Opinión Consultiva fue solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), que en forma conjunta con la

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se encarga de la protección y promoción de los Derechos Humanos en el continente americano.

V. Promoción y protección de Derechos de la Niñez. La figura de abogadas y abogados de niñas, niños y adolescentes. Actuación

Como ya se advirtió, nuestro sistema de Derecho se constituye con un plexo normativo que se nutre de variadas fuentes. Las normas internas, federales y provinciales, donde evidentemente están incluidas nuestra Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la Constitución Nacional como ley suprema de la Nación, la normativa internacional que se compone por los Tratados y Convenciones ratificados por nuestro país y los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN.

Es de relevancia al respecto, poner de resalto que actualmente existe numerosa normativa de promoción y protección de los derechos de NNyA.

La Ley Nacional 26.061 del año 2005, “Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” y su Decreto Reglamentario 415/2006; la Ley de Provincia de Buenos Aires 13.298 “De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños” también sancionada en el año 2005, modificada por la Ley 14.537 en el año 2013 y su Decreto Reglamentario 300/2005, que tuvo una reforma por Decreto 177/2014. Todas ellas se adecuan y reafirman en el ordenamiento jurídico interno el sustrato de los derechos reconocidos en la Convención de los Derechos del Niño como instrumento internacional de protección de los DDHH de la infancia y la adolescencia. En este orden de ideas, el 27 de noviembre del año 2013 se sanciona en Provincia de Buenos Aires la Ley 14.568 de “Abogado del niño”, reglamentada por decreto 62/2015, con basamento principalmente en el art. 12 de la CDN “derecho del niño a ser oído” y en el art. 27 de la Ley Nacional 26.061 que establece las “Garantías Mínimas de Pro-

cedimiento” incluyendo el inc. “c” el derecho a tener patrocinio letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya.

A partir de allí, la figura se abre camino en Provincia de Buenos Aires, con reticencias de algunos sectores y la aceptación de otros, pero dando un marco de legalidad en la Provincia que permitió la actuación en defensa de los intereses y derechos de NNyA en distintos fueros y en sede administrativa. La ley ordena la creación de un Registro de abogadas y abogados de NNyA y exige la especialidad en la materia. Con posterioridad hubo algunos intentos de reforma de esta ley. No entraremos aquí en mayores detalles sobre ello, ya que excedería el tema específico del presente trabajo. Sin embargo es necesario mencionar el “Anteproyecto de Ley de Abogadas y Abogados de Niñas, Niños y Adolescentes” que no llegó a aprobarse, resultando una normativa que no sólo no cumplía con los estándares internacionales de protección y promoción de los derechos y garantías de NNyA, sino que resultaba regresiva en el reconocimiento de derechos, con la consecuente restricción de derechos a NNyA, con inobservancia del control de convencionalidad que atraviesa a todos los poderes del Estado .

En relación al ejercicio profesional, cabe advertir que la actuación de Abogadas y Abogados de NNyA abarca el patrocinio letrado de NNyA desde su nacimiento hasta cumplir los 18 años de edad, en cualquier procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, sin ningún tipo de limitación de fueros, salvo los propios del ejercicio profesional de cualquier letrada o letrado, vale decir, los autolimitantes de la especialidad de cada quien.

El artículo 1º de la ley 14.568 establece que,

“Cumpliendo lo establecido por el Artículo 12, incisos 1) y 2) de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas , Artículo 8º del Pacto de San José de Costa Rica y del artículo 27 de la Ley 26.061, créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires la figura del Abogado del Niño,

quien deberá representar los intereses personales e individuales de los niños, niñas y adolescentes legalmente ante cualquier procedimiento civil, familiar o administrativo que los afecte, en el que intervendrá en carácter de parte, sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Asesor de Incapaces...”.

No debe interpretarse la ley de forma acotada y restrictiva de derechos, limitando la actuación de abogadas y abogados de NNyA sólo a los procedimientos en sede civil, familiar o administrativa, excluyendo el patrocinio letrado en los procesos penales. Son históricas las prácticas de patrocinio letrado en la materia antes de la sanción de la Ley 14.568, en épocas de la vigencia de la Ley N° 4664 creadora de los “Tribunales para Menores”, derogada por la Ley 10.067 en 1983 “Ley de patronato” que fuera derogada por la Ley 13.298 ya mencionada con anterioridad. Vale decir, antes de la sanción de la Ley 14.568, abogadas y abogados particulares y organismos de Derechos Humanos han ejercido el patrocinio particular de niñas, niños y adolescentes en causas asistenciales y penales, por lo cual, el legislador no puede restringir de forma arbitraria el derecho de NNyA a tener patrocinio letrado, en desconocimiento de que históricamente se llevó y se llevará a cabo este patrocinio en protección de sus derechos.

Asimismo, y con sustento en la jerarquía normativa, no se debe interpretar que la omisión en una ley provincial impera sobre la Constitución Nacional, los Tratados con jerarquía constitucional o las leyes de carácter nacional.

Los arts. 16, 18, 31, 75 incs. 22 y 23 de nuestra Constitución Nacional deben ser preponderantes en cuanto a la efectividad del ejercicio de derechos y garantías en el marco del principio de supremacía constitucional, con aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención de Derechos del Niño y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos del control de convencionalidad que deben ejercer los operadores de la Justicia.

La Ley N° 26.061/2005 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, dispone:

A treinta años de la reforma constitucional

Artículo 1. Objeto. Esta Ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte”. Los que “(...) están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño (...)”.

El art. 2 pone de resalto que la aplicación de la CDN es obligatoria en las condiciones de su vigencia, haciendo especial mención al derecho a ser oído y el art. 3 desarrolla el concepto de interés superior del niño, considerándolo como:

“(...) la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley (...)”.

En el entendimiento de que los derechos y las garantías de NNyA, como lo menciona expresamente la ley,

“(...) son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles, siendo un principio fundamental que funciona como eje rector, el Interés Superior de la niña, niño y adolescente (...)”.

En este orden de ideas el art. 27 enumera las Garantías Mínimas de Procedimiento estableciendo:

“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A

participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

Asimismo, el Decreto Reglamentario N° 415/2016 dispone en el Artículo 27 que:

“El derecho a la asistencia letrada previsto por el inciso c) del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño, niña o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar (...)”.

Ante la toma de conocimiento de situaciones de vulneración de derechos, formulaciones de denuncias y medidas tomadas por los organismos intervinientes en pos de la restitución de derechos, las niñas, niños y adolescentes tienen el derecho a tener asesoramiento, acompañamiento y patrocinio de una abogada o abogado con especialidad en derechos de la niñez y adolescencia. Esto hace al efectivo cumplimiento de la normativa vigente y de los compromisos internacionalmente asumidos, que efectivizan los derechos de niños, niñas y adolescentes, constituyendo la principal herramienta para su acceso a la Justicia. El asesoramiento y patrocinio letrado debe ser entendido como una garantía del debido proceso. El ejercicio de este derecho no debe tener ningún tipo de limitación y debe existir en cualquier tipo de proceso en el que el niño, niña o adolescente se vea involucrado. El patrocinio letrado de NNyA hace al ejercicio y absoluto respeto de sus derechos y garantías constitucionalmente reconocidos.

VI. Situación actual

A los fines de visualizar la situación actual en nuestro país en relación al control de convencionalidad que corresponde a todos los poderes del Estado, se consideran las Observaciones Finales del Comité de los Derechos del Niño sobre el séptimo informe periódico a la Argentina, aprobadas por el Comité en su 97° período de sesiones (26 de agosto-13 de septiembre de 2024).

Entre otras cosas, las observaciones remarcan preocupación por reformas legislativas que promueven el cierre y degradación de instituciones, la falta de políticas integrales y estrategias coordinadas para el pleno cumplimiento de la Convención, reducción, fusión y abolición de Ministerios, reemplazo de la Secretaría Nacional de la Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) por una Subsecretaría no especializada, y la falta de coordinación entre las distintas instituciones y organismos encargados de la protección de la infancia que puede llevar a la desprotección de NNyA en situaciones de riesgo. Disminución continúa de las asignaciones presupuestarias para la infancia y desinversión en salud y educación.

El Comité recuerda al Estado Argentino en el mismo instrumento, anteriores observaciones y hace varias recomendaciones en torno a la protección integral de la niñez.

Asimismo, expresa preocupación por las limitadas estructuras de acceso a la Justicia de NNyA y recomienda asesoramiento e información adecuada, apoyo jurídico e información sobre sus derechos a presentar denuncias y a poder acceder a un programa de “abogados de la niñez”. El Comité también manifiesta preocupación por el aumento exponencial de los casos de utilización de niños en espectáculos y materiales pornográficos y de acoso sexual.

Son muchas más las temáticas abordadas y todas de igual importancia; aquí se nombran sólo algunas a modo ilustrativo. Para más información se recomienda su lectura.

VII. Conclusiones

La multiplicación en nuestro ordenamiento jurídico de normas destinadas a sustituir el patronato por el paradigma de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, si bien en algunos casos se ha visto acompañado por prácticas administrativas y judiciales, es deficiente en alcanzar los parámetros establecidos en la Convención de los Derechos del Niño.

Son numerosas las prácticas que avalan conductas adultocéntricas. Fuera de lo discursivo, las prácticas del patronato

siguen vigentes, con poca capacitación en algunos sectores de quienes se desempeñan en cualquier ámbito de protección de la niñez, que actualmente se han visto agravadas por el recorte presupuestario estatal. Aún no existe un programa integral que involucre una capacitación obligatoria en todos los poderes del Estado. Esa falta de capacitación, en el ámbito legislativo, lleva indefectiblemente a la sanción de normas contradictorias, sin llevar adelante un adecuado debate y sin requerir la participación de especialistas en la materia. Esta situación también puede advertirse en la actuación de los operadores judiciales. En algunos sectores del ámbito judicial se siguen advirtiendo prácticas que llevan el espíritu del patronato, aun cuando estén justificadas en la normativa actual de protección de la niñez.

“Al final, la historia se repite y, como afirmaba Trasímaco en La República, El derecho es siempre el que impone el más poderoso” (SZTAJNSZRAJBER, 2022).

VIII. Bibliografía

BELOFF, Mary (2019), *Derechos del niño. Su protección especial en el Sistema Interamericano*, Buenos Aires, 2ª ed., Hammurabi.

CÁNEPA, S., DONATO M., CARRERAS JACZNIK, C. y otros (2021). “Opinión sobre el Anteproyecto de Ley de Abogada y Abogado de Niñas, Niños y Adolescentes elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Provincia de Buenos Aires”, elDial DC2EB4.

CARRERAS JACZNIK, Cintia N. (5 y 6 de octubre de 2023), “Perspectiva de niñez en la enseñanza del Derecho. Derechos Humanos de Niñas, Niños y Adolescentes” [Presentación en papel y discursiva] VI Congreso Internacional de Enseñanza del Derecho, “Repensar la enseñanza del Derecho después de la pandemia, ¿articulando presencialidad y virtualidad?”, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. UNLP. La Plata, Provincia de Bs. As.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (1984), *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional Sobre la Desaparición de Personas*. 8ª ed., Editorial Universitaria de Buenos Aires.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina”. En línea: [https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=2740&Lang=en].

DONATO M. y CÁNEPA S. (2024), *Discursos y prácticas. Desafíos en pos de garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes*, La Plata, Librería Editora Platense.

DUBET, F., (2005), “¿Mutaciones institucionales y/o neoliberalismo?”, *Revista Colombiana de Sociología*, (25) pp. 63-80.

GONZÁLEZ DA SILVA, G. (2017), *Niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos de delitos: en los Códigos Civil y Comercial de la Nación y Procesal Penal de la Nación*, Buenos Aires, Ad Hoc.

IUS Libros Jurídicos (2022), *Constitución de la Nación Argentina y Tratados Internacionales*, Advocatus.

PINEAU P., DUSSEL I., CARUSO M. (2001), *La escuela como máquina de educar. Tres escritos sobre un proyecto de la modernidad*, Paidós, Buenos Aires.

RAPALLINI, Liliana E. (2017), *Temática de Derecho Internacional Privado*, La Plata. 6ª ed. Actualizada, Lex.

SALVIOLI, F. (2004), “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en *Homenaje y reconocimiento a Antônio Cançado Trindade* (Tomo III, pp. 417-472). Brasilia, Brasil. Ed. Sergio Fabris.

SZTAJNSZRAJBER, D. (2022), *Filosofía en 11 frases*, Ciudad Autónoma de Bs. As., Planeta, p. 240.

VILLALTA, Carla (2024), “La mirada antropológica sobre las infancias. La niñez como categoría histórica y cultural”. En M. DONATO y S. CÁNEPA, directoras, *Discursos y prácticas. Desafíos en pos de garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes*, pp. 53 a 75, La Plata, Librería Editora Platense.

La falta de perspectiva de género en el ámbito del Poder Judicial. La no aplicación de la Ley Micaela

Pilar Julieta DI LORENZO

SUMARIO: I. Introducción.- II. Desarrollo.- III. Conclusión.- IV. Bibliografía

I. Introducción

En el presente trabajo de investigación abordaré la recusación del fallo “Luz Aimé Díaz contra los jueces Rizzi, Luis M. y Anzoátegui, Javier”, cuyo objetivo principal es evidenciar que dentro de los diversos procesos judiciales en nuestro país, existe una falta de aplicación de perspectiva de género por parte de diversos miembros de los organismos jurisdiccionales, teniendo en cuenta la exigencia de la aplicación de la Ley Micaela 27.499 sancionada en 2019.

II. Desarrollo

En nuestro país en el año 2018 acusaron a la señora Díaz, Luz Aimé; ella es una joven trans, migrante que fue acusada y encarcelada por un crimen que no había cometido, cuyo delito se encontraba tipificado como “Homicidio agravado, Robo agravado y privación de la libertad agravada”, introduciéndola al sistema penal de nuestro país producto de sufrir múltiples violencias por el hecho de ser joven, de bajos recursos, migrante, mujer trans y trabajadora sexual.

Los hechos comenzaron cuando la joven Díaz fue acusada dos meses más tarde -de los hechos que se le adjudicaban- de haber maniatado y violentado a un hombre de 50 años en la localidad de Palermo, pese a no existir ningún tipo de prueba suficiente en la vinculación al crimen más allá de su paso por

la escena del mismo, terminó con la joven cumpliendo una prisión preventiva de ocho meses en el penal de la localidad de Ezeiza antes de serle otorgada la prisión domiciliaria.

A lo largo del proceso, la joven imputada -quien se percibe mujer- era nombrada en género masculino y la definían como “el imputado con tendencias homosexuales”; asimismo en diversas ocasiones del proceso enfatizaban que era “una persona con una inclinación objetivamente desordenada”. En esta causa claramente se puede evidenciar que por parte de los jueces -como de todos los que participaron en el proceso- no existió una imparcialidad de juzgamiento, ya que existían prejuicios basados en diversos estereotipos de género que fueron mencionados.

En la recusación que realizó la joven Díaz contra los jueces Rizzi, Luis M. y Anzoátegui, Javier, quienes integran el tribunal oral n° 8, consta que pese a que la joven contaba con su documento de identidad en el cual figuraba dicho nombre, que ella había elegido y con el que se sentía identificada, dentro de este proceso a los jueces no les importó y existió una violación constante a la normativa; cabe recalcar que el artículo 2° no sólo da una definición de identidad de género estableciendo que “se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona se sienta, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo. Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y modales”; como también al primer artículo que establece que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”.

De lo desprendido de los dos artículos mencionados con anterioridad debemos tener presente que existen diferencia en-

tre “sexo biológico” -el cual es el conjunto de características biológicas, anatómicas y fisiológicas, que constituyen la genitalidad con la que la persona nace-, “genero”- la cual es una construcción social y cultural binaria, asociada al sexo biológico, siendo lo que esperan los hombres y mujeres en la sociedad-, “orientación sexual” -es la atracción física, emocional, erótica, afectiva y espiritual que sentimos hacia otra persona-, “identidad de género” -es la vivencia del genero tal como cada persona la siente, por lo que puede corresponder o no con el sexo biológico con el cual nació la persona- y por ultimo hay que diferenciar “expresión de género” -que se va a vincular con cómo nos mostramos frente a la sociedad, a través de nuestro nombre, cómo nos comportamos, interactuamos, entre otros-.

Respecto a la definición que menciones sobre el término “orientación sexual” nuestra normativa 26.743 en el artículo 12 establece que “deberá respetarse la identidad de género adoptada por las personas, en especial por niñas, niños y adolescentes, que utilicen un nombre de pila distinto al consignado en su documento nacional de identidad. A su solo requerimiento, el nombre de pila adoptado deberá ser utilizado para la citación, registro, legajo, llamado y cualquier otra gestión o servicio, tanto en los ámbitos públicos como privados.

Cuando la naturaleza de la gestión haga necesario registrar los datos obrantes en el documento nacional de identidad, se utilizará un sistema que combine las iniciales del nombre, el apellido completo, día y año de nacimiento y número de documento y se agregará el nombre de pila elegido por razones de identidad de género a solicitud del interesado/a.

En aquellas circunstancias en que la persona deba ser nombrada en público deberá utilizarse únicamente el nombre de pila de elección que respete la identidad de género adoptada”, como también el artículo 13 establece “toda norma, reglamentación o procedimiento deberá respetar el derecho humano a la identidad de género de las personas. Ninguna norma, reglamentación o procedimiento podrá limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio del derecho a la identidad de género de las personas, debiendo interpretarse y aplicarse las normas

siempre a favor del acceso al mismo”. Estos dos artículos son importantes ya que no son los jueces los que deben asignar o definir el género de las personas, debido a que nuestro ordenamiento jurídico no habla de la identidad de género autopercibida o autoimpuesta, ni establece que sea el Poder Judicial quien deba cumplir con ese rol; ya que la normativa hace hincapié en la autopercepción de la identidad de género de cada persona entendiendo que “es la vivencia interna e individual del género tal como cada persona se siente”, siendo la misma realizada de forma personal, sin importar lo que nuestra sociedad tenga como predeterminado, cómo las diversas religiones puedan establecer o cómo la moral social determinen; en este caso se encontró más evidenciada la falta de parcialidad objetiva por parte de los magistrados en la presente causa.

Debemos marcar que no sólo nuestro ordenamiento jurídico interno da seguridad jurídica, sino que a través de la Convención de Belem Do Pará a nivel externo va a definir que “el género es una categoría analítica proveniente de las ciencias sociales, no es una ideología sino un instrumento metodológico para examinar y revelar las relaciones desiguales de poder entre hombre y mujer, así como para defender los derechos humanos de las mujeres”, por lo que nuestro Estado se encuentra obligado a cumplir con las obligaciones internacionales que asumió al ratificar dicha Convención, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-; esto es de vital importancia debido a que las mujeres tienen que poder confiar en nuestro sistema judicial, pero el mismo se encuentra lleno de mitos, estereotipos, que tienen muchas veces magistrados con pensamientos que son retrógrados, machistas y misóginos. Alda FACIO pone en evidencia las grandes desigualdades que existen entre los géneros, y para ello realizó seis pasos metodológicos.

En el primer paso; realiza una mención respecto a la importancia que reviste la toma de conciencia a partir de la experiencia personal, ya que nuestra mirada individual llevan de forma frecuente a realizar generalizaciones necesarias que nos pueden llegar a servir para teorizar sobre la experiencia

A treinta años de la reforma constitucional

colectiva de subordinación; este paso es de vital importancia para el caso de la joven Díaz, entendiendo que la misma fue acusada de un delito donde no obtuvo la suficiente prueba que pudiera comprobar de forma fehaciente y objetiva para la condena que recibió, ya que el sistema “roto” que tenemos en nuestro país terminó generando un menoscabo en su salud, libertad, seguridad, en diversos principios constitucionales, tan sólo por ser una chica trans, que entendiendo diversas estadísticas que muestran que es un sector ampliamente vulnerable que termina prostituyéndose como es el caso, para no recaer en una brecha social de no encontrarse en la pobreza -aunque la joven se encontraba dentro de la misma, más teniendo en cuenta que ella era migrante-; cuando menciono que es un sistema “roto” hago referencia a que nuestro Poder Judicial muchas veces pone en duda a los sectores que más necesitan apoyo, como en este caso donde Díaz tuvo por parte del sistema una mirada machista, convencional, donde ambos magistrados de forma reiterada menoscabaron y menospreciaron su identidad, realizando una sentencia donde dejaron en constancia que dieron su punto de vista personal, más que jurídico.

Si bien la joven Díaz tuvo una letrada que en todo el proceso planteó con solidez las diferencias estructurales de raíz y las irregularidades basadas en una perspectiva de género, mencionando un lenguaje claro e inclusivo, pero ambos magistrados en el proceso expresaron tan sólo machismo, connotaciones negativas, burlas, y diversas formas de menoscabo a la importancia de la evolución del lenguaje inclusivo, ya que no todas las personas pueden sentirse identificadas con el lenguaje tradicionalista establecido por la sociedad.

En el segundo paso, existen alguna de las manifestaciones encomendadas por Margrit EICHLER, que no sólo estipula que el sexismo se va a ir relacionando con el androcentrismo, lo que lleva al planteamiento de si nuestro sistema jurídico establece una igualdad acorde a lo establecido socialmente o a una igualdad que termina siendo una desigualdad como ocurrió en el caso, ya que existió un prejuizgamiento por parte de los

magistrados por su historia de vida, sin que exista perspectiva de género, sin que se escuche lo que solicitaba su letrada y la joven Díaz, ya que sólo obtuvo una insensibilidad al género, como ocurrió cuando fue trasladada al complejo de Ezeiza siendo recibida por los mismos, donde realizaron actos que la siguieron menoscabando, recibiendo ataques trasfóbicos.

En el tercero y cuarto paso, se aplica la perspectiva de género pero no por parte de los magistrados en el presente caso, que no sólo se dio acá, sino que sucede de forma sistemática muchas veces, siendo usual, habitual, sin el cumplimiento de normativas jurídicas que buscan proteger sectores vulnerables; ambos magistrados a la fecha actual siguen en su cargo en la ciudad de La Plata, lo que termina demostrando el sistema “roto” que muchas veces tiene machismo, misoginia, entre otros adjetivos negativos que se pueden encontrar para la demostración del sistema, que no cree en las víctimas, que revictimiza, que no escucha, terminando muchas veces aplicando una mirada personal, antes que verdaderamente “hacer justicia”.

En el quinto paso, en este caso no sólo se compone de la Ley Micaela, sino también de la ley 26.743 conocida como “Ley de Identidad de Género”, que no sólo reconoce el derecho a tener una identidad sexual autopercebida en el documento nacional de identidad -DNI-, sino un sinfín de derechos, como el acceso a la atención sanitaria integral de personas trans, pero existen derechos que no se cumplen por falta de políticas, como la inclusión laboral, el acceso a programas de salud, la no persecución policial; en este caso la normativa no se vio reflejada, ya que nombraban a la joven Díaz, como “el acusado”, “el imputado con tendencias homosexuales”, siendo una violación aberrante al derecho de identidad de género, ya que no se establece que una “mujer” sea un concepto biológico, sino que enmarca que en su artículo primero “toda persona tiene derecho a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada”, así como a recibir

un trato digno en diversos ámbitos, ya que debe respetarse la identidad de género adoptada por las personas.

En el sexto paso, la autora propuso colectivizar el análisis con diversos grupos de mujeres, aunque también de hombres que eran conscientes de los privilegios que poseen para poder otorgarle una mayor garantía de no excluir a un sector poblacional. Esto podemos verlo reflejado en el caso cuando la letrada en sus palabras dice “ahora podemos contar con un precedente que impide que a las identidades travestis y trans, las trabajadoras sexuales y las personas en situación de prostitución se les atribuya la comisión de un delito por su identidad”, no solamente encontrándose dentro del sistema judicial, sino en la sociedad, que si bien un sector apoyaba lo que planteaba el sistema judicial, otro sector se encargó de la visibilización masiva de este caso, creando colectivo y campañas para la transmisión de la audiencia, publicación en los medios de comunicación -tradicionales y no tradicionales-; pero esto genera varias dudas: ¿qué hubiera pasado si no se visibilizaba el caso?, ¿cuántas Díaz Luz existen en el país?, ¿cuándo vamos a tener un sistema judicial que tenga una completa perspectiva de género y se encuentre capacitado por la Ley Micaela?; lo que sabemos con seguridad es que la joven Díaz estuvo dos años cumpliendo una prisión preventiva acusada de un delito que no cometió, donde a simple vista la juzgaron por su condición de trabajadora sexual, por ser una chica trans, por haber sido contratada por dos hombres que son los verdaderos perpetradores de la agresión de la que ella no fue parte, y quienes terminan fomentando la prostitución y las redes de trata de persona para satisfacer sus “necesidades”, por ser migrante y finalmente por no cumplir con los estereotipos que socialmente son establecidos.

III. Conclusión

En este trabajo de investigación podemos ver que nos encontramos dentro de un sistema “roto”- cuando abordamos esta definición nos encontramos en el paradigma de que el

sistema judicial de nuestro país posee una estructura anticuada, entendiendo que no fue modificándose espacio-temporal a como fue realizándolo la sociedad, debido a que durante toda su historia siguió un pensamiento machista y crítico con la mujer por su condición de tal, y si bien hay magistrados que están cambiando ese paradigma en este caso no sucedió de esta forma que vulnera muchas veces de forma sistemática a un sector por no cumplir con los estereotipos que se esperan socialmente, donde los magistrados que tienen que ser imparciales y objetivos, no lo hacen por su pensamiento personal, que no cumplen con las capacitaciones en cuestiones relativas a la perspectiva de género, donde definen a la persona por su sola apariencia -como también lo hace mayormente la sociedad-.

Las personas tienen el derecho de poder autopercebirse como se sientan, y es de forma propia, nada ni nadie puede decir cómo se va a definir, debemos buscar como futuros profesionales del Derecho que dejen de existir pensamientos antiguos dentro del sistema judicial, como también lograr el dictado de normativas neutrales para que exista una verdadera igualdad sin que exista algún tipo de distinción por lo que se prevé socialmente, para consigo traer aparejada sentencias más justas: el tiempo que estuvo Díaz con prisión preventiva por un delito el cual ella no había cometido jamás nadie se lo va a devolver y si bien puede existir una reparación por lo ocurrido, el daño que sufrió nada lo va a reparar, ya que simplemente terminó siendo la víctima de un sistema judicial machista, misógino, y antiguo.

IV. Bibliografía

- <https://www.argentina.gob.ar/generos/ley-micaela>
- <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- <https://www.pagina12.com.ar/291200-el-juicio-a-la-joven-trans-luz-aime-diaz>
- <https://www.filo.news/genero/Quien-es-Luz-Diaz-La-joven-que-esta-presa-por-ser-pobre-y-travesti-20191114-0041.html>

A treinta años de la reforma constitucional

<https://agenciapresentes.org/2020/10/02/absolvieron-a-luz-aime-diaz-trans-que-paso-dos-anos-presa-por-un-crimen-que-no-cometio/>

<https://mst.org.ar/2020/10/03/absolvieron-a-la-joven-trans-luz-aime-diaz/#:~:text=El%20viernes%20%20de%20octubre,reclamo%20de%20la%20comunidad%20LGBTI%2B.>

https://gda.com.ar/wp-content/uploads/2020/12/GDA_Comentada-fallo-Bertolini.pdf

El derecho del consumo, entre la reforma constitucional de 1994 y las “nuevas bases” para la economía y libertad de los argentinos (DNU 70/2023 y ley 27.742)

Jeremías GARCÍA, Miriam S. PRIMO LIZAUZ;
Adrián Emir GOCHICOA

SUMARIO: I. Introducción.- II. Del “nuevo” proceso de desregulación económica. La desregulación de la Tarjeta de Crédito.- III. Del derecho a la información adecuada y veraz y la desregulación.- IV. Conclusión

I. Introducción

A través del presente artículo se pretende exponer ideas y reflexiones respecto al régimen jurídico protectorio del usuario y del consumidor, introducido en nuestra Constitución Nacional con la reforma del año 1994, a la luz de las “nuevas bases” para la economía y libertad de los argentinos planteadas en el DNU 70/2023 y la ley 27.742, y las consecuentes normativas dictadas al respecto.

En específico intentaremos abordar las cuestiones referidas a la “información” con que usuarios y consumidores debemos contar como elemento esencial en la sociedad en que vivimos.

Como introducción debe señalarse que es reiterada la explicación y fundamentación de la existencia de un ordenamiento jurídico protectorio de los usuarios y consumidores (Normas de Protección y Defensa de los Consumidores) como consecuencia de la aparición de la denominada “sociedad del consumo”. Así existieron, existen y coexisten -según el enfoque con que se analicen- las relaciones sociales en un determinado momento histórico, una “sociedad industrial”, o una “sociedad asalariada”, la “sociedad de consumo”, y la “sociedad de redes”, o la “sociedad de la información y del conocimiento”. Fue-

ra de lo académico, el reconocimiento de la existencia de una “sociedad de consumo” suele encontrarse en el discurso que el entonces presidente John F. Kennedy dirigió al Congreso de los Estados Unidos sobre la defensa de los derechos del consumidor, el 15 de marzo de 1962.

Desde lo normativo nos interesa ensayar una explicación distinta respecto a la aparición de este ordenamiento jurídico protectorio en nuestro país, primero legal y luego constitucional.

En primera medida, post guerra fría, desintegración del bloque socialista y caída del muro de Berlín, Argentina asiste a insertarse en el proceso de globalización liderado por EE.UU. en el plano de las relaciones internacionales. Esta etapa caracterizaría al capitalismo como su vertiente neoliberal-social-demócrata, imperando la libre movilidad de capitales entre países, el libre comercio de bienes y servicios, la reducción de la intervención del Estado, la deslocalización de los procesos productivos, etc.

En este marco, Argentina comienza (o continúa) un proceso de reforma y transformación del Estado (privatización de empresas, servicios y organismos públicos) principalmente mediante las leyes 23.696 y 23.697. Asimismo, se desarrolla un proceso de desregulación económica mediante el decreto 435/90 (Reforma del Estado) y el decreto 2.476/90 (referido a la desregulación de mercados y privatización de empresas públicas y de servicios no esenciales, entre otros temas) y el decreto 2284/91 (desregulación del Comercio Interior de Bienes y Servicios y del Comercio Exterior) entre otros.

Este contexto empuja la necesidad de contar con un marco normativo que regule algunas consecuencias de este proceso de desregulación económica, global y local. En este sentido, resulta esclarecedor considerar el debate parlamentario que sanciona la Ley 24.240 en el año 1993. Ahora bien, la incorporación del artículo 42 a la Constitución Nacional -con la reforma del año 1994- es una consecuencia de ese proceso de desregulación de la economía y de privatización de los servicios públicos esenciales imperante en esos años.

A treinta años de la reforma constitucional

Así textualmente en el citado artículo se establece que "... Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...". En paralelo establece como deber del Estado el proveer "...a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios...".

La seguidilla legislativa se completa principalmente con las reformas que se realizan a la Ley 24.240 por las leyes 24.568, 24.787, 24.999, y entre otras por la 26.361 (que además modifica la 25.065 y la 22.802). Por último, debe agregarse la sanción del C.C.yC. y su regulación Título III "Contratos de consumo" en los artículos 1092 a 1121.

Para finalizar, desde lo normativo señalamos que con la reforma constitucional de 1994, el régimen jurídico protectorio del usuario y del consumidor está conformado por normas supralegales (con jerarquía constitucional y/o supralegal propiamente dicha) conforme artículos 42, 43, 75 incs. 22 y 23 (Tratados internacionales), normas legales como la Ley 24.240 y modif. y el C.C.yC., además de las normas que integran el régimen protectorio (en particular la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley 22.802 de Lealtad Comercial, conf. artículo 3 de ley 24.240) y las que regulan específicamente cada actividad (conf. artículo 3 de ley 24.240). Por último, lo componen también normativa infralegal dictada por organismos administrativos de contralor y/o aplicación del régimen.

Volviendo a la desregulación económica y prescindiendo de la discusión del rol del Estado en la economía en general, ya sea en la prestación directa de servicios, producción de bienes o en un rol limitado en su accionar en cuanto a la regulación y control de la explotación económica privada de los mismos, el artículo 42 de la C.N consagra derechos específicos a los con-

sumidores y usuarios de bienes y servicios, como así también deberes en cabeza del Estado, además de los que recaen en los proveedores.

En lo que nos interesa, corresponde al Estado proveer a la protección de esos derechos en el marco de una relación de consumo, y entre ellos proveer a que los consumidores y usuarios cuenten con una información adecuada y veraz otorgada por los proveedores. En otras palabras, entendemos que por mandato constitucional el Estado no se limita a garantizar que ante el incumplimiento de la obligación de informar por parte de proveedores se reparen los daños acontecidos, sino que debe controlar y regular que se brinde efectivamente una información adecuada y eficaz a los consumidores y usuarios.

En particular se analizará el caso de las derogaciones a la Ley de Tarjeta de créditos 25.065, a la luz de los artículos 42 CN, 4 y 36 de Ley 24.240.

En resumen, es en este derecho en el que se pretende hacer hincapié, frente a un nuevo proceso de desregulación económica. El mismo constituye un deber específico de los proveedores en general, pero también del Estado en cuanto por mandato constitucional regula y controla normativamente a los mercados, independientemente de la ideología del gobernante de turno.

II. Del “nuevo” proceso de desregulación económica. La desregulación de la Tarjeta de Crédito.

El dictado del DNU 70/2023, así como el fallido “Proyecto de Ley de Bases y Puntos de Partida para la Libertad de los Argentinos”, y la posterior sanción de la Ley 27.742 “ley de bases y puntos de partida para la libertad de los argentinos”, dieron comienzo a un nuevo proceso explícito de desregulación económica.

El mencionado DNU plantea el establecimiento de las “Bases para la Reconstrucción de la Economía Argentina”; en ese sentido se dispone la declaración de emergencia pública (artículo 1), la “desregulación” del comercio, los servicios y la

A treinta años de la reforma constitucional

industria (artículo 2) y la “inserción” de nuestro país en la economía mundial (artículo 3).

Respecto a la “desregulación” del comercio, los servicios y la industria el artículo 2 del citado DNU señala que “...el Estado Nacional promoverá y asegurará la vigencia efectiva, en todo el territorio nacional, de un sistema económico basado en decisiones libres, adoptadas en un ámbito de libre concurrencia, con respeto a la propiedad privada y a los principios constitucionales de libre circulación de bienes, servicios y trabajo. Para cumplir ese fin, se dispondrá la más amplia desregulación del comercio, los servicios y la industria en todo el territorio nacional y quedarán sin efecto todas las restricciones a la oferta de bienes y servicios, así como toda exigencia normativa que distorsione los precios de mercado, impida la libre iniciativa privada o evite la interacción espontánea de la oferta y de la demanda...”.

En consecuencia, se procede a la derogación total y parcial de leyes vinculadas al “mercado” en el título II -Desregulación económica, en el título VI -Bioeconomía, en el título VII -Minería, en el título VIII -Energía, en el título IX -Aerocomercial, en el título X-Justicia, en el título XI -Salud, en el título XV -Turismo.

Entre los fundamentos del DNU se indicó que dichas derogaciones y modificaciones se realizan para revertir la situación de estancamiento y empobrecimiento en que nuestro país se encuentra sumido hace varias décadas, en la medida en que las numerosas regulaciones ahogan a las fuerzas productivas de la república. Siendo imprescindible facilitar la operatoria económica eliminando los obstáculos que han introducido diversas leyes en el libre funcionamiento de los mercados mediante una indebida injerencia del Estado. Además se señala que las relaciones civiles también necesitan ser liberadas de regulaciones paternalistas excesivas.

Por último, antes de profundizar resulta necesario señalar la similitud existente entre el Decreto 2284/91 y el DNU 70/2023, en cuanto a los fundamentos invocados para justificar la desregulación económica, su fe en los mercados y en las disposiciones y derogaciones que realiza.

Conforme a las modificaciones que se realiza a la Ley de Tarjeta de créditos -Ley 25.065- en el capítulo II (artículos 14 a 23), en el artículo 14 se dispone la derogación de los artículos 5, 7, 8, 9, 17, 32, 35, 53 y 54 de la Ley 25.065 y en el artículo 18 la derogación de los incisos c) y e) del artículo 14.

En especial respecto a la vinculación sobre el derecho a la información se derogan las disposiciones referidas a la identificación del usuario de la misma (artículo 5), al modo de redacción del contrato de emisión de Tarjeta de Crédito y el perfeccionamiento de la relación contractual (artículos 7, 8 y 9), la nulidad de las cláusulas que imponían un monto fijo por atraso en el pago del resumen y de las cláusulas adicionales no autorizadas por la autoridad de aplicación (artículo 14 incs. C y E), las sanciones en caso de incumplimiento con la obligación de informar o no observar las disposiciones relativas al nivel de las tasas a aplicar de acuerdo con lo establecido por la Carta Orgánica del Banco Central (artículo 17), al deber de información sobre identificación de los usuarios, del régimen sobre pérdidas o sustracciones y sobre las cancelaciones de tarjetas por sustracción, pérdida, voluntarias o por resolución contractual (artículo 32), la prohibición de informar a las 'bases de datos de antecedentes financieros personales' sobre los titulares y beneficiarios de extensiones de Tarjetas de Crédito u opciones cuando el titular no haya cancelado sus obligaciones, se encuentre en mora o en etapa de refinanciación (artículo 53), y la obligación de informar en forma mensual sus ofertas a la Secretaría de Industria, Comercio y Minería (artículo 54).

III. Del derecho a la información adecuada y veraz y la “desregulación”

Como se indicó, la Constitución Nacional consagra en forma expresa el derecho de los consumidores a una información adecuada y veraz, además de la protección de sus intereses económicos (artículo 42).

Asimismo, implica para los proveedores otorgar datos suficientes a los efectos de evitar que la otra parte incurra en

error o no pueda ejercer sus derechos. En específico, el texto constitucional exige el deber de informar durante toda la relación de consumo, antes, durante y después de materializarse la relación de consumo. En este sentido en lo que respecta a la comercialización de bienes y servicios (art. 4 de ley 24.240) como en operaciones financieras para el consumo (art. 36 de ley 24.240) es el proveedor quien está obligado a suministrar la información de la operación en forma cierta, clara y detallada respecto de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización.

Legalmente este derecho de información de los consumidores y usuarios se conecta necesariamente con el deber de advertencia (artículo 6 Ley 24.240), la protección y trato digno del consumidor (artículos 5 y 8 bis Ley 24.240), con el contenido de los contrato de adhesión y la nulidad de cláusulas abusivas (artículos 10, 36 y 37 Ley 24.240), la publicidad (artículo 8 Ley 24.240) y la integración del contrato con las precisiones contenidas en la publicidad (artículo 8 de la Ley 24.240 y 1103 C.C.yC.), y en específico en materia de Tarjeta de Créditos encuentra su correlato en algunas de las normas que han sido derogadas por el DNU 70/2023, tal como se ha indicado anteriormente.

Que en definitiva lo que nos interesa remarcar es el corrimiento del Estado en su función de contralor de los mercados, contrario a lo que manda la Constitución Nacional (artículos 42, 75 inc. 19) y conforme se ha asumido internacionalmente (artículo 75 inc. 24) por ejemplo en el marco del Mercosur, donde, mediante la Resolución MERCOSUR/GMC/RES N° 36/19 se dispuso que los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan (artículo 1 inc. 1. Principios de progresividad y no regresión). Asimismo se establece que el sistema de protección

del consumidor contribuye al logro de la transparencia de los mercados. Cada Estado Parte controlará las distorsiones que la afecten, a través de sus órganos competentes (artículo 1 inc. 4: Principio de Transparencia). Los proveedores deben suministrar a los consumidores información clara, veraz y suficiente que les permita hacer elecciones adecuadas a sus deseos y necesidades (artículo 1 inc. 11. Principio de Información).

Que ese corrimiento no sólo se refiere directamente al contenido de la información que los proveedores deben proporcionar en forma adecuada y veraz como se plasma en la desregulación aludida, sino que implica el incumplimiento de la manda constitucional del artículo 42, en cuanto a que las autoridades deben proveer a la protección de los derechos que se enumeran en dicho artículo. Derechos que son exigibles y oponibles no sólo a los proveedores directamente sino también al Estado.

Por último debe resaltarse que este corrimiento del Estado en cuanto a su deber de proveer a la protección de los derechos del consumidor en el mercado (artículo 42) no sólo se lo realiza mediante Decretos de Necesidad y Urgencia (lo que ya en sí es un cuestionable mecanismo) que deroga normas dictadas por el Poder Legislativo, sino también por disposiciones normativas de la Autoridad de aplicación del régimen de defensa del consumidor y de los usuarios: la Secretaría de Comercio liderado dispuso la derogación de más de 60 resoluciones con la finalidad de lograr un “comercio interior más simple, menos burocrático y más transparente” mediante la Resolución 51/2024.

Entre las resoluciones que se derogan, en lo que a las Tarjeta de Crédito implica, se encuentra la Resolución 134/98 por la cual las entidades bancarias, financieras y de cualquier otra índole que emitan tarjetas de crédito, de compra y/o pago debían informar la tasa de interés anual y efectiva mensual aplicada al financiamiento de saldos deudores, en pesos y en dólares, tasa de interés punitiva aplicada, tasa de interés de extracciones o adelantos de dinero en efectivo, cargo o arancel mensual por gastos de administración; y, cargo o arancel

anual, gastos por emisión de tarjetas, gastos de envío del resumen y tarjetas o cualquier otro cargo, tasa, comisión, gastos adicionales o similares que cobren a los poseedores de las tarjetas.

IV. Conclusión

Entendemos que a 30 años de la reforma constitucional, asistimos a un proceso de “desregulación” económica que directa e indirectamente socava muchos de los derechos incorporados como “nuevos derechos y garantías” en nuestra Carta Magna.

En concreto, el régimen jurídico protectorio del usuario y del consumidor instaurado constitucionalmente en la reforma de 1994 a la Constitución Nacional, se ve atenuado por el corrimiento estatal en cuanto a la tutela de los derechos involucrados en el mercado, acentuando la desprotección del sujeto más débil: el consumidor.

El tema elegido, el régimen de Tarjeta de crédito, es una muestra de esta disminución protectoria no sólo en referencia a los deberes de los proveedores (con la modificación del DNU 70/2023 a la Ley 25.065) sino también respecto al deber de contralor sobre los mismos (con la Resolución 51/2024 y la derogación de la resolución 134/1998).

Que en la sociedad actual la “información” con que usuarios y consumidores debemos contar resulta ser un elemento esencial para el ejercicio de nuestros derechos, y no sólo los referidos a nuestra condición de tales.

En este sentido, la “fe” ciega o sin información de y en los “mercados” está lejos de contribuir o “proveer” a la protección de nuestros intereses y derechos.

Por un derecho humano a un ambiente sano, 30 años de su constitucionalización a través de la causa ambiental argentina por el conflicto de las pasteras en Uruguay

Juan Ignacio MORENO

“Que en la resistencia está,
todo el hidalgo valor de la vida”
Los Fundamentalistas del Aire Acondicionado:
“Encuentro con un ángel amateur” (2021)

SUMARIO: I. Resumen.- II. Introducción.- III. Antecedentes nacionales del derecho a un ambiente sano.- IV. A 30 años de la constitucionalización del cuidado del ambiente.- V. Caso de las pasteras (2004-2006).- VI. Conclusiones.- VII. Bibliografía.- VIII. Recursos

I. Resumen

En los últimos años la preocupación por los impactos ambientales ha tomado notoriedad en las agendas de los Estados. Dicha cuestión no es ajena a la Argentina que se presenta trascendental al ser un país que posee diversidad de recursos naturales y capacidad para producir alimentos. Ante estas oportunidades de Argentina, en 1994 la Constitución Nacional incorporó el cuidado del ambiente, pero para lograr esa conciencia ambiental se precisa de un compromiso de los gobiernos. En el presente trabajo se realizará un análisis de los antecedentes internacionales y nacionales sobre el cuidado del ambiente que influenciaron a la reforma constitucional, el derecho a un ambiente sano en la Constitución Nacional para abordar un caso mítico en la historia del ambientalismo argentino como ha sido la causa por el conflicto de las pasteras en Uruguay.

Palabras clave: ambiente - pasteras - Constitución Nacional - federalismo

II. Introducción

El año 1994 resultó un momento bisagra para el Derecho ambiental argentino. La Carta Magna pasó a reconocer el derecho humano a un ambiente sano en su apartado de nuevos derechos.

Ahora bien, la pregunta es la siguiente: ¿es el ambiente un mero medio para satisfacer necesidades? Claramente el artículo 41 de la Constitución Nacional responde que el derecho a un ambiente sano es un bien a proteger y preservar cuyas actividades humanas no afecten este derecho para las generaciones presentes y futuras.

En palabras de LORENZETTI (2008) el ambiente es entendido como un macrobien, es decir, un sistema donde éste es más que todas sus partes y la interacción entre las partes hace al ambiente. En este sentido, las máximas del Papa Francisco plantean que el todo es superior a las partes en consonancia con su encíclica ambiental, denominada *Laudato' si*, que promueve un cuidado hacia la casa común.

A 30 años de la constitucionalización del derecho a un ambiente sano, resulta necesario abordar un hecho histórico que buscó pasar de la retórica a los hechos en la defensa del ambiente, como fue el conflicto socioambiental por la instalación de las pasteras en Uruguay en el año 2004.

Un conflicto que derivó en instancias judiciales de ámbitos internacionales y que partió desde un reclamo social del pueblo de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos.

Para este fin, se analizarán los antecedentes del derecho a un ambiente sano en el ámbito internacional y nacional para llegar a la incorporación del cuidado del ambiente en la Constitución Nacional.

Todo ese marco normativo es fundamental para comprender la importancia de concebir al derecho a un ambiente sano como una política de Estado como fue entendida por la Argentina, du-

rante la gestión del entonces presidente Néstor Kirchner, ante un conflicto regional con un socio estratégico como es Uruguay.

III. Antecedentes nacionales del derecho a un ambiente sano

a. Internacionales

a.1. Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano (1972)

En 1972 se genera el primer documento internacional construido por los Estados respecto a la necesidad de cuidar el ambiente y analizar la relación entre desarrollo y ambiente.

A partir del primer capítulo de la Declaración se percibe el acercamiento hacia la noción de conciencia ambiental ya que plantea que por ignorancia o indiferencia los seres humanos pueden causar grandes daños y hasta irreparables sobre el medio que se habita y del que dependen tanto la vida como el bienestar de todos.

Frente a esta situación, la Conferencia propugna contar con un conocimiento más profundo y acciones de mayor prudencia para garantizar condiciones dignas de vida para las generaciones presentes y futuras. Hace hincapié en este fin como una meta de la Humanidad junto a la paz y el desarrollo económico y social en todo el mundo.

Finalmente, la Declaración estableció 26 principios que plantean la necesidad de un uso racional de los recursos naturales y con la educación como un camino fundamental para generar la conciencia ambiental en generaciones presentes como futuras. Expresa la necesidad de un trabajo colaborativo entre todos los Estados para la conservación y mejoramiento del ambiente.

a.2. Informe Brundtland (1987)

Posteriormente en 1987, se presenta el informe “Nuestro Futuro Común”, a cargo de Gro Harlem Brundtland, ante la

Asamblea General de las Naciones Unidas que contempla un documento con las preocupaciones sobre la vulneración en el ambiente y el rol de la economía internacional.

El informe plantea que el futuro se encontraba amenazado ya que algunas comunidades en la lucha por sobrevivir y prosperar lo hacían sin atender a los efectos que causaban en los más vulnerables. Mientras éstos consumían grandes recursos naturales de la Tierra sin pensar en las generaciones futuras, se encontraba otro sector de la población que consumía demasiado poco y que conllevaba la vulneración del acceso a la alimentación e influía en contraer tanto enfermedades como muertes prematuras.

El egoísmo de un sector de la sociedad por producir de manera desmedida y sin contemplar la perspectiva ambiental, repercutía sobre las poblaciones más vulnerables ante las consecuencias climáticas.

Como respuesta a ese contexto internacional, el informe expone el concepto de desarrollo sustentable entendido como un equilibrio entre el cuidado del ambiente, la equidad social y el desarrollo económico.

El desarrollo y el ambiente confluyendo desde un enfoque que contemple una acción internacional para garantizar la racionalidad del uso de los recursos naturales y haciendo hincapié en la idea de seguridad alimentaria, la protección de especies nativas y un desarrollo industrial duradero.

a.3. Cumbre de la Tierra en Río de Janeiro (1992)

En el marco de los 20 años de la Declaración de Estocolmo, se celebró en Río de Janeiro, Brasil, la denominada Cumbre de la Tierra que contó con gran participación de representantes de organizaciones no gubernamentales.

La particularidad de esta Conferencia es que contó con una voz predominante de los países del sur quienes poseen la mayor cantidad de recursos naturales ya que en los documentos previos consistía en una visión europea del problema ambiental.

A treinta años de la reforma constitucional

En este sentido, Fidel Castro exponía en la cumbre que se requería aplicar un orden económico internacional justo que priorice una ciencia para el desarrollo sostenible sin contaminación. Asimismo, hace mención a los conceptos de las sociedades de consumo y la deuda ambiental que serán analizados en los capítulos siguientes.

La Cumbre reivindica el concepto de desarrollo sostenible como un objetivo alcanzable y que las preocupaciones económicas, sociales y ambientales se deben enfocar de manera integral.

Finalmente, se termina estableciendo la Agenda 21 con recomendaciones y métodos de educación para impulsar el desarrollo sostenible para preservar los recursos naturales y nuevas estrategias para participar de una economía sustentable.

Este encuentro internacional generó la Declaración de Río con 27 principios donde se destaca la obligación de los Estados de cooperar para evitar la reubicación y trasferencias a otros Estados de actividades que causen una degradación ambiental y resulte nocivas para la salud humana. Un principio que tiene correlación con el caso de las pasteras que se analizará en los próximos capítulos.

Otro aspecto para destacar de la Cumbre de Río fue que originó la constitución de otros instrumentos internacionales como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), el Convenio sobre la Diversidad Biológica, y la Declaración sobre los principios de la ordenación, la conservación y el desarrollo sostenible de los bosques de todo tipo.

b.1. Constitución Nacional de 1949

Durante el primer mandato del entonces presidente Juan Domingo Perón se sancionó la reforma de la Constitución Nacional. El preámbulo de esta reforma promovía la defensa común como el bienestar general para constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana.

Dicha Constitución se encontraba en consonancia con el contexto internacional cuando en 1945 se creaba Naciones Unidas y en 1948 surgía la Declaración Universal de los Derechos Humanos como a nivel regional la Organización de los Estados Americanos con su correspondiente Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Este bloque legal internacional dio fuerza constitucional a la función social de la propiedad, el capital y la actividad económica para establecer la protección de los recursos naturales y su propiedad imprescriptible como inalienables de la Nación.

En palabras de ZAFFARONI (2014) la historia quiso borrar a la Constitución del '49 que por un decreto de un gobierno de facto sangriento, que se atribuyó el poder constituyente que nadie le había concedido, derogó la reforma constitucional y convocó a una reforma en 1957.

En el capítulo IV de la Constitución Nacional de 1949, bajo el título "La función social de la propiedad", se aborda la estatización y nacionalización de los recursos naturales y servicios públicos como los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y demás fuentes naturales de energía que pasaban a ser considerados como propiedades imprescriptibles e inalienables de la Nación, con la correspondiente participación en su producto a convenir con las provincias.

La Constitución de 1949 venía a suplir un vacío de las reformas anteriores sobre el uso de los recursos naturales y bajo que óptica serían utilizados, pero fue derogada de forma ilegítima por un golpe de facto.

b.2. Creación de la Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano (1973)

En 1972, desde el exilio Juan Domingo Perón dirige una carta al Secretario General de las Naciones Unidas mediante la cual denuncia una interdependencia entre la contaminación ambiental, el despilfarro de recursos naturales, la tensión internacional y la carrera armamentística que requerían de una acción global inmediata.

A treinta años de la reforma constitucional

En aquel mensaje Perón mostraba su preocupación por el agotamiento de los recursos naturales en los países del Tercer Mundo y cómo repercutía sobre los sectores más vulnerables de la sociedad. Proponía que la concientización sobre el cuidado del ambiente podía transformarse en acción a través de los dirigentes políticos.

Cuestionaba a las sociedades de consumo donde hay un problema de relaciones con países de baja tecnología que sufren efectos del hambre, analfabetismo y enfermedades mientras que otros países asientan su exceso de consumo en el sufrimiento de éstos.

En este sentido, Perón planteaba la necesidad de un hombre mentalmente nuevo en un mundo físicamente nuevo para transformar las ciudades cárceles del presente en las ciudades jardines del futuro.

En esta idea de acción solidaria y para no quedarse en el decir, durante su tercer mandato Perón crea en 1973 la primera Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano del país y que era la primera en Latinoamérica. De suma importancia contar con un área institucionalizada para el cuidado del ambiente.

Dicho cargo fue ocupado por la Doctora en Química Yolanda Ortiz que impulsaba la idea del ecocentrismo, que consistía en pasar de la lógica del egocentrismo sobre la relación extractiva del ser humano con el ambiente a una relación donde se entienda que somos parte de ese ambiente.

b.3. Consejo Federal de Medio Ambiente (1990)

En agosto de 1990 se lleva a cabo en la ciudad de La Rioja, la creación del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) como un organismo de Derecho Público con personería jurídica para coordinar la elaboración de la política ambiental junto a las provincias.

El acta constitutiva del COFEMA determina como uno de sus objetivos formular una política ambiental integral con políticas de concertación, entre Nación y provincias, para accionar sobre la problemática ambiental.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

De este objetivo se desprende la noción de federalismo de concertación que desarrolla el COFEMA. que es entendido como una relación entre los distintos niveles de gobiernos, en este caso nacional y provincial, que evita la confrontación para promover un programa interjurisdiccional en áreas temáticas que repercuten en la unidad territorial o gubernamental (FRÍAS, 1994).

Entre otros objetivos se presenta la utilización racional de los recursos naturales contando con una planificación del desarrollo económico con equidad social y armónicamente con el ambiente. Aquí se percibe el enfoque de desarrollo sustentable donde economía, sociedad y ambiente se relacionan de forma armoniosa.

Se destaca la importancia de los estudios de impacto ambiental ante actividades que impacten a varias jurisdicciones como exigir niveles de calidad ambiental.

Además, se hace hincapié en la educación ambiental, tanto formal como informal, para elevar la calidad de vida de la población, como crear un banco de datos y proyectos ambientales en un claro enfoque de acceso a la información ambiental.

Por último, determina que COFEMA tendrá a cargo la gestión del financiamiento internacional de proyectos ambientales, y se puede tomar como ejemplo las líneas de créditos del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID).

b.4. Pacto Federal Ambiental (1993)

En julio de 1993, el Poder Ejecutivo nacional, en representación del presidente, junto al Ministerio del Interior y la entonces Secretaría de Recursos Naturales y Ambiente Humano llevaron a cabo la firma de un Pacto Federal Ambiental con los gobernadores de todas las provincias.

En el considerando del Pacto, se reconoce que el desarrollo económico no puede escindirse de la protección ambiental y que tanto preservar, conservar como recuperar el ambiente son objetivos de este acuerdo. Donde la vulneración del ambiente repercute sobre todas las esferas sociales. Así es como

se percibe el enfoque del desarrollo sustentable que tiene sus orígenes en aquel informe de Brundtland.

La Nación y las provincias acordaron promover políticas que resulten ambientalmente adecuadas para todo el territorio nacional mediante acuerdos entre los Estados entre sí y de éstos con la Nación para lograr una mayor eficiencia en presentar el ambiente respetando el Programa 21 de Naciones Unidas.

Se establece que las provincias tendrían que unificar cómo coordinar que todos los organismos con funciones en lo ambiental sean eficientes para fijar políticas de recursos naturales y ambiente. Las provincias, por la sola firma, reconocieron al Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA) como un instrumento para coordinar la política ambiental de la República Argentina.

También se aborda la necesidad en desarrollar una conciencia ambiental a través de políticas de educación, investigación como participación comunitaria para la protección y preservación del ambiente.

IV. A 30 años de la constitucionalización del cuidado del ambiente

A través de la última reforma de la Constitución Nacional en 1994, se incorporó un nuevo capítulo denominado “Nuevos derechos y garantías” que contiene el artículo 41 con el derecho a un ambiente sano.

Este artículo genera un bloque normativo ambiental con otros artículos como el 124 que establece el dominio originario de los recursos naturales en competencia de las provincias y la recepción de su protección al ambiente en instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido ratificados por el artículo 75 inciso 22 como el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El sistema interamericano incorpora esta protección en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (conocido como el Protocolo de San Salvador).

El artículo 41 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes tienen el derecho a un ambiente sano que deberá ser equilibrado para el desarrollo humano y donde las actividades que se realicen no vulneren a las generaciones futuras.

Aquí se puede observar un principio de ética intergeneracional de preservar el ambiente para las generaciones presente y futuras, y que esas generaciones por venir disfruten del ambiente en las mismas condiciones que las generaciones presentes.

Se propone, de forma implícita, la idea de un desarrollo sustentable donde la satisfacción de las necesidades presentes no pueda comprometer la capacidad de las futuras generaciones tomando como dimensiones la sustentabilidad ambiental, el crecimiento económico y la equidad social.

Avanzando con el artículo 41, el derecho a un ambiente sano es el único derecho en toda la Constitución que hace mención a su daño y que el mismo debe generar una obligación de recomposición. Goza de una característica de daño objetivo por las particularidades de la materia.

Ratificando la idea de desarrollo sustentable, el artículo expone que las autoridades van a proteger este derecho mediante un uso racional de los recursos naturales, preservando el patrimonio natural y cultural como la diversidad biológica, su información y educación ambiental.

Deja a cargo de la Nación la facultad de sancionar normas de presupuestos mínimos para proteger el ambiente y en las provincias la competencia de legislar de forma complementaria.

Resulta interesante la noción de presupuesto mínimo que consiste en un deber/obligación que establece una tutela ambiental para todo el territorio de forma homogénea. Implica un piso mínimo de derechos que debe ser respetado por todas las provincias y conforme la progresividad de los derechos humanos debe avanzar en esa protección y no implementar políticas regresivas.

Finalmente, el artículo prohíbe el ingreso al país de residuos actuales o potencialmente peligrosos como los radiactivos.

V. Caso de las pasteras (2004-2006)

a. Antecedentes

Finalizando la década de los 80, América Latina comenzó un periodo de expansión de plantaciones forestales que implicó una localización geopolítica para pasteras impulsadas por financiamiento internacionales (MIJAILOFF y BURNS, 2019).

Así es como en el año 2002 la empresa de capitales españoles ENCE y luego en 2003 la empresa Botnia S.A. impulsaron sus respectivos proyectos para la instalación de pasteras.

En el caso de la empresa ENCE presentó un estudio de impacto ambiental sobre su proyecto de planta de celulosa de eucalipto, con financiamiento de la Corporación Financiera Internacional (CFI) institución perteneciente al Grupo Banco Mundial, sobre el Río Uruguay a kilómetros de la ciudad de Fray Bentos de Uruguay.

Mientras este proyecto era autorizado por Uruguay, en 2003 la empresa Botnia impulsaba la construcción de otra planta de celulosa a tan sólo 7 kilómetros de la pastera española y que contaba con financiamiento del CFI y de bancos privados como el BBVA (MIJAILOFF y BURNS, 2019).

Para el caso de la pastera de Botnia, la empresa contaba con un seguro contra todo riesgo político garantizado por el Mecanismo de Garantías de MIGA (MGM) del Banco Mundial y asimismo con un seguro legislativo previsto por ley n° 17.759 que promovía las inversiones entre Uruguay y Finlandia donde se determinaba que cualquier controversia entre las partes se dirimiría en el Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), institución perteneciente al Banco Mundial (MIJAILOFF y BURNS, 2019).

Lo particular de este caso es que la empresa finlandesa contaba con seguros para resguardar su funcionamiento y con una zona franca, es decir, que se flexibilizaba cualquier tipo de control económico, social y ambiental. Además, el grupo Botnia contaría con esos beneficios por el término de 30 años con opción de ampliación a 20 años más (COLACRAI, 2008).

Líneas productivas impulsadas por empresas transnacionales con una protección de entidades internacionales como el Banco Mundial para buscar una mayor rentabilidad sin contar con los recaudos ambientales (PALERMO, ABOUD y MUSSERI, 2009).

Claramente Uruguay cedía su soberanía a costas de la mercantilización de recursos naturales y vulnerando el Estatuto del Río Uruguay al no realizar una consulta previa al Estado de Argentina. A continuación, se abordará la respuesta de Argentina desde el reclamo social y cómo esa voz popular fue reconocida y legitimada por el gobierno del entonces presidente Néstor Kirchner.

b. Desarrollo del conflicto y posicionamiento de Argentina
b.1. Rol de la comunidad organizada

Durante el año 2003, se comienzan a gestar las primeras manifestaciones que parten de agrupaciones uruguayas que se encargan de emitir comunicados de alerta a organizaciones ambientalistas de la ciudad argentina de Gualaguaychú sobre un proyecto de la empresa ENCE para instalar una pastera en la localidad de Fray Bentos y otro proyecto de un polo celulósico en la cuenca del Río Uruguay (MERLINSKY, 2008).

Bajo este contexto se crea el espacio “Vecinos Autoconvocados por la Defensa del Río Uruguay” como oposición a la instalación de pasteras y que sensibilizó sobre el impacto de estas empresas con antecedentes de sus fallas de funcionamiento que ocasionaron impactos negativos en lo socioambiental (MERLINSKY, 2008).

En ese mismo año, las organizaciones integrantes de la Red de organizaciones socioambientales de Entre Ríos y organizaciones ecologistas de la República Oriental del Uruguay, reunidas en la ciudad de Gualaguaychú el día 12 de julio de 2003, establecen la Declaración de Gualaguaychú dirigida a la sociedad, los gobiernos locales, provinciales y nacionales.

La Declaración de Gualaguaychú se presenta como un documento de suma relevancia ya que es la población que se

A treinta años de la reforma constitucional

reúne para expresar en un documento su rechazo y resistencia al impacto ambiental de los proyectos de pasteras de multinacionales en Uruguay.

En este sentido la declaración hace mención a los encuentros de esta red de organizaciones y cómo en los debates lograron acuerdos para el rechazo de la planta promovida por la empresa ENCE y que se habían realizado impugnaciones sobre los estudios de impacto ambiental presentados por la empresa ante el organismo responsable de su evaluación. También invitaban a todos los municipios afectados de Argentina y Uruguay como sus sociedades a debatir respecto a la gravedad de estos emprendimientos donde se estaban trasladando industrias contaminantes del norte hacia un sur empobrecido.

Es interesante ver cómo la declaración hace hincapié sobre esta idea de responsabilidades comunes pero diferenciadas sobre el cambio climático ya que los países industrializados del norte impulsan una transición energética pero que los costos socioambientales los pagan los países en vías de desarrollo como en este caso Argentina y Uruguay, que verían las consecuencias de estas pasteras.

Acompañando dicha postura la declaración cierra con una reflexión sobre el modelo de desarrollo de estas industrias que consolidan la concentración del poder económico, vulnerando el uso de la tierra, generando desocupación y exclusión social de los territorios agrarios de los pueblos argentinos y uruguayos.

Finalmente, interpelan a funcionarios de gobiernos locales, provinciales y nacionales para que adopten medidas acordes al Derecho Internacional Público como la Convención sobre Diversidad Biológica, Desertificación, Basilea entre otros como su respectivo Derecho interno en miras de aplicar el principio precautorio y de reciprocidad de notificación como intercambio de información y consulta sobre actividades en la jurisdicción de un Estado que tendrán efectos en la diversidad biológica de otros Estados.

La declaración exponía cómo Uruguay había incumplido el Estatuto del Río Uruguay al no haber efectuado una consulta previa a la Argentina sobre la construcción de las pasteras.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

Para no sólo quedar en la retórica, la Asamblea Ambiental Ciudadana de Gualeguaychú en septiembre de 2003 realiza una manifestación bajo el lema “Abrazo Solidario” con participación de vecinos de poblaciones argentinas y uruguayas.

Posteriormente en el año 2004, el gobierno uruguayo firma un acuerdo de inversiones con la empresa Botnia para la instalación de otra pastera

En febrero de 2005, Uruguay autorizó la construcción de la planta de celulosa de la firma Botnia, de origen finlandés, sobre las aguas binacionales del Río Uruguay en Fray Bentos, del territorio de Uruguay y frente al territorio de Gualeguaychú de Argentina.

Frente a esta situación, la asamblea realizó, en julio de 2005, el corte de la ruta internacional n° 136 y la provincial n° 42 que une Gualeguaychú con Fray Bentos a través del Puente General San Martín y que se reiteró en agosto y diciembre del mismo año. La Asamblea solicitaba al gobierno nacional que iniciara acciones contra Uruguay ante la Corte de La Haya.

En enero de 2006, la Asamblea de Gualeguaychú mantuvo bloqueado por 46 días el Puente General San Martín ante la decisión unilateral de Uruguay en la construcción de las pasteras sin haber realizado una consulta previa a la Argentina. Luego el corte se reiteró en abril del mismo año por 26 días llegando a un total de 72 días corridos de corte de ruta.

También, se interrumpió la circulación en la ruta que une la ciudad de Paysandú con la de Colón, a través del puente General Artigas, por 35 días y luego 8 días en los meses de febrero-marzo y luego abril de 2006.

Además, se realizó el bloqueo sobre el puente internacional ubicado en la represa de Salto Grande en enero y febrero de 2006. En septiembre de 2006, la Asamblea consiguió que ENCE decidiera retirarse de Fray Bentos y relocalizara su inversión.

En abril de 2006, el presidente de Argentina, Néstor Kirchner, pidió a los vecinos de Gualeguaychú que levantaran los cortes de ruta. Luego de liberarse los caminos, el 4 de mayo de 2006 la Argentina presentó una demanda contra Uruguay

A treinta años de la reforma constitucional

ante la Corte Internacional de Justicia de La Haya en relación con el Acuerdo del río Uruguay.

Resulta valioso ponderar la acción de la comunidad organizada desde las organizaciones ambientalistas frente al avance de multinacionales con modelos de desarrollo contaminantes y cómo la protesta dio sus frutos con un gobierno nacional argentino que supo representar ese clamor social.

A continuación se abordará el rol del gobierno nacional argentino que estuvo a cargo del entonces presidente Néstor Kirchner.

b.2. Posicionamiento del gobierno de Argentina

Desde octubre de 2003, el gobierno de Argentina buscó soluciones al conflicto con Uruguay a través de la Cancillería argentina que solicitaba detalles técnicos sobre las plantas y que derivó en un compromiso sellado por parte de Uruguay para vigilar la construcción de la planta y con sus respectivos informes periódicos. Dicho acuerdo de 2004, nunca se materializó demostrando la falta de predisposición de Uruguay para resolver el conflicto.

A pesar de la construcción de la planta de Botnia, autorizada por Uruguay, Argentina acuerda crear un Grupo Técnico Bilateral de Alto Nivel para estudiar el asunto y ante la inacción de Uruguay, Argentina remite una carta al Banco Mundial con su preocupación por la posibilidad de financiamiento de la Corporación Financiera Internacional (CFI).

Dicho grupo de trabajo entre Argentina y Uruguay no llega a resultados y el 4 de mayo de 2006 Argentina inicia una demanda sobre Uruguay ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de La Haya por violación del Estatuto del Río Uruguay.

Se presenta un acto de suma relevancia que nos remite al Pacto Federal de 1993; el 5 de mayo de 2006 se celebra el Acta de Gualaguaychú en la Provincia de Entre Ríos donde se enmarca que el desarrollo sostenible era un paradigma del presente y visión estratégica del futuro.

En el acta, del que participaron 22 provincias representadas por sus gobernadores y vicegobernadores, su considerando establecía que el ambiente era considerado como un patrimonio común de la sociedad y que su cuidado determinaría la calidad de vida para el desarrollo del país. También destacaba que la devastación sobre la naturaleza como la contaminación ambiental, se generan por modelos económicos que buscan obtener mayores utilidades desatendiendo y vulnerando recursos naturales.

Determinaba que el Estado debe proteger el derecho a un ambiente sano para todos los habitantes y para tal fin resulta imprescindible la acción conjunta entre los distintos niveles gubernamentales. Se entiende que el paradigma del desarrollo sostenible se relaciona directamente con el bienestar general reconociendo que Argentina posee un patrimonio natural que no debe ponerse en riesgo por modelos económicos que dañen el ambiente y generen desigualdad social.

Plantea la responsabilidad intergeneracional presente en la Constitución Nacional para evitar modelos que contrapongan el crecimiento económico a la protección ambiental.

Se destaca que la Argentina junto a toda la región de Latinoamérica son acreedores ante los países desarrollados por los servicios ambientales que presta y que es decisión del gobierno nacional tomar como política de Estado el cuidado del ambiente que implica proteger a los seres humanos, las comunidades y futuras generaciones a las que se les debe garantizar nacer en un ámbito íntegro.

En la parte de declaración del Acta de Gualeguaychú, los firmantes se comprometieron a acompañar el reclamo argentino ante la Corte de La Haya y alcanzar el desarrollo sostenible como política de Estado mediante un trabajo en común entre provincias y Nación con políticas integrales que adecuen la dimensión ambiental, social y económica.

Asimismo, entre otras declaraciones se establecía que la agenda ambiental forme parte en las políticas de todos los niveles de gobierno consolidando los principios de la Ley Gene-

ral del Ambiente para fortalecer la institucionalidad ambiental federal.

En este sentido, resulta pertinente destacar el mensaje de Néstor Kirchner en la firma del Acta de Gualeguaychú que resaltó el compromiso con el desarrollo sostenible y los estándares de cuidado del ambiente para que permanezca sano y saludable. Mencionaba que Uruguay desconoció los riesgos ambientales y en la salud por la instalación de las pasteras y sin satisfacer las preocupaciones del pueblo argentino frente al impacto sobre el río como en la población de ambas orillas.

Ante la presencia de 25 mil personas, Kirchner resaltó que la cuestión ambiental interpelaba tanto a Argentina como a Uruguay y que la Argentina la asumía como un problema propio, defendiendo el derecho a un ambiente sano por un río internacional que debía ser protegido y preservado por ambos países.

El presidente Kirchner exponía que se requería de prudencia y racionalidad sobre la información respecto a la tecnología utilizada por las pasteras ya que resultaba insuficiente para asegurar que habría un impacto mínimo en clara consonancia con los principios ambientales de la ley general del ambiente.

También hacía hincapié en el concepto de acreedores ambientales del mundo que ocupaba la Argentina como toda Latinoamérica por poseer los recursos naturales que precisa todo el planeta y cuyos costos los pagaba la región, mientras que los países industrializados del norte se llevaban esos servicios ambientales sin hacerse cargo del daño ocasionado. El doble estándar que aplican los países del norte con mayores recursos de capital y tecnología que plantean exigencias ambientales globalmente en la firma de acuerdos internacionales pero después desconocen estos preceptos cuando sus empresas contaminan al sur.

Posteriormente en 2007, en el marco del Día de la Independencia en Tucumán y ante la presencia de asambleístas de Gualeguaychú, el presidente Kirchner manifestó que la problemática de las papeleras era una causa nacional donde se estaba cumpliendo con la patria y el pueblo. Un año después

del Acta de Gualeguaychú, el gobierno nacional volvió a ratificar como causa nacional este reclamo socioambiental.

A continuación, se abordará el litigio internacional y cómo el Estado de Argentina mantuvo su posición destacando la actitud del pueblo de Gualeguaychú por la defensa del derecho a un ambiente sano en el ámbito regional del Mercosur y luego en el Tribunal Internacional de la Haya.

c. Litigio Internacional

c.1. Tribunal Arbitral del Mercosur

En julio de 2006, la República Oriental del Uruguay presenta un reclamo frente a los cortes de rutas en territorio argentino sobre acceso a puentes internacionales que comunican con Uruguay y llevados a cabo por movimientos ambientalistas argentinos en protestas respecto a la construcción de plantas de celulosa frente al Río Uruguay, límite entre ambos países.

En este sentido, el Estado de Uruguay cuestionaba el accionar, entre diciembre de 2005 y mayo de 2006, por parte del gobierno nacional argentino como el provincial de Entre Ríos frente a las manifestaciones que interrumpían la circulación en los puentes internacionales. Asimismo, Uruguay reclamaba por las pérdidas económicas que le habrían ocasionado estos cortes de rutas para sus negocios de exportación, importación, turismo y transporte terrestre de pasajeros y mercaderías.

En cuanto al Estado Argentino resulta interesante ver cómo pone en valor el reclamo social al manifestar que, sin alentar estos sucesos, las manifestaciones constituyen el ejercicio de un derecho legítimo que no impidió las tareas efectuadas por el gobierno nacional para que los cortes fueran dejados sin efecto.

Argentina planteó que se presentaba la contraposición entre el derecho de libre expresión del pensamiento y reunión y el derecho a la libre circulación de bienes. En este marco, Argentina destacó el precedente del caso “Schmidberger”, resuelto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Euro-

A treinta años de la reforma constitucional

peas, que otorgó prioridad al derecho a la libre expresión del pensamiento respecto al de libre circulación de bienes ante un corte de ruta internacional por un movimiento ambientalista.

Además, la Argentina afirmó que desde el enfoque de los derechos humanos los derechos de libre expresión del pensamiento y de reunión como el derecho de protesta son el medio para exigir el cumplimiento de otros derechos. Destaca que el foro público es el espacio por el cual la protesta brinda una mayor eficacia para reclamar derechos y que en estas manifestaciones no se presentaron actos violentos.

Respaldando esta argumentación, la República Argentina manifestó que proceder a la liberación requerida del puente hubiese implicado una represión inaceptable para lo dispuesto por el Derecho Público argentino. Asimismo, se destacó que las autoridades argentinas garantizaron vías alternativas para el acceso a Uruguay, y la prestación de los servicios de aduana como migración fueron reforzados.

Posteriormente, en el alegato de Argentina, se ponderó que el derecho de libertad de expresión ejercido por ciudadanos argentinos constituía un derecho humano fundamental que ha sido reconocido en todos los ordenamientos constitucionales como Tratados internacionales en materia de derechos humanos vinculantes tanto para Argentina como para Uruguay, gozando en Argentina de jerarquía constitucional.

Asimismo, el Estado Argentino planteó que el derecho de libertad de circulación de bienes y servicios se encontraba legalmente protegido pero no revestía la calidad de derecho humano por lo cual no puede ese derecho actuar en desmedro de un derecho como el de libertad de expresión, que sí contaba con la jerarquía de derecho humano.

El tribunal expresó que ante el conflicto de diferentes valores el deber del gobernante consiste en tomar las medidas apropiadas aplicando el debido cuidado en la elección de la que fuese mejor y tomar precauciones para evitar un daño sustancial.

En el caso concreto, atento las normas del Mercosur sobre el comercio, el Tribunal reconoce que la cuestión no puede ser

exigir al Estado Argentino que reprima a sus propios ciudadanos ya que se estaba afectando a ciudadanos de una comunidad que sostienen un reclamo que no puede ser calificado como injusto ya que en su visión se ve amenazada la calidad de vida en el futuro.

Por lo cual, el Tribunal entendió que la Argentina no había acreditado que le fuera imposible efectuar otras medidas para repeler esas manifestaciones, pero se desestimó el resarcimiento económico solicitado por Uruguay y no se aplicaron sanciones a la Argentina.

A continuación, se abordará el litigio ante el Tribunal de La Haya que fue iniciado por la República Argentina ante el incumplimiento de la consulta previa que no fuera efectuada por Uruguay sobre los proyectos de las pasteras.

c.2. Corte Internacional de Justicia (Tribunal de la Haya)

En el año 2006, la Argentina interpone una demanda ante la Corte Internacional de Justicia por los incumplimientos, por parte de Uruguay, del Estatuto del Río Uruguay de 1975 al avanzar con la instalación de plantas de pastera celulósica sobre la margen este de dicho río.

La Argentina presentó medidas cautelares para que se interrumpa la autorización como el comienzo de obras de la planta de celulósica del Grupo Botnia. Mientras que Uruguay presentó medidas cautelares para que se libere el tránsito por los cortes transfronterizos. Dichas presentaciones fueron rechazadas por la Corte.

La cuestión planteada por Argentina tuvo su resolución en el año 2010, cuando la Corte reconoció el reclamo de Argentina sobre el incumplimiento formal por parte de Uruguay al no informar oportunamente la Comisión del Estatuto del Río Uruguay sobre la construcción de las pasteras que podrían repercutir en la navegación, el régimen del río como en la calidad de las aguas. A pesar de esta decisión, la Corte no reconoció el derecho de indemnización a favor de Argentina y desestimó la relocalización de la planta de Botnia.

A treinta años de la reforma constitucional

Por otra parte, la Corte rechazó los planteos de Argentina señalando que no se verificó incumplimiento de Uruguay en la conservación, utilización, explotación de los recursos naturales como contaminación del río.

Más allá de la resolución de la Corte, resulta interesante advertir cómo Argentina sostuvo el reclamo ambiental en esta instancia internacional ya que expuso que el estudio de impacto ambiental presentado por Uruguay sobre la pastera de Botnia era inadecuado al no contar con un análisis de alternativas para la elección del sitio de la planta cuando este requisito era exigido por el Derecho Internacional. Argentina destacó que el lugar elegido era sensible desde el punto de vista ecológico y que podía ocasionar dispersión de contaminantes.

Asimismo, se puede apreciar que para la Corte no resultó relevante el hecho de que Uruguay no haya efectuado una debida información con antelación a la construcción de las pasteras.

Con este enfoque de la Corte, no se ponderó que una de las partes, como Uruguay, haya vulnerado una etapa procedimental de un estatuto respecto a la afectación de un recurso natural compartido. Fue necesario el reclamo del Estado Argentino, que atendió al clamor social, ante la vulneración del recurso natural que no contó con la notificación previa por parte de Uruguay y que afectaba la soberanía como la integridad de los dos Estados como principios básicos del Derecho Internacional (DE CLÉMENT, 2010).

VI. Conclusiones

Poner en valor la soberanía implica defenderla en lo teórico y práctico. En instancias de diálogos y buscando una solución a las controversias que se presenten por recursos naturales compartidos.

El caso de las pasteras es un antes y un después en la historia del ambientalismo argentino ya que el conflicto partió del clamor popular en la resistencia ante el avance de multinacionales y tuvo el acompañamiento de un gobierno nacional.

La comunidad organizada partió desde movimientos ambientales de Uruguay y terminó con la constitución de la Asamblea Ciudadana Ambiental de Gualeguaychú que encabezó los reclamos en la calle.

Documentos como la Declaración de Gualeguaychú son sumamente relevantes ya que implican la expresión del pueblo en defensa del derecho a un ambiente sano consagrado por la Constitución Nacional. Que este instrumento de una organización exigiera al Estado Nacional su atención y que analice las lógicas de las empresas del norte en su relación con los recursos naturales son posicionamientos que enaltecen el cuidado ambiental desde abajo.

Un gobierno nacional, a cargo de Néstor Kirchner, que tendió puentes de diálogo con Uruguay y respetó el reclamo que se presentaba en las calles de Gualeguaychú, pasó de la retórica a los hechos y en distintos discursos del entonces presidente se hizo notar que la causa ambiental era una política de Estado.

Defender los intereses nacionales ante el Mercosur y el Tribunal de La Haya, valorizando el rol de los movimientos sociales en un reclamo legítimo como la defensa del ambiente, también fueron materializados en una idea de federalismo a través de un Acta de Gualeguaychú.

En tiempos de regresividad ambiental, resulta imperioso hacer historia a 30 años de la constitucionalización del derecho a un ambiente sano y a 20 años de la causa por las pasaderas. Recordar y tener presente cómo un pueblo organizado puede hacer visible un reclamo y exigir a un Estado la defensa de la casa común y cómo un gobierno nacional puede escuchar la voz del pueblo para proteger la soberanía de nuestros recursos naturales.

VII. Bibliografía

COLACRAI, M. (2008). *Las plantas de celulosa sobre el río Uruguay y el rol de los actores subnacionales gubernamentales en la proyección de la Política Exterior del lado argentino*. Ac-

ciones, tensiones políticas y negociaciones diplomáticas, 2003-2007, UNR.

DE CLÉMENT, Z. D. (2010). “El fallo de la CIJ sobre las pasteras del Río Uruguay: lejos de la concepción de recurso natural compartido”. Anuario XII del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/09/fallopasteraszlata2.pdf>.

FRÍAS, P. J. (1994). *El federalismo en la reforma constitucional*, La Ley.

LORENZETTI, R. L. (2008). *Teoría del Derecho Ambiental*, La Ley.

MERLINSKY, M. G. (2008). “Nuevos repertorios de acción colectiva y conflicto ambiental: una cronología del conflicto por la instalación de las plantas de celulosa en el Río Uruguay. Nuevo Mundo Mundos Nuevos”. Disponible en: <https://journals.openedition.org/nuevomundo/1641>.

MIJAILOFF, J. D. y BURNS, S. L. (2019). “Impacto político del conflicto argentino-uruguayo por la instalación de dos plantas de celulosa en el Río Uruguay”. Congreso Nacional de Ciencia Política XIV “La política en incertidumbre. Reordenamientos globales, realineamientos domésticos y la cuestión de la transparencia”. Sociedad Argentina de Análisis Político y la Universidad Nacional de San Martín. Disponible en: https://aulavirtual.agro.unlp.edu.ar/pluginfile.php/69327/mod_resource/content/3/Mijailoff%20y%20Burns%202019.pdf.

PALERMO, V., ABOUD, L. y MUSSERI, A. (2009). “La Asamblea Ciudadana Ambiental de Gualeduaychú en el conflicto por las papeleras”. *Redes, Revista do Desenvolvimento Regional*. Universidade de Santa Cruz do Sul, Brasil. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/5520/552056851010.pdf>.

ZAFFARONI, R. (2014). “Estudio sobre la Constitución de la Nación Argentina de 1949”. *Revista Derecho Público*. Año III, N° 8. Ediciones Infojus.

VIII. Recursos

Acta de Gualeguaychú (2006). Disponible en: http://www.estudiodelaplaza.com.ar/images/pdf/ACTA_DE_GUALEGUAYCHU.pdf.

Declaración de Gualeguaychú (2003) Declaración de la Red Socioambiental <http://www.guayubira.org.uy/2003/07/declaracion-de-gualeguaychu/>.

Fallo Botnia de la Corte Internacional de Justicia (2024) Disponible en:

<http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/02/FALLO-BOTNIA-COMPLETO.pdf>

Gobierno de Santa Fe (2024). Papeleras: Fallo completo del Tribunal Arbitral del

Mercosur. Disponible en: <https://www.santafe.gov.ar/index.php/web/content/download/19073/86977/>

Kirchner, N. (2006) Palabras del Presidente de la Nación, Dr. Néstor Kirchner en Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos. Disponible en: <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/archivo/24912-blank-88488502>.

Ámbito Financiero (2006). “Kirchner nacionalizó el conflicto por las papeleras con discurso moderado”. Disponible en:

<https://www.ambito.com/politica/kirchner-nacionalizo-el-conflicto-las-papeleras-discurso-moderado-n3376284>.

El proceso ambiental y MORELLO: el adolescente y el maestro

Tomás VASSER

SUMARIO: I. Introducción.- II. Daño al ambiente colectivo y daño al ambiente individual: “la avenida de doble mano”.- III. Los llamados “megaprocursos”.- IV. MORELLO y la tutela procesal del ambiente: diferencias entre el proceso clásico y el ambiental.- V. Colofón.- VI. Bibliografía seleccionada de MORELLO

I. Introducción

Los procesos ambientales, siempre son sujetos a diferentes arbitrariedades producto del carácter difuso del interés que se protege. Genera desde su inicio un inconveniente para cualquier letrado que intente encauzarlo. Las cuestiones de competencia, legitimación, objeto, daño indemnizable, activismo judicial y multilateralidad de partes han puesto en crisis desde el momento inicial, la tramitación de este tipo proceso.

Ya desde el precedente “Kattan” en los años 80, se generó un debate doctrinario, entre escuelas más tradicionalistas (encabezadas en este caso particular por MARIENHOFF) y más progresistas (representada en los argumentos de CANO, contestando las posturas más tradicionalistas). La discusión versaba sobre la propia existencia de las acciones ambientales, y sus legitimados para reclamar la afección de estos derechos. Si se trataba de una acción que tenía cabida en nuestro ordenamiento procesal, o si por lo contrario estábamos frente a una “acción popular”, de imposible aplicación en nuestro proceso local.

Hay un consenso doctrinario común en tomar el fallo “Mendoza” como un hito procesal en materia de Derecho Ambiental, ya que en 2006, la Corte estableció las “Reglas de Juego” en el tablero existente. El tablero no ha cambiado mucho desde ese momento, la inexistencia de normativa ritual específica para

los procesos de incidencia colectiva han generado una necesidad constante de innovación jurisprudencial. Han obligado a los magistrados a munirse de nuevas herramientas para encarar este tipo de conflictos. Pero la falta de normativa ritual u otra legislación procesal, no debe ser tomada como una crisis en la efectiva aplicación de este tipo de procesos.

Es en este escenario que el doctrinario Augusto Mario MORELLO ha sido uno de los grandes pilares en el análisis y propuesta de este tipo de procesos. Habiendo escrito a lo largo de su vida profesional grandes aportes que han contribuido al trabajo del Poder Judicial en el dictado de sus resoluciones, pero también que han asistido a los letrados particulares en el encuadramiento de sus escritos.

MORELLO es para el Derecho Procesal Ambiental el elemento disruptivo que necesitaba el procesalismo clásico hiperformalista, pero desde el total respeto a los principios fundamentales del Derecho Procesal, contribuyendo en esclarecer las reglas de juego, sin romper el tablero o cambiar las piezas.

La presente ponencia apunta al análisis de trabajos presentados por MORELLO en la materia, desde una óptica actual, para poder así entender su vigencia.

II. Daño al ambiente colectivo y daño al ambiente individual: “la avenida de doble mano”

El trabajo presentado por el Dr. MORELLO en 2008 debería ser considerado como una puerta de entrada al análisis de los procesos ambientales. En conjunto con el Dr. CAFFERATTA, estudia las complicaciones que este tipo de proceso presenta.

La relación del derecho individual y el derecho colectivo dentro de los procesos ambientales se desarrolla como una avenida de doble mano (concepto ya elaborado por el Dr. MORELLO en *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino*, Librería Editora Platense, 1999 p. 46), y cito: “en el carril de ida, donde se aloja fundamentalmente el interés general o el de la sociedad, transita el daño ambiental, colectivo; en el carril de vuelta nos encontramos con el daño ambiental in-

dividual. Y en el retorno al interés individualizado aflora el derecho a ser indemnizado por los daños sufridos, en curso de agravamiento futuro”.

Con la metáfora elaborada en el párrafo precedente, MORELLO esquematizó uno de los grandes problemas que representan los procesos ambientales. Con él me refiero a los daños indemnizables y la forma de esquematizarlos en el mencionado proceso. Visiblemente encontramos que este tipo de procesos presentan en general tres tipos de daños: Daño Ambiental Colectivo (al ambiente en sí mismo), Daño Ambiental Individual y, me atrevo a agregar y diferenciar, Daño Individual No Ambiental. El primero, considero que es el más trascendental y el que representa el primer umbral de tratamiento por parte del funcionario judicial y el letrado accionante. En ella se contemplan todos los intereses colectivos, cuya prerrogativa nace del artículo 41 de la Constitución Nacional, y en nuestro ámbito local, el artículo 28 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. En un segundo punto, se analiza un aspecto que no es menor, es el daño ambiental individual, es decir, todo impacto negativo y relevante que generó una afección en el fuero individual de los interesados, hoy en día encuentra su gran fuente legal en los artículos 14, 240 y 241 del Código Civil y Comercial, al reconocer en el mencionado cuerpo legal de manera expresa los derechos de incidencia colectiva, y su impacto y relación con los derechos individuales. Y finalmente, los daños individuales patrimoniales y extrapatrimoniales, causados “de rebote” (*par ricochet*), por el daño ambiental; éstos siempre suelen escapar del proceso de incidencia colectiva, ya que no tienen un carácter difuso, pertenecen al fuero individual de los afectados, y depende de ellos el correcto reclamo judicial.

Hoy en día, es necesario tener en cuenta esta categoría de daño, ya que está presente en casi todos los procesos ambientales, y añaden al conflicto suscitado una complejidad que no puede ser dejada de lado. La CSJN, ya en 2006 había descripto al ambiente como un bien que pertenece a la esfera social y es de característica transindividual. Desde esta cualidad,

reside la complejidad del daño y su forma de reparación, considero que la metáfora de la avenida de doble mano que el Dr. MORELLO presenta, asiste a entender esta complejidad, y la forma de encarar correctamente este tipo de procesos.

Con referencia al interés colectivo, pueden esquematizarse en dos marcos supuestos, la faz preventiva y reparatoria. En este sentido en *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino*, MORELLO explica que en principio lo que se busca es evitar el deterioro del ambiente, eso representa la faz preventiva, es la resolución judicial ordenatoria que disponga no hacer lo que vienen haciendo (es decir el cese), y de ocurrir lo que se quiso evitar, entrará en acción la faz reparatoria, que es la resolución judicial que ordena la restauración (es decir la recomposición del ambiente); este segundo aspecto colisiona con la idea de restauración de los daños individuales producto del daño ambiental.

El gran avance de MORELLO y CAFFERATTA fue lograr una correcta forma de esquematizar todo el proceso judicial ambiental, trayendo un poco de orden procesal al caos producto por este tipo de acciones. Posteriormente los doctrinarios realizan una división según el nivel de atención que requiere el problema. Podríamos decir que aquí se utiliza el concepto procesal cautelar de “peligro en la demora”, para entender la forma y urgencia en la cual esto tiene que ser tratado. Tomando de base el análisis del Dr. MORELLO, realizaré una división en niveles de atención, yendo de más a menos grave según la protección que requiera:

- *Nivel uno “precautorio”*. Es el que persigue de inicio o entrada la cesación de la actividad dañosa (LORENZETTI la define como Tutela Civil Inhibitoria), la herramienta procesal adecuada para este tipo de procesos considero que hoy en día el Código Civil y Comercial la contiene en la Acción Preventiva (arts. 1711 ss. y cc. CCC). Se encuentra sostenida sobre el Principio Precautorio del artículo 4° de la Ley N° 25.675. No hablamos de un daño efectivo sino de un daño potencial, es decir, hablamos de una acción que se activa con el peligro a que algo inminente ocurra. Constituye un principio jurídico

del derecho sustantivo. Asimismo, la CSJN ha dicho que, aun existiendo una incertidumbre científica respecto al riesgo, requiere un mínimo de demostración de la posible concreción del daño; debe existir un umbral de acceso al principio precautorio.

-*Nivel dos “preventivo”*. El presente nivel de atención, también confluye en la idea de una acción de cese, pero a diferencia del nivel precautorio, en este caso ya no existe un potencial daño, o un peligro de su acaecimiento, sino un peligro de que el mismo se agrave aun más. Se encuentra sostenida sobre el Principio Preventivo del artículo 4° de la Ley N° 25.675. Normalmente suele ser interpretado en conjunto con el Principio Precautorio, pero recordemos que en este caso lo que queremos es que el daño se acentúe y complejice aun más. La CSJN ha dicho en reiteradas ocasiones que, en cuestiones de medio ambiente, cuando se persigue la tutela del bien colectivo, tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro (*Fallos*, 329:2316 y 339:201). Una correcta herramienta para salvaguardar la faz preventiva en los procesos ambientales, viene de la mano de Medidas Cautelares Innovativas. La Corte de Nación ha realizado un análisis concreto de la interrelación de los principios ambientales y el proceso cautelar, al decir que es a la luz de estos principios -que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41 de la Constitución Nacional (*Fallos*, 329: 3493)- que deben entenderse las facultades que el art. 32 de la Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general .

-*Nivel tres “restauratorio”*. Se activa cuando la defensa de Nivel Uno y Dos no logran su objetivo, es la acción que no llegó a evitar el daño ambiental colectivo tan temido, ni de forma precautoria ni preventiva. Procesalmente se desenvuelve en la acción de recomposición (es decir el proceso de volver al estado anterior al hecho dañoso). Esta acción de recomposición

puede tener diferentes análisis procesales: Amparo Colectivo, Acción de Daños y Perjuicios, entre otras (es menester señalar que los Poderes Judiciales provinciales, pueden tener herramientas propias para canalizar esta situación). El reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano, así como la expresa y típica previsión atinente a la obligación de recomponer el daño ambiental, no configuran una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos.

-Nivel cuatro “indemnizatorio de los derechos colectivos”. Es una consecuencia de haber pasado la línea de defensa de Nivel Dos, y ocurre cuando la recomposición es de imposible cumplimiento, por lo que la acción se convierte en una compensación económica. Cuando se analizó la forma en la cual iba a ser tomada la acción judicial por contaminación de la cuenca Matanza-Riachuelo la CSJN, expresamente dijo: “La presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. en tal sentido tiene prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que según se alega en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En 2º lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, el resarcimiento. Este nivel es el menos deseado, ya que podría interpretarse como una derrota para el ambiente en sí mismo. El bien no pudo ser recompuesto, por ende debe ser indemnizado”.

-Nivel cinco “indemnizatorio de los derechos individuales ambientales”. Este nivel más que una nueva línea de defensa, puede ocurrir en paralelo, y eventualmente acumulada, es la pretensión de resarcimiento por daño ambiental individual. Sobre este tema creo que el caso que mejor lo ejemplifica es un precedente de La Plata en 2012 por contaminación de YPF, en donde el Dr. Vallefn, Camarista del Contencioso-Administrativo Federal lo puso muy claro, y cito: “el daño ambiental colectivo genera daños individuales que impactan sobre la per-

sona y el patrimonio, en este caso, de los demandantes como vecinos del barrio aledaño a la destilería de YPF. Dentro de esos daños individuales derivados de afecciones al ambiente, puede considerarse el perjuicio que sufren todos los demandantes por lo que la jurisprudencia y la doctrina han llamado ‘daño ambiental residual’ o ‘disminución de la calidad de vida’ que incluye el menoscabo general en la calidad de vida producido por el impacto del daño al ambiente. Hoy en día el Código Civil y Comercial, a través del artículo 240, recepta el vínculo latente que existe entre el daño colectivo y el daño individual, y considero un gran momento de activismo judicial, no escindir este tipo de daño en un proceso independiente, ya que el mismo hubiera sido un gran atentado contra la celeridad procesal. El daño ambiental individual, constituye un rubro más a ser indemnizado por todo aquel afectado que ha logrado probar su acaecimiento, por lo que su tratamiento no puede ser considerado de forma separada al daño colectivo, ya sea que se tome como ‘daño ambiental residual’ o ‘disminución de la calidad de vida’”.

-Nivel seis “indemnizatorio de los derechos individuales no ambientales”. Este último nivel de protección lo constituyen los daños individuales no ambientales, podríamos decir el clásico daño individual, ya sea patrimonial o extrapatrimonial. Como vemos, el daño ambiental genera una serie de ramificaciones que no se agotan en un solo nivel. El daño al ambiente en sí mismo, es decir en su naturaleza colectiva, impacta en el fuero individual de los afectados (produciéndose el daño ambiental individual). Consecuentemente los afectados reclaman el daño ambiental individual (traducido como daño ambiental residual o menoscabo a la calidad de vida). Pero como el daño ambiental colectivo impacta “de rebote”, en el menoscabo ambiental individual, este último “de rebote”, impacta sobre el fuero individual extraambiental. Esto considero que incluye el patrimonial (daños a la propiedad y a la integridad física que no estén directamente vinculados con el daño al ambiente) y el extrapatrimonial (daño psicológico, daño moral, etc.). Desde ya, es tarea de los afectados demostrar dicha condición y, más

importante aun poder vincularla al daño ambiental. Pero este tipo de daño debe ser entendido por fuera del daño ambiental individual, ya que éste es un rubro en sí mismo.

En síntesis, la metáfora de los carriles que presenta MORELLO ha servido como punto de partida al ordenamiento procesal para poder gestionar, en el marco de un proceso específico, la coexistencia del daño al ambiente colectivo y el individual. Pero si a ese principio le agregamos los dictaminado por el Dr. Vallefín en el precedente “Mazzeo”, se logra vislumbrar todas las variantes que nacen producto de un proceso ambiental colectivo. En palabras de MORELLO: “El Derecho Procesal debe dar respuestas adecuadas a los enormes desafíos que plantea el Derecho Ambiental: no es extraño a los resultados de este juego lo que la Ley General del Ambiente 25.675 prevé en situaciones de daño ambiental colectivo y daño ambiental individual, porque de encauzar las demandas por vías incorrectas lo más probable es que al disfuncionar el instrumental formal todo se desmorone, y el resultado que quiere la ley, de protección real del ambiente, se transforme en un montón de declaraciones vacías, o en una pantalla de realidad que encierra una lucha de intereses económicos mezquinos, ajenos a la defensa de la naturaleza y la sociedad en su conjunto; de la tutela efectiva del derecho a un ambiente sano”.

La gran tarea de los jueces en estos casos es lograr *el mayor nivel de protección jurídica, en la menor complejidad procesal posible*.

III. Los llamados “megaprocursos”

Cuando MORELLO buscó ponerle un mote procesal a la causa de contaminación del Riachuelo (el famoso precedente “Mendoza”), tomó en cuenta que habían involucradas tres esferas del poder estatal (Nación, Provincia de Buenos y Aires y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), 44 empresas sindicadas como polucionantes, gran cantidad de municipios bonaerenses, competencia originaria de la CSJN para el daño ambiental, y competencia de la Justicia local para el daño individual,

y un proceso que todavía no había ni comenzado con su tarea de recomposición. Entiendo que ése es el nacimiento del término “megaproceso”.

Al arribar a esta problemática, MORELLO nos deja el siguiente mensaje: “Es por demás destacable el empeño del tribunal cimero por ordenar, coherentemente, las fases estructurales de un entramado de tan complejo objeto litigioso, de proyecciones de extraordinaria dimensión social, y que requiere una dirección operativa firme, previsoras y ajustadas a tiempos razonables sin afectar las exigencias del proceso justo constitucional. Que abarca diversas jurisdicciones afectadas por las mismas causas. Nos parece, sin embargo, que el cúmulo de actividad en tiempo exiguo que se pone del lado de la Autoridad de Cuenca y a ejecutar conforme al Plan de Saneamiento ante el juez delegado de ejecución será de dificultosa realización pese a las intimidatorias y eventuales multas, lo que, seguramente, llevará a una razonable flexibilización si la complejidad de su realización lo aconseja. Corresponde seguir atentamente la suerte y evolución de esta tan impactante causa en el mapa de nuestra Justicia”.

La conversión de un proceso en un “megaproceso”, no constituye para nada un mote de características positivas. Los megaprocesos, son la consecuencia evidente de un proceso de Justicia mal administrado, de una situación que no funciona y sigue sin funcionar.

Tal y como explica MORELLO, los megaprocesos producen situaciones que generan un activismo judicial de gran intensidad. Porque primeramente es necesario ordenar el dificultoso entramado producto de la complejidad misma del proceso judicial. Es decir, antes siquiera de comenzar a pensar en correr traslado de una demanda, hay que organizar y delimitar la competencia. Un gran ejemplo de esto ha sido lo resuelto por la CSJN el 20/06/2006, en los autos “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)”: “II. Declarar la competencia originaria del Tribunal con respecto a las pretensiones concernientes a la

prevención, recomposición y el resarcimiento del daño colectivo individualizadas en el punto 7 del escrito de demanda. III. Declarar la incompetencia de esta Corte para conocer en su instancia originaria con respecto a la demanda por el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales reclamados...”. Un primer aspecto de este megaproceso, fue resolver la cuestión de competencia de la CSJN, la cual se declaró competente para resolver el daño ambiental en sí mismo e incompetente para resolver los daños individuales. Fue necesario este primer umbral de ordenamiento procesal, para facilitar la tarea de la Corte y poder enfocarse en el daño ambiental a la cuenca. Uno de los grandes fundamentos que la CSJN toma para llegar a esa resolución es el siguiente: “la Corte Suprema debe ejercer con rigurosidad las facultades ordenatorias del proceso que expresamente le reconoce el art. 32 de la ley 25.675, pues la circunstancia de que en actuaciones vigentes en el tradicional proceso adversarial civil y, en general, se hayan elastizado las formas rituales, no configura fundamento apto para permitir la introducción de peticiones y planteamientos en apartamiento de reglas procedimentales esenciales que, de ser admitidos, terminarían por convertir al proceso judicial en una actuación anárquica en la cual resultaría frustrada la jurisdicción del Tribunal y la satisfacción de los derechos e intereses cuya tutela se procura”.

Gran parte de la problemática de estos llamados “megaprosesos” es intentar armonizar la idea de protección del bien jurídico con el respeto de los principios procesales básicos (como la celeridad y la economía procesal). Sin embargo, a mayor complejidad procesal, mayor demora en la resolución de los procesos. Un gran ejemplo de lo mencionado, ocurrió en la Justicia bonaerense con el precedente “Décima”. El proceso fue iniciado en 2001 y arribó a sentencia de la Corte provincial recién en 2023. Tomó más de 10 años de resolución en primera instancia, habiéndose expresado al respecto, el juez dijo: “Es así, que en febrero de 2011, pasados ya más de 10 años desde el inicio de la causa y con mucha tinta corrida en el río del progreso doctrinario y jurisprudencial, con nuevas apreciaciones

y reglas aceptadas por los Máximos Tribunales Provinciales y magníficas intervenciones de la Corte Suprema Nacional, se decidió dar un giro trascendental en la causa, que si bien debió haberse dado con anterioridad, no resultó tardío, ello considerando el avance que se logró, como se verá en los detalles expuestos...”. Existe una suerte de inexorable vinculación entre el daño ambiental y el devenir de un “megaproceso”. Y la principal víctima de la conformación de los mismos son los sujetos de derecho afectados, es decir, todas las personas que padecen por el daño ambiental y el ambiente dañado en sí mismo.

Considero que, al escribir sobre los megaprosesos, MORELLO no sólo detalló la compleja tarea que tuvieron los jueces para encauzar estos procesos, sino que también dio un análisis de las consecuencias negativas que acarrearán su conformación, no sólo en términos de Derecho Ambiental constitucional (art. 41 de la Constitución Nacional), sino también, en las garantías procesales de la Carta Magna que se vulneran producto de la extensión que pueden tener en el tiempo (art. 18 de la Constitución Nacional).

IV. MORELLO y la tutela procesal del ambiente: diferencias entre el proceso clásico y el ambiental

En una de sus tantas publicaciones MORELLO intentó esquematizar y organizar las particularidades de los procesos ambientales comparados a los procesos de daños clásicos; tomando como base dicho cuadro hacemos un comparativo con los elementos e incorporando nuevos avances jurisprudenciales:

Diferencias entre el proceso clásico y el ambiental

Cautela Clásica Tutela inmediata -anticipada-

Legitimación Concreta Legitimación abierta (grupo, categoría, clase, todos)

Medidas cautelares organizadas para asegurar el resultado del proceso principal. De naturaleza más tradicional: no

innovar, anotación de litis, embargo, etc. Medidas Cautelares en favor de la jurisdicción anticipada (cautela sustancial). De naturaleza más moderna: Innovativas, autónomas, autosatisfacias

Esquema tradicional del garantismo formal. Es un proceso en sí mismo; y el “aparente proceso principal” está al servicio -inversamente- de su cometido: corroborar, conformar, apoyar, sustentar al proceso anticipatorio. Se trastruecan las funciones y los fines de la Jurisdicción en la misma medida que se corre los objetivos: de la reparación, a la prevención de daños.

- juez neutral para dirigir un litigio entre partes que se gobiernan por intereses y egoísmos privados.

- independencia ideológica y absoluta imparcialidad y objetividad. Ideológicamente pierde neutralidad para asegurar -prevenir, impedir, paralizar- desde ahora que no se consumen perjuicios, se sigan ocasionando, o se acrecienten. Esquema del nuevo Derecho Procesal; no sólo garantístico de las formas sino de los resultados valiosos (o efectivos) de la tutela, impidiendo la frustración de los derechos del mayor potencial: a la salud, a la vida, a la calidad de vida.

- Juez con total independencia ideológica y contextual
Juez “tomado” por la circunstancia contextual; pierde independencia ideológica.

- Juez indiferente ante la tutela inmediata (no es parte del bien afectado) Al Juez le afecta lo que la jurisdicción resuelva “ya” acerca de la tutela preventiva.

- Existe un interés particular prioritario. El interés público (general) y la dimensión social privan sobre el interés personal particularizado.

- el encadenado de los efectos: cosa juzgada ceñida a los límites subjetivos de las partes estrictas; inmutables: cerradas; ejecutables con sujeción a las reglas clásicas. - el encadenado de los efectos es totalmente diferente: cosa juzgada abierta (subjetivamente extensible a todos cuanto se hallen comprendidos en la situación tutelable); relativización de la rigurosa inmodificación de la cosa juzgada.

A treinta años de la reforma constitucional

- Orden probatorio estático y preestablecido en atención a un hecho dañoso producido y consumado. - reiteración de la actividad litigiosa mediante nueva prueba

- Conflicto enmarcado en un clásico proceso con una terminación formal suficiente. - que el proceso defina el conflicto y no que el conflicto perdure a raíz de una falsa o insuficiente (estéril, inoperante) terminación solo formal

Objeto concreto, determinado e individualista El ambiente, las circunstancias, lo otro del yo

Legitimación perfectamente acotada, estática y constante. Legitimación susceptible de aperturas sucesivas y nada acotadas para siempre. Dinámicas, por la esfera y mudanzas de las situaciones objetivas y subjetivas.

Fuentes y gestión probatoria de perfil grueso y general. Fuentes técnicas y científicas de avanzada que requieren conocimientos especializados desde la preparación de la demanda, en el campo de la información y de la prueba pericial y de los avances de los procesos de producción industrial

Carga de la prueba con encuadramiento clásico: el que alega debe probar Inversión; cargas dinámicas dentro de una posición estricta de colaboración del causante de la alteración del ambiente, a los resultados útiles de la tarea jurisdiccional

Vía de impugnación Clásica "*tantum appellatum quantum devolutum*" (congruencia); control o revisión en de la segunda instancia Vía de impugnación flexible: Circunstancias sobrevenientes hasta el momento del fallo;

Cuestión Federal clásica, en desfavor de la misma T r a s - cendencia objetiva por revestir una ínsita cuestión de gravedad institucional o de superentidad económico-social (art 280 CPCN). Ofrecen interés institucional suficiente (adecuado fundamento para el planteo del r.e.)

Amparo individual en protección de derechos individuales: En consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, corresponde apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las

garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (fallos 239:459) Amparo colectivo: Excede el interés de las partes y afecta el de la colectividad y puede resultar frustratorio de derechos federales (el derecho, a la salud, calidad de vida, arts. 5 y 8 Pacto de San José de Costa Rica) (garantías judiciales, directamente operativas)

Valoración de la prueba: Sistema de las reglas de la Sana Crítica y normas de experiencia desde el registro tradicional (art. 386 CPCN) Rige el sistema de las reglas de la sana crítica, pero con notables adaptaciones. Atravesada por los principios propios del derecho ambiental: Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la Cámara no realizó un *balance provisorio entre la perspectiva de la ocurrencia de un daño grave e irreversible y el costo* de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado *Principio Precautorio*, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente -art. 4° de la ley 25.675- (Fallos, 333:748).

Atravesada por principios procesales clásicos, (congruencia, igualdad, congruencia, dispositivo, *iura novit curia*, etc.) y particulares de cada rama (*in dubio pro reo*, *in dubio pro operario*, etc.) Se encuentra atravesado por principios procesales clásicos y particulares del Derecho Ambiental (precautorio, progresividad, preventivo, equidad intergeneracional, sostenibilidad y otros propios del art 4 de la Ley 25.675). Jurisprudencialmente en el precedente “Majul” la Corte ha traído a colación otros principios como el *in dubio pro natura*: “Los jueces deben considerar el principio *in dubio pro natura* que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporciona-

A treinta años de la reforma constitucional

dos o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos”. E *in dubio pro aqua*: “Especialmente el principio *in dubio pro aqua*, consistente con el principio *in dubio pro natura*, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. OCTAVO FORO Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018)”.

La pretensión de la acción determina la competencia de la materia, sin más análisis. La acción podrá ser civil, laboral, contencioso-administrativo, de familia, penal, etc. Ya que las reglas preexistentes ritualistas, simplifican la tarea judicial de concluir, si la acción está correctamente encausada. En el proceso ambiental la tarea judicial no es tan sencilla. El proceso mismo puede contener cuestiones civiles y comerciales, cuestiones contencioso administrativas, cuestiones penales, etc. La responsabilidad por daño ambiental se diluye entre una gran cantidad de actores, que por su hacer, no hacer o dejar hacer, habilitan que el mismo se produzca.

DIFERENCIAS ENTRE EL PROCESO CLÁSICO Y EL AMBIENTAL	
Cautela clásica	Tutela inmediata -anticipada-
Legitimación concreta	Legitimación abierta (grupo, categoría, clase, todos)
Medidas cautelares organizadas para asegurar el resultado del proceso principal. De naturaleza más tradicional: no innovar, anotación de litis, embargo, etc.	Medidas cautelares en favor de la jurisdicción anticipada (cautela sustancial). De naturaleza más moderna: innovativas, autónomas, autosatisfactivas

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

<p>Esquema tradicional del garantismo formal.</p>	<p>Es un proceso en sí mismo; y el “aparente proceso principal” está al servicio -inversamente- de su cometido: corroborar, conformar, apoyar, sustentar al proceso anticipatorio. Se trastruecan las funciones y los fines de la Jurisdicción en la misma medida que se corre los objetivos: de la reparación, a la prevención de daños.</p>
<p>- juez neutral para dirigir un litigio entre partes que se gobiernan por intereses y egoísmos privados. - independencia ideológica y absoluta imparcialidad y objetividad.</p>	<p>Ideológicamente pierde neutralidad para asegurar, -prevenir, impedir, paralizar- desde ahora que no se consumen perjuicios, se sigan ocasionando, o se acrecienten. Esquema del nuevo Derecho Procesal; no sólo garantístico de las formas sino de los resultados valiosos (o efectivos) de la tutela, impidiendo la frustración de los derechos del mayor potencial: a la salud, a la vida, a la calidad de vida.</p>
<p>- juez con total independencia ideológica y contextual</p>	<p>Juez “tomado” por la circunstancia contextual; pierde independencia ideológica.</p>
<p>- juez indiferente ante la tutela inmediata (no es parte del bien afectado)</p>	<p>Al Juez le afecta lo que la jurisdicción resuelva “ya” acerca de la tutela preventiva.</p>
<p>- existe un interés particular prioritario.</p>	<p>El interés público (general) y la dimensión social privan sobre el interés personal particularizado.</p>

A treinta años de la reforma constitucional

<p>- el encadenado de los efectos: cosa juzgada ceñida a los límites subjetivos de las partes estrictas; inmutables: cerradas; ejecutables con sujeción a las reglas clásicas.</p>	<p>- el encadenado de los efectos es totalmente diferente: cosa juzgada abierta (subjetivamente extensible a todos cuanto se hallen comprendidos en la situación tutelable); relativización de la rigurosa inmodificación de la cosa juzgada.</p>
<p>- orden probatorio estático y preestablecido en atención a un hecho dañoso producido y consumado.</p>	<p>- reiteración de la actividad litigiosa mediante nueva prueba</p>
<p>- conflicto enmarcado en un clásico proceso con una terminación formal suficiente.</p>	<p>- que el proceso defina el conflicto y no que el conflicto perdure a raíz de una falsa o insuficiente (estéril, inoperante) terminación sólo formal</p>
<p>Objeto concreto, determinado e individualista</p>	<p>El ambiente, las circunstancias, lo otro del yo</p>
<p>Legitimación perfectamente acotada, estática y constante.</p>	<p>Legitimación susceptible de aperturas sucesivas y nada acotadas para siempre. Dinámicas, por la esfera y mudanzas de las situaciones objetivas y subjetivas.</p>
<p>Fuentes y gestión probatoria de perfil grueso y general.</p>	<p>Fuentes técnicas y científicas de avanzada que requieren conocimientos especializados desde la preparación de la demanda, en el campo de la información y de la prueba pericial y de los avances de los procesos de producción industrial</p>

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

<p>Carga de la prueba con encuadramiento clásico: el que alega debe probar</p>	<p>Inversión; cargas dinámicas dentro de una posición estricta de colaboración del causante de la alteración del ambiente, a los resultados útiles de la tarea jurisdiccional</p>
<p>Vía de impugnación clásica <i>tantum appellatum quantum</i> (congruencia); control o revisión en de la segunda instancia</p>	<p>Vía de impugnación flexible: circunstancias sobrevinientes hasta el momento del fallo;</p>
<p>Cuestión federal clásica, en disfavor de la misma</p>	<p>Trascendencia objetiva por revestir una ínsita cuestión de gravedad institucional o de superentidad económico-social (art. 280 CPCN). Ofrecen interés institucional suficiente (adecuado fundamento para el planteo del r.e.)</p>
<p>Amparo individual en protección de derechos individuales: en consideración al carácter y jerarquía de los principios de la Carta Fundamental relacionados con los derechos individuales, corresponde apartarse de la doctrina tradicional de la Corte Suprema, que relegaba al trámite de los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, la protección de las garantías no comprendidas estrictamente en el hábeas corpus (<i>Fallos</i>, 239:459)</p>	<p>Amparo colectivo: excede el interés de las partes y afecta el de la colectividad y puede resultar frustratorio de derechos federales (el derecho a la salud, calidad de vida, arts. 5 y 8 Pacto de San José de Costa Rica) (garantías judiciales, directamente operativas)</p>

A treinta años de la reforma constitucional

<p>Valoración de la prueba: sistema de las reglas de la sana crítica y normas de experiencia desde el registro tradicional (art. 386 CPCN)</p>	<p>Rige el sistema de las reglas de la sana crítica, pero con notables adaptaciones. Atravesada por los principios propios del Derecho Ambiental: “Que al omitir toda referencia a la prueba aludida, la cámara no realizó un <i>balance provisorio entre la perspectiva</i> de la ocurrencia de un <i>daño grave e irreversible</i> y <i>el costo</i> de acreditar el cumplimiento de las medidas solicitadas, principalmente, a la luz del ya citado <i>principio precautorio</i>, conforme al cual, cuando haya peligro de daño grave o irreversible la ausencia de información o certeza científica no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces, en función de los costos, para impedir la degradación del ambiente –art. 4° de la ley 25.675-“ (<i>Fallos</i>, 333:748)</p>
<p>Atravesada por principios procesales clásicos, (congruencia, igualdad, congruencia, dispositivo, <i>iura novit curia</i>, etc.)y particulares de cada rama (<i>in dubio pro reo</i>, <i>indubio pro operario</i>, etc.)</p>	<p>Se encuentra atravesado por principios procesales clásicos y particulares del derecho ambiental (precautorio, progresividad, preventivo, equidad intergeneracional, sostenibilidad y otros propio del art 4 de la Ley 25675). Jurisprudencialmente en el precedente “Majul” la Corte ha traído a colación otros principios como el <i>In dubio pro natura</i>: “Los jueces deben .</p>

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

	<p>considerar el principio <i>in dubio pro natura</i> que establece que en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales y no se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sean desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos” e <i>In dubio pro aqua</i>: “Especialmente el principio <i>in dubio pro aqua</i>, consistente con el principio <i>in dubio pro natura</i>, que en caso de incerteza, establece que las controversias ambientales y de agua deberán ser resueltas en los tribunales, y las leyes de aplicación interpretadas del modo más favorable a la protección y preservación de los recursos de agua y ecosistemas conexos (UICN. Octavo Foro Mundial del Agua. Brasilia Declaration of Judges on Water Justice. Brasilia, 21 de marzo de 2018)”¹⁰²</p>
--	---

102 CSJN 000714/2016/RH001 “Majul, Julio Jesús c/Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/acción de amparo ambiental” 11/07/2019.

A treinta años de la reforma constitucional

<p>La pretensión de la acción determina la competencia de la materia, sin más análisis. La acción podrá ser civil, laboral, contencioso-administrativo, de familia, penal, etc. Ya que las reglas preexistentes ritualistas, simplifican la tarea judicial de concluir, si la acción está correctamente encausada.</p>	<p>En el proceso ambiental la tarea judicial no es tan sencilla. El proceso mismo puede contener cuestiones civiles y comerciales, cuestiones contencioso administrativas, cuestiones penales, etc. La responsabilidad por daño ambiental se diluye entre una gran cantidad de actores, que por su hacer, no hacer o dejar hacer, habilitan que el mismo se produzca</p>
--	--

MORELLO sintetiza el cuadro empleado en los siguientes 3 puntos:

“a) Una nueva cultura en el tratamiento jurídico de la tutela del ambiente.

b) Mayor conocimiento de la gente de cuáles son sus derechos, la forma activa y útil de hacerse oír en su defensa y participar de su custodia, porque todo ello le atañe, le concierne de manera vital

c) Globalización de la cuestión: desde el Everest al Lago Nahuel Huapi”.

La tutela procesal del ambiente ha sido, y es, una tarea jurídica constante. Los trabajos de MORELLO han contribuido a poder esquematizar y estructurar esta variante procesal. El más problemático de los escenarios de esta rama jurídica, es poder tomar esos conceptos abstractos, las expresiones de buenos deseos, los principios jurídicos de fondos y darle una aplicabilidad concreta. Lograr un enfoque pragmático a una solución compleja, será la gran meta del procesalista ambiental.

V. Colofón

El presente trabajo tomó como iniciativa visitar viejas publicaciones de doctrina del maestro Augusto M. MORELLO en el Derecho Ambiental. Concretamente uno de los grandes aportes de MORELLO ha sido encauzar los parámetros para un Derecho Procesal Ambiental argentino. Un sistema de normas que no poseen cuerpo único, legislación procesal específica y, en muchos casos, Justicia competente.

La tarea de los profesionales letrados y funcionarios judiciales en los procesos ambientales es realmente una enseñanza que MORELLO nos legó, y depende de nosotros llevarlos a buen puerto.

Una de las grandes características que componen el Derecho Ambiental es su inmadurez, podría decirse que es la rama jurídica adolescente. En 1997 MORELLO escribe *Los daños al ambiente y el Derecho Procesal*, y comienza su trabajo tomando como hito procesal ambiental un fallo de 1977 de la Cámara Segunda en lo Civil y Comercial de La Plata, bajo los autos “Celulosa S.A. v. Municipalidad de Quilmes”, en donde el voto minoritario del Dr. Gualberto Lucas Sosa puso la piedra basal al entonces desconocido (entre nosotros) tema de los intereses difusos y llamara, oficiosamente, la atención acerca de la necesidad de preservar y conservar un ambiente “sano”, subrayando la importancia que revestía “el ordenamiento” que regula esta materia.

La inmadurez de los procesos ambientales no tiene que ser tomada como una cualidad negativa, sino todo lo contrario. La falta de reglas preescritas y consensuadas da lugar a la creatividad e imaginación para poder determinar la mejor forma de encauzar tan compleja tarea. Existe un momento y un lugar para poder unificar el conocimiento jurídico, en cuerpos normativos de fondo y de forma, que cierren la grieta interpretativa sobre la forma en la cual se deben iniciar, gestionar y resolver este tipo procesos. Tengamos presente que muchas veces esquematizar asiste a dar un cuadro de acción determinado y posible al profesional, pero no hay que perder de vista

que el desarrollo de contenidos pétreos muchas veces encarcela la creatividad. Dicho de otra manera, no existen dudas de que la tarea del juez y del letrado accionante en un proceso ambiental, jamás podrá tener el mismo criterio judicial neutralista de enfoque que poseen los procesos clásicos, ni la rutinaria gestión letrada que poseen ciertas demandas y escritos. Pero tanto la tarea de uno como de otro tampoco puede salirse de las reglas elementales de un proceso, ya que ello contribuye a su desnaturalización.

Podemos entonces concluir que la enseñanza de MORELLO ha tenido impacto no sólo en la actividad judicial, sino también en la tarea de los letrados particulares. Ha dejado una suerte de camino, el cual a todas luces ha sido progresivo. Se podría considerar que existe un principio de no regresión doctrinaria, y sobre ella residen los textos de MORELLO. El Derecho Ambiental sigue siendo esa rama jurídica inmadura, pero en nuestro ordenamiento jurídico interno, podemos tener la tranquilidad de afirmar que, como la mayoría de los que fuimos adolescentes, en algún punto tuvimos algún maestro que nos marcó la enseñanza: para el Derecho Procesal Ambiental, ese maestro fue, es y será Augusto M. MORELLO.

VI. Bibliografía seleccionada de MORELLO

-MORELLO, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el Derecho argentino*, Librería Editora Platense.

-CAFFERATTA, Nestor A.-MORELLO, Augusto M., “Estrategias en el Derecho Ambiental”, JA 2008-II-364.

-MORELLO, Augusto M., “Los ‘megaprosesos’. Contaminación del Riachuelo”. Novedades JA-2008-IV-1191.

-MORELLO, Augusto M., “La valoración de la prueba y otras cuestiones en la tutela procesal del ambiente”, JA 1993-III-380.

El imperio de la Constitución

Verónica BILCZIK

SUMARIO: I. Introducción.- II. Desarrollo.- III. Conclusión

Porque no es lo mismo decir esta Constitución mantendrá su imperio, que preguntarse: ¿esta Constitución mantendrá su imperio? A 30 años de la última reforma a la Constitución Nacional de la República Argentina, se reflexionará en torno a los alcances de algunas de las modificaciones efectuadas a partir de entonces, como así también, en relación a las cuestiones pendientes desde 1853-1860.

Se trata de una especie de Constitución Nacional comentada, acotada en su extensión (conforme los requisitos formales previstos para esta presentación) y, general, en cuanto a las plurales disposiciones normativas que, en base a la formación profesional y académica serán analizadas.

I. Introducción

En esta ocasión, a 30 años de la última reforma a la Carta Magna de la República Argentina, se hará una selección de algunos aspectos, de lo contemplado expresamente a partir de 1994 (dado el aniversario que en esta ocasión se celebra); de lo modificado por los Convencionales Constituyentes de 1994 como también, claro está, de lo mantenido a partir de la Constitución Nacional originaria (1853-1860).

Justamente, ante la acotada extensión de esta presentación, acotada por cuanto no podría abarcar todo lo que en una Constitución comentada podría plasmarse, es que se intentará efectuar una selección de aquellos temas que, a criterio de quien suscribe, resultará relevante examinar para conmemorar de ese modo a las tres décadas transcurridas desde que los Convencionales Constituyentes cumplieron su cometido. Esto es, el de darle a los ciudadanos y a todos los hombres del

mundo (y mujeres también), que quieran habitar este suelo argentino, una “nueva” Constitución.

A modo de aclaración, debe destacarse que no todos los artículos podrán ser comentados; por ello, aunque desde lo metodológico se intente mantener el orden de numeración, en su análisis, quizás algunos artículos puedan no referenciarse -por lo indicado- o ser tratados en conjunto.

A su vez, no puede dejar de señalarse que, quizás, algunas breves reflexiones que se explicitarán no se correspondan -por su brevedad- con la entidad y relevancia de la norma bajo comentario; pero el recorte es necesario para cumplir con las pautas de presentación establecidas.

Se espera entonces lograr el fin propuesto; esto es, no sólo ser parte de la conmemoración de tan relevante acontecimiento, como lo es este aniversario sino, en su caso, retomar debates, reforzando las visiones conocidas y quizás también suscitar nuevos planteos e interrogantes.

II. Desarrollo

Así entonces, como se adelantara en la introducción, se comenzará a efectuar el comentario pertinente que, como todo recorte (arbitrario, por cierto), permitirá evidenciar lo consignado en los párrafos que precedieran a este desarrollo. Esto es: los motivos por los cuales, para conmemorar las tres décadas transcurridas desde la última reforma constitucional, se eligieron los artículos que a continuación serán consignados y del modo en que serán referenciados.

Primeramente, sobre el art. 31 de la Constitución Nacional (en adelante CN), con más, fundamentalmente, el art. 75 inc. 22 de la CN, debe remarcarse la interpretación amplia de y al principio de supremacía constitucional, que en modo alguno podría remitirse, solamente, al art. 31 de la CN, como habitual y erróneamente se lo hace.

Ahora bien, un artículo que merece singular reparo es ni más ni menos que el art. 36 de la CN.

A treinta años de la reforma constitucional

Al respecto debe destacarse al derecho de resistencia como causal de justificación -podría decirse en términos genéricos- ya que nadie debe ni debería tolerar lo injusto.

A su vez, dada la alusión allí al indulto, en el mencionado artículo se estima pertinente destacar que la reforma de 1994 nada modificó en torno a las cuestionadas herramientas constitucionalmente previstas como las de la amnistía, el indulto y la de conmutación de penas; facultades todas que, quizás, sería necesario suprimir o al menos repensar en pos de dar acabado cumplimiento, entre otros y, fundamentalmente, al principio de división de poderes, conforme art. 1° de la CN y concordantes.

En cuanto a lo previsto en el art. 38 de la CN, por todo lo regulado en relación a los partidos políticos que, por cierto, resulta destacable y que, en refuerzo del sistema democrático, debe mencionarse junto con el art. 39 de la CN, ya que todo lo que se consagró -en esa dirección- es sumamente importante aunque, lamentablemente, no se vea un reflejo -por ejemplo- en relación a la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito previsto en el Código Penal toda vez que, aun con las presentaciones de Declaraciones Juradas para los candidatos a elecciones populares, ello en nada incidirá eventualmente porque no se puede estimar a los fines del delito de enriquecimiento ilícito el período anterior a la asunción de un cargo.

Esto es que, la conocida en doctrina como “temporada de enriquecimiento”, conforme la regulación establecida en el tipo penal en cuestión, toma en consideración desde la asunción del cargo (más allá del supuesto del nombramiento por autoridad competente) y hasta dos años después de haber cesado en él.

Es decir, todo lo que es previo a dicha asunción del cargo, en cuanto al aumento del activo y/o a la disminución del pasivo, al enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo y que no pudiera justificar quien se encuentre fehacientemente notificado de ello (entre los principales elementos de la figura penal en cuestión, cfr.

art. 268 ap. 2 del Código Penal), será una conducta atípica, por tanto, penalmente irrelevante.

De modo entonces que esa falta de regulación por parte del legislador nacional, conforme art. 75 inc. 12 de la CN, va en desmedro de lo que está plasmado en la Constitución (en línea con lo consignado expresamente en el art. 36 de la CN) que, aunque pudiera pensarse para esos casos en una inconstitucionalidad por omisión, en materia penal tampoco podría ser planteada porque el límite del principio de legalidad no puede vulnerarse ante la imprevisión del Poder encargado de consagrar qué es digno de reproche penal en la República. Es decir, si el dictado del Código Penal y la sanción de ilícitos penales está en cabeza del Poder Legislativo de la Nación, lo máximo que podría hacer la parte acusadora y/o el Magistrado que tuviera un caso de este tenor, es recurrir al constitucionalismo dialógico para subsanarlo.

El activismo judicial, mediante una sentencia exhortativa, de oficio o a petición de parte, podría llevar a que un Poder del Estado (el Judicial), le requiriera a las autoridades con competencia para el dictado de los Códigos de fondo (el Código Penal, por cierto, por parte del Congreso Nacional, cfr. el citado inc. 12 del art. 75 de la CN) para que así lo hiciera.

Es decir, en cuanto al grave delito doloso que conlleva el enriquecimiento (art. 36 de la CN), sí es relevante destacar la pena accesoria de inhabilitación allí prevista y en lo que respecta a la tipificación del delito -como se indicara- para la “temporada de enriquecimiento” que se contempla al período posterior; esto es hasta los dos años después del cese en el cargo o la renuncia.

Por ello es válido señalar en esta oportunidad que, a pesar de las tres décadas transcurridas, los legisladores nacionales no se han hecho eco de esta situación. Así, resultaría improductivo exigir declaraciones juradas de su patrimonio a los candidatos a cargos electorales, si la eventual irregularidad fuera una circunstancia penalmente irrelevante y, por tanto, atípica.

Se insiste, por no abarcarse dicho período en lo que se denomina habitualmente como “temporada de enriquecimiento”.

A treinta años de la reforma constitucional

Puede afirmarse entonces que, aunque directamente no sea una crítica a cómo ha quedado redactada la Constitución, sí es válido o mejor expresado, pertinente, en esta oportunidad reflexionar en torno a este punto porque la omisión del legislador nacional (art. 75 inc. 12 de la CN, a contrario), repercute en la voluntad plasmada por los Convencionales Constituyentes en el comentado art. 36 de la CN.

A mayor abundamiento, sobre dicho artículo y lo relativo al “imperio de la Constitución”, la necesidad de analizar a la Constitución Nacional conforme al Núcleo de Coincidencias Básicas, como límite y porque no se podían reformar los primeros artículos de la Constitución (aspecto sobre el que se retomará al analizar lo relativo al juicio por jurados), genera que si se encuentran incongruencias para con la Constitución anterior a la reforma de 1994, los Instrumentos de DD.HH. al traer otro marco, cfr. art. 75 inc. 22 de la CN, “puedan” hacer a este último prevalecer (como se indicara, se volverá sobre este punto).

Desde lo metodológico, ahora sí, en cuanto al art. 37 de la CN no puede dejar de mencionarse la relevancia de dicha disposición, en tanto y en cuanto refuerza al art. 16 de la CN y robustece por ende los alcances de la igualdad.

En efecto, no existe otra disposición normativa que así se explicita en la Constitución, por ejemplo, para con la integración del Poder Judicial, en cuanto a la regulación de la Corte Nacional y a la determinación de sus miembros; criterio que así también expresamente lo podría haber explicitado el Convencional Constituyente (aludido así, como si fuera una voz única “El Convencional” cuando se sabe que la Convención Constituyente de 1994, como cualquiera que se dispusiera a reformar a la ley suprema, cfr. art. 30 de la CN, estuvo, está y estaría conformada por plurales voces).

Es decir, aunque así no lo hizo, no por ello no ha de destacarse la relevancia de esta cuestión, en pos de la igualdad y correlacionársela -a la disposición allí contemplada- con la regulación dispuesta en el art. 75 incisos 22 y 23 de la CN; en torno a este último que expresamente -desde 1994, pues

así lo reconoce y declara- en tanto allí se destacan cuáles son los grupos estructuralmente vulnerables para nuestro ordenamiento jurídico.

Los cuatro grupos que allí se mencionan entre los que, claro está, se encuentran las mujeres, sobre las cuales, al igual que con relación a los niños, ancianos y a las personas con discapacidad, también se alude en el Bloque de Constitucionalidad imperante desde 1994, conforme los compromisos internacionales suscriptos por la Nación y la jerarquía normativa que dichos Instrumentos de Derechos Humanos -DD.HH., en adelante-, adquirieron en los términos de lo dispuesto por el citado inc. 22 del art. 75 de la CN.

En torno al art. 41 de la CN, mucho podría decirse mas, enmarcado en el recorte adelantado, resulta por demás esencial recurrir al trabajo titulado “Los honorarios del abogado en causas de interés público en materia ambiental” , toda vez que, sobre la problemática ambiental, como toda la vinculada al Derecho, ante la tendencia generalizada hacia la especialización, se concluye que una baja regulación de honorarios, con un altísimo grado de probabilidad, no hará más que disuadir la litigación de quienes se encuentran formados en dicha especialidad (o pretendan estarlo) y, consecuentemente, reducirá la “buena” litigiosidad. En los hechos, consagrará una barrera; esto es, una obstaculización al acceso a la Jurisdicción, cfr. arts. 14, 18 y 75 inc. 22 CN en función este último del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH en adelante), entre otros y, si el principio de participación pública (p. 10 de la Declaración de Río), tiene en miras promover la participación de todos los interesados en el acceso efectivo a los procedimientos administrativos y judiciales; así, la regulación baja de honorarios causa que la vinculación entre participación pública, proclamada y consagrada, quede vacía de contenido y, con ello, se pone a su vez en riesgo ni más ni menos que el mandato constitucional previsto a partir de los arts. 41 y 43 de la CN y “todo” lo que desde entonces se viene consagrando al respecto.

A treinta años de la reforma constitucional

Muchísimo más podría decirse de aquellos artículos como el art. 42 de la CN, sobre los derechos de los consumidores y usuarios, pero el recorte es necesario para cumplir con los requisitos de la presentación; mas queda claro que estas tres normas representan importantes novedades de la CN.

Ahora bien, una cuestión a destacar, de las tantas que podrían señalarse, responde a que con la reforma ha quedado plasmado en el texto de la Carta Magna algo que lleva años, décadas y siglos de debate. Esto es, sobre quién o quiénes son o deben ser los encargados de llevar adelante al Control de Constitucionalidad que, en la actualidad, claro está, debe ir de la mano del Control de Convencionalidad, cfr. art. 75 inc. 22 de la CN.

Mas, precisamente, sobre esta última norma, de la que también se retomará en su análisis, cabe destacar que la doctrina del “Control de Convencionalidad” surgió en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el voto del Juez, Dr. García Ramírez, en “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, mientras que en “Almonacid Arellano vs. Chile”, los jueces de manera unánime aludieron al Control de Convencionalidad y así nació éste, robustecido en “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, al expedirse allí la Corte IDH sobre el efecto útil de la Convención y el control de oficio; como también, luego, en “Gelman vs. Uruguay” en torno a la obligación de ejercer el Control de Convencionalidad por “cualquier autoridad pública” y “todos sus órganos”. A nivel nacional, deben recordarse los fallos “Espósito”, “Derecho” y “Mohamed”, entre otros.

Al respecto, vale aclarar que, en el Sistema Interamericano los sujetos denunciados son necesariamente los Estados y no las personas físicas. Motivo por el cual no puede hablarse de una cuarta instancia toda vez que la Corte Interamericana se limita a examinar si determinado acto u omisión del Estado denunciado se adecua o no a la CADH y/o a su interpretación.

Es decir, no analiza la adecuación de las sentencias al Derecho interno. Esto quiere decir que es ajeno a su competencia cómo el Estado cumple; aunque sea cierto que algunos Esta-

dos integrantes del Sistema Interamericano posean una ley que regula el procedimiento a seguir después del dictado de una sentencia por la Corte IDH, para dejar sin efecto una resolución.

A partir de ello sí se advierte entonces la necesidad de consagrar en la República una ley que reglamente la ejecución de sentencias provenientes de organismos internacionales. Pues, como se vio en “Fontevicchia”, la ausencia de regulación en tal sentido ha llevado a que la respuesta que la CSJN diera (conforme Resolución N° 4015/17), no pueda estimarse como la más “feliz”.

En relación con el carácter subsidiario de la Corte IDH es, en razón de ello, que la CADH exige para iniciar un proceso ante el Sistema Interamericano el previo agotamiento de los recursos internos.

En definitiva, lo referenciado hasta aquí ha sido un anticipo al tratamiento del nuevo Bloque de Constitucionalidad pero que, en cuanto al Control de Constitucionalidad -en este sentido- no puede dejar de referenciarse el art. 43 de la CN, a su primer párrafo que, de manera novedosa, expresamente, contempla al Control de Constitucionalidad en cabeza de los jueces. El reconocimiento que allí quedó explicitado es algo que no puede obviarse en un trabajo como el que se presenta en esta ocasión.

Del art. 43 de la CN, para continuar con el recorte implementado, es importante mencionar, particularmente en materia de hábeas corpus y en línea con las reglas del debido proceso establecidas en el art. 18 de la CN, robustecidas por el art. 75 inc. 22 de la CN, es decir por el Bloque de Constitucionalidad imperante desde entonces que, todas ellas, deben ser tenidas presentes en esa dirección. Es decir, tener en consideración la reforma de 1994 responde a que, al respecto, implicó un notorio avance en materia de debido proceso; en lo sustancial, con la introducción del art. 43 de la CN junto con los Instrumentos Internacionales de DD.HH. que, desde entonces, adquirieron jerarquía constitucional, porque no sólo resulta relevante remarcar lo dispuesto en el mencionado ar-

título de la Carta Magna, las acciones de hábeas corpus, amparo y hábeas data que antes sólo existían a nivel legal, sino que también todo el Bloque de Constitucionalidad trajo, para todos los procesos, nuevas pautas en materia interpretativa.

En efecto, cuando se hace referencia a estas cuestiones también se alude al derecho a la tutela judicial, continua y efectiva; particularmente, al art. 25 inc. b de la CADH que consagra la obligación de los Estados de desarrollar las posibilidades del recurso judicial; lo cual tiene que ver con la necesidad de generar canales de acceso a los tribunales, de acercar al justiciable y de ese modo facilitarle la articulación de cualquier tipo de acción en pos de la garantía de los y, sus, derechos.

En el marco de este Bloque de Constitucionalidad, además, no sólo se deben adoptar todas las medidas legislativas para el desarrollo de normas coherentes con las obligaciones asumidas en sede internacional (arts. 1º y 2 de la CADH, entre otros), sino con la propia cláusula constitucional contenida en el referenciado art. 43 de la CN.

Entonces, volver siempre al art. 18 de la CN junto con el Bloque de Constitucionalidad imperante desde 1994 y, fundamentalmente, a las disposiciones relativas a las condiciones en que deben cumplirse las detenciones; como así también aludir al caso “Verbitsky” de 2005 (*Fallos*, 328:1146), en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), hizo lugar al hábeas corpus correctivo, plurindividual o colectivo, donde una ONG reclamaba el mejoramiento de las condiciones de detención de todos los presos de la Provincia de Buenos Aires y, luego, concretamente al del 13 de mayo de 2021 (*Fallos*, 344:1102), cuando la CSJN se expidió en el que fuera conocido vulgarmente como “Verbitsky 2”.

En el primero de los fallos de mención, se dijo que la vía escogida por los accionantes tuvo un alcance múltiple, en relación a lo demandado, dirigido a tutelar la situación de una pluralidad de sujetos con intereses homogéneos.

De allí también las consideraciones adicionales que podrían en otro trabajo desarrollarse, en orden a las acciones de clase; acciones por demás relevantes desde 1994. Todo ello, más allá

del hábeas corpus que se articula en los casos del art. 23 de la CN, ante la vigencia de un estado de sitio que, simplemente se menciona aquí siendo siempre necesario vincular lo relativo al hábeas corpus con el acceso a la Justicia, cfr. arts. 1, 5, 14, 31, 33 y 75 inc. 22 de la CN, entre otros, primordialmente y robustecido en lo que a la cuestión planteada concierne, por lo dispuesto en los arts. 7, 8.1 y 25 de la CADH, 7 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante: PIDCyP), entre otros.

Esto así en tanto, en los precedentes aludidos, la o las acciones de hábeas corpus colectivos articuladas, otorgaron una legitimación activa más amplia que la prevista por ejemplo para la acción de amparo, en los términos del mencionado art. 43 de la CN.

Al respecto cabe remarcar que, al resolver este tipo de casos, los jueces tienen que considerar no sólo sus características, sino hacerlo enmarcado en los compromisos asumidos por el Estado nacional al suscribir los Instrumentos del art. 75 inc. 22 de la CN. Particularmente, de los vinculados con la materia, como lo son la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 25), la CADH (art. 5, inc. 2), el PIDCyP (art. 10), la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; así como las reglas establecidas por organismos internacionales como estándares respecto de las personas privadas de libertad en las Reglas mínimas y Principios básicos para el tratamiento de los reclusos de la Asamblea General de las Naciones Unidas, las recomendaciones efectuadas por el Comité Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes respecto de Argentina, además de la jurisprudencia de la CSJN y el *corpus iuris* interamericano, entre otros.

A mayor abundamiento, cuando se aborda lo relativo al hábeas corpus, no puede perderse de vista el rol del Estado en su posición de garante; todo ello vinculado con el fin resocializador de la pena.

Precisamente, el art. 18 de la CN, es la única norma que en la Constitución reglamenta cómo tiene que ser una institución

en la República, en tanto no se expide así para los hospitales y otros espacios públicos como sí lo hace allí, en tanto dispone que “Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas...” y que en forma implícita recepta el fin de las penas que debe ser la resocialización de los condenados, robustecido en 1994 por la jerarquía de la CADH que, de modo expreso, dispone que “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” (art. 5.6 de la CADH) y el PIDCyP que, en idéntico sentido, consagra que: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados” (art. 10.3 del PIDCyP).

Por otro lado, al igual que como sucedió con el art. 75 inc. 12 de la CN, en torno a la nota unitaria en materia de codificación allí establecida, en relación al federalismo estimado en tal sentido por ALBERDI -al decir de aquél- para “igualar”, tal como en cierta forma lo representa el apartamiento de la Constitución de EE.UU., por ejemplo, en lo que respecta al establecimiento de lo que se conoce como un federalismo fuerte, porque tal como lo adelanta el subtítulo de esta presentación quizás es uno de los principales aspectos que podrían mencionarse por su mantenimiento desde la Constitución Nacional originaria.

Ello así, en relación al art. 75 inc. 12 de la CN, no sólo en cuanto a la materia necesaria de codificación -delegada a la Nación por las provincias, con más la CABA, desde 1994- sino también a los juicios por jurados que allí se referencian.

Al respecto, aunque luego se ahonde en torno al Control de Convencionalidad, no puede perderse de vista la modificación de la legislación penal, en materia de delitos contra el honor que el Congreso Nacional implementara a través de la ley 26.551, como consecuencia del pronunciamiento dictado por la Corte IDH en “Caso Kimel Vs. Argentina” el 2 de mayo de 2008; toda vez que fue algo que así se dispuso porque, de no modificar la legislación interna, Argentina hubiera incurrido en responsabilidad internacional. Lo que de ese modo se evitó.

Precisamente, como ya se adelantara sobre el art. 75 inc. 22 de la CN, éste podría ser largamente analizado, por las múltiples cuestiones que allí se regulan e implementan.

En esta ocasión se ha de destacar que muchas veces se refiere a los Instrumentos de DD.HH. allí previstos no en tal sentido sino diciendo simplemente Tratados y, como fácilmente se puede advertir, el mencionado artículo no abarca sólo a Tratados. Por tanto, la expresión adecuada sería la alusión diferenciada a Tratados y Declaraciones o bien referirse a aquéllos como Instrumentos de DD.HH..

En este mismo orden expositivo no puede dejar de referenciarse algo que también en la práctica se advierte y es que se alude a dichos Instrumentos diciendo que están incorporados a la Constitución. Es cierto que se trata sólo de una expresión, pero si esos Instrumentos estuvieran incorporados a la CN, correspondería reformarlos del mismo modo que en la Constitución se regula su reforma; esto es, conforme art. 30 de la CN. Entonces aquélla resulta una expresión errónea porque, justamente, el art. 75 inc. 22 de la CN alude a lo relativo a la denuncia, con más las consideraciones que, desde el Derecho Internacional Público podrían referenciarse; tal como el Dr. MANILI lo consigna al referirse a esto como: *equiparación pero no "incorporación"*.

Por lo demás, en torno a esa norma, vale destacar el relevante rol que tienen -desde 1994- los jueces nacionales o domésticos. En efecto, la jerarquía constitucional de los Tratados y Declaraciones de DD.HH. contenidos en y a través del art. 75 inc. 22 de la CN, ha llevado a que, necesariamente, el rol de aquéllos se viera robustecido.

Al respecto, sí debe decirse que el Control de Constitucionalidad es un aspecto del Derecho Constitucional que podría llevar a otra presentación; fundamentalmente, ante los cuestionamientos que, en orden a su legitimidad, suelen efectuársele. En lo particular, a la denominación del Poder Judicial como un Poder contramayoritario.

En este sentido, sobre el rol de los magistrados, la posibilidad (deber), de realizar al referenciado Control de Constitu-

A treinta años de la reforma constitucional

cionalidad que, necesaria e indisolublemente los jueces deben llevar adelante junto con el mencionado Control de Convencionalidad; la jerarquía constitucional de los Tratados y Declaraciones a los que alude de manera directa e indirecta el art. 75 inc. 22 de la CN -entre otros aspectos- ha robustecido al desarrollo progresivo de los DD.HH..

Así, dado el esfuerzo de complementación entre los Derechos nacional e internacional, por ejemplo, en lo que hace a la protección de los DD.HH., resulta por demás relevante el rol de todos los jueces de la República en el Control de Convencionalidad. Claro está, más allá del rol que en tal sentido le cabe a los demás poderes y actores del Estado.

En lo que respecta a la actividad de los magistrados y, en línea con al menos uno de los propósitos del Sistema Interamericano, se debe propender a que sean los jueces, de todos los fueros e instancias, quienes resuelvan el conflicto -es decir, el caso que les es llevado- de conformidad con los estándares internacionales fijados por el Sistema.

Hacerlo, no sólo de acuerdo con la letra expresa de los Tratados y Declaraciones sino en línea con los precedentes, Informes, Resoluciones y Opiniones Consultivas; toda vez que, en función del Bloque de Constitucionalidad imperante, no puede perderse de vista que, en torno al Control de Convencionalidad, de considerar que éste sólo podría estar en manos de los organismos internacionales, fundamentalmente, en cabeza de la Corte IDH, no sólo sería claramente irrisorio sino que vaciaría de contenido o bien dejaría en letra muerta a los compromisos internacionalmente asumidos por la República, con la consecuente e irremediable responsabilidad internacional de Argentina, que ese “obrar”, en su caso, pudiera conllevar.

Justamente, ante una eventual conculcación de uno o más DD.HH., los jueces domésticos son los que deberían intervenir porque no podría esperarse al restablecimiento de la situación lesiva (o, denunciada como tal), recién cuando se recurriera ante las instancias internacionales; léase, la Comisión y/o la Corte IDH.

En definitiva, la legitimidad democrática de lo señalado, se debe a que fueron los Convencionales Constituyentes y la reforma constitucional obtenida, como producto de su labor, los que -de manera soberana- convalidaron que, a partir de entonces, la CSJN continúe siendo el último intérprete de la Constitución Nacional y la Corte IDH lo sea, como último intérprete, de la CADH.

Sobre este novedoso alcance de la reforma, debe afirmarse entonces que no hay ni puede haber delegación de soberanía sino que, Argentina de manera soberana, suscribió o mejor expresado, aprobó los Tratados y Declaraciones de mención y, en ese actuar soberano, también se sometió -entre otras cuestiones- a la competencia contenciosa de la Corte.

Tal es así que, la Resolución de la Corte IDH del 18 de octubre de 2017, dictada ante la supervisión de cumplimiento de la sentencia “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, debe estar presente en la labor diaria de todos los magistrados; pues, la CSJN no pierde soberanía respetando los compromisos asumidos sino que, como guardián supremo de la Constitución Nacional, el Control de Convencionalidad y el acatamiento de los pronunciamientos emitidos por la Corte IDH es una actividad indisolublemente ligada a aquélla y a la que, cuando así le correspondiere, debe dar cumplimiento o arbitrar los medios en pos de ello. De no hacerlo, la vigencia y legitimidad del sistema establecido, atento lo dispuesto en y por el art. 75 inc. 22 de la CN, entraría en riesgo y es ese riesgo el que debe evitarse. Marco normativo éste, pirámide, que hoy en día debería repensarse bajo la figura geométrica del trapecio, por resultar más acorde; por cuanto los Instrumentos de DD.HH. tienen jerarquía constitucional junto con la Carta Magna; es decir se encuentran en un pie de igualdad (de allí la alusión al trapecio) y por encima de todo el bloque de normatividad.

Vale agregar aquí que un futuro Código que se sancionase, no necesitaría contar con un artículo 1° como el del digesto Civil y Comercial pues no podría estimarse necesario constitucionalizarlo porque, obviamente, los Códigos (cfr. art. 75 inc. 12 de la CN) y toda ley (los Códigos lo son), deben estar

A treinta años de la reforma constitucional

en sintonía con la Constitución y, por eso, en este espacio se lo remarca, por entender -con el respeto que merece semejante obra- que, consagrarlo expresamente, deslegitimaría a la fuerza normativa que nace de la propia Carta Magna.

Crítica que merece extenderse -por idénticos motivos- a la alusión al “marco normativo constitucional”, como también al “marco normativo” en el art. 3º de la ley 27.610 y en el art. 2º de la 27.611, respectivamente, por citar otros ejemplos de ello.

Sobre el art. 76 de la CN, en relación a la delegación legislativa como así también al art. 87 y siguientes de la CN, muchísimo podría decirse, sobre todo, en lo que más importa destacar y que tiene que ver con una de las principales metas de los Convencionales Constituyentes de 1994 como fue la de atenuar el hiperpresidencialismo. Se aludirán a múltiples cuestiones vinculadas con todo ello.

En 1927 la CSJN dictó el fallo “Delfino”, el cual fue como una especie de origen de lo que se conoce como Decreto de Delegación Legislativa y es la fuente que, en 1994, tomaron los Convencionales Constituyentes para redactar al art. 76 de la CN. En este artículo lo que se ve es una regla que es la prohibición, un límite temporal, otro material y, oblicuamente, un mecanismo de control; ello al igual que sucede con los Decretos de Necesidad y Urgencia (en adelante: DNU); mayormente reglamentados, cfr. art. 99 inc. 3º de la CN.

La prohibición general se debe a que el Poder Ejecutivo Nacional (en adelante: PEN), no podrá, en ningún caso, bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo y, como se indicara, luego se establece una excepción a esa regla.

Esto es que, solamente cuando circunstancias excepcionales hagan imposible seguir los trámites ordinarios previstos por la Constitución para la sanción de las leyes, en esos casos tendrá la facultad -sí, facultad, porque la Constitución dice “podrá”- de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia.

En este sentido la Constitución establece cuatro materias prohibidas; esto es: que no se trate de normas que regulen ma-

teria penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos.

Asimismo, regula cuáles son esos requisitos para la adopción, por ejemplo el contexto (cuando circunstancias excepcionales hicieren imposible seguir los trámites ordinarios previstos en la CN); que serán decididos en acuerdo general de Ministros y que deberán refrendarlos conjuntamente con el Jefe de Gabinete de Ministros.

Tal es así que si el Presidente tiene mayoría en el Congreso, cuando dicta DNU, con un altísimo grado de probabilidad ellos son convalidados (más allá de la reglamentación del art. 99 inc. 3° de la CN); lo cual en modo alguno debiera ser la regla en una democracia como la de Argentina.

Por otro lado, más allá de que afortunadamente no se dé la situación del art. 29 de la CN, parecería que en la práctica existiera una especie de concentración del poder en cabeza del Presidente, al menos desde la visión del pueblo que muchas veces, erróneamente, cree que el Presidente es el Gobierno.

En esta línea argumental, no debe perderse de vista que el sistema de listas sábanas, en cuanto a la forma de selección -a nivel electoral- de los representantes, genera que el Presidente (representante elegido para el PEN), “arrastre” toda la boleta en las elecciones.

A su vez, aunque técnicamente no se adoptó al sistema parlamentario, el fortalecimiento de la figura del Jefe de Gabinete podría ser una de las modificaciones a proponer; como por ejemplo, en torno a su designación. Esto es, que pueda ser elegido por el pueblo o a través de los representantes elegidos por el pueblo. Es decir, por los miembros del Poder Legislativo Nacional y, en cuanto a la remoción, que el Presidente pudiera proponer al Congreso la eventual remoción del Jefe de Gabinete pero no que, directamente, pudiera hacerlo.

Ello así porque, en la actualidad y desde 1994, el Jefe de Gabinete es políticamente responsable ante el Congreso, quien también puede removerlo por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara sin necesidad de expresar causa.

A treinta años de la reforma constitucional

Ante los cuestionamientos efectuados para con la potestad que al respecto tiene el Presidente, no pueden dejar de señalarse los siguientes interrogantes, cfr. arts. 33 y 101 de la CN y éstos son: ¿qué pasa con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos?; ¿cómo tolerar que no tengan que expresar causa/s para removerlo? Esto es algo a cuestionarse, como también que los demás Ministros no sean responsables ante el Congreso como sí lo es el Jefe de Gabinete.

A su vez, el hecho de que los Decretos requieran acuerdo general de Ministros, quienes junto con el Jefe de Gabinete los refrendan (a pesar de que luego se pronuncie el Congreso), podría consagrar la falta de libertad de esos miembros del Gabinete, porque si ellos no los refrendasen podrían ser removidos por el Presidente. Ése es un aspecto que demuestra lo endeble de su rol y, consecuentemente, la fortaleza del Presidente.

Es decir, la Constitución crea un sistema mixto en el marco del cual el Presidente ejerce el PEN pero sus actos carecen de eficacia si no tienen el refrendo de los Ministros (se insiste, siendo el Presidente quien nombra y remueve al Jefe de Gabinete y a los Ministros). Por eso no puede afirmarse que el Presidente sea el PEN, pues sus actos requieren la voluntad de aquél y del Ministro que refrenda con su firma; aunque -se remarca- puede dejar de serlo por decisión unilateral del Presidente.

También y, en lo que al veto parcial refiere, podría pensarse si no sería conveniente proceder a eliminarlo mediante la respectiva reforma constitucional; puesto que, aun cuando ante el veto parcial la parte no vetada mantuviera autonomía normativa, ello afecta a la división de poderes y, por esto, debería evitarse el empleo de dicha “herramienta” o, en su caso, reglamentándola con mayor detenimiento para evitar abusos de parte del Ejecutivo o, aun sin reforma, asumir el titular del Ejecutivo un autocontrol para evitar el uso desmedido de aquella “herramienta”.

Por lo demás, la reforma de 1994 profundizó y fortaleció el federalismo o, al menos, ésa fue su intención, como la de atenuar el hiperpresidencialismo. A pesar de lo cual permanece

vigente una dependencia política y financiera (arbitraria) por parte de las provincias y CABA para con el Gobierno Nacional.

Frente a ello, también, una reforma tributaria sería una buena herramienta para enfrentar y resolver estas cuestiones; sobre todo porque desde 1994 la ley de coparticipación es una gran deuda, no sólo en términos económicos, sino porque limita la autonomía de las provincias/CABA y, oblicuamente, robustece a la figura del Presidente.

Una reflexión que corresponde efectuar, tiene que ver con que no puede admitirse el ejercicio abusivo por parte del PEN y el aprovechamiento de esas excepcionales circunstancias, de una emergencia -como por ejemplo de salud, pandemia, económica o la que fuera- para arrogarse funciones que, en tiempos de normalidad, le pertenecen al Poder Legislativo.

Entonces, lo que primero obviamente hay que controlar es que existan esas circunstancias de emergencia, de excepción. Ahora bien, existiendo esas circunstancias no puede arrogárselas -a dichas facultades: excepcionales- de manera desmedida, desproporcionada y, por tanto, arbitraria.

En efecto, existe una regla y esa regla es que en situaciones de normalidad el PEN no debería ni podría emitir un DNU; de modo que, existiendo esa situación de extrema necesidad y urgencia, la persona titular del Ejecutivo Nacional tiene constitucionalmente -desde 1994- la posibilidad de dictarlos, mas tiene que hacerlo de conformidad con el procedimiento constitucionalmente previsto a tales fines y reglamentado por la ley 26.122.

Ley aquélla que tendría que haber sido sancionada y regido muchísimo antes toda vez que en 1994 se reformó el art. 99 inc. 3° de la CN y, en esa misma oportunidad, el Congreso debió proceder a reglamentar lo que allí se establecía pero, recién en 2006, se dictó la mencionada ley 26.122. Ley de suma relevancia en tanto y en cuanto, más allá del control de constitucionalidad que puedan hacer los órganos jurisdiccionales, el sistema de control de esos DNU debe efectuarse de conformidad con el específico que en esa dirección fuera ideado por los Convencionales Constituyentes. Pues, más allá de la

delegación en el Legislativo Nacional para fijar el trámite y los alcances de la intervención del Congreso, desde ya, en la propia Carta Magna existen limitaciones, como por ejemplo la que tiene que ver con aquellas materias prohibidas.

Sentado lo anterior vale recordar que reformar una Constitución es un acto de suma gravedad o, al menos, de gran trascendencia institucional para la República, dada la modalidad de reforma de la Carta Magna que en ella, claro está, se prevé, cfr. art. 30 de la CN; fundamentalmente, dada su modalidad -de modificación- “rígida”. Por tanto, podría decirse que debería ser la reforma constitucional la *ultima ratio*, la última vía, a la que se podría y/o debería recurrir en su caso.

Así, las modificaciones efectuadas en 1994, podría decirse, han quedado en algunos aspectos, en cierta forma, a mitad de camino.

Ante ello, debe señalarse que, primero, deberían efectuarse cambios en las prácticas y, segundo, si con ello aun no resultase suficiente, por ahí recién allí impulsar algunas modificaciones constitucionales; como por ejemplo la señalada párrafos atrás en torno a la designación y remoción del Jefe de Gabinete, particularmente en relación a la posibilidad que el Presidente tiene de hacerlo, lo cual al menos debiera ser cuestionado, pues en modo alguno puede tener independencia en su ejercicio quien para su mantenimiento en el cargo depende de aquél; ni más ni menos que de la figura del Presidente de la Nación.

Por otra parte, del art. 108 de la CN, en cuanto a la composición de la Corte, también mucho podría decirse porque justamente esta norma se refiere a una Corte. Ahora, ¿qué se entiende por una Corte?; si es una sola, por tanto no podría ser dividida en salas o si ello podría ser admisible; son debates que suelen darse y por eso aquí simplemente se mencionan.

En cuanto al art. 114 de la CN, a la instauración a partir de 1994 del Consejo de la Magistratura, lo más importante que debería destacarse es el equilibrio en su composición. Las variaciones en las leyes que lo reglamentaron durante todos estos años, convalidan en cierta forma las críticas al Poder Ju-

dicial y que podrían mitigarse si el procedimiento de selección y remoción de Magistrados fuera confiable para la ciudadanía. Mas, si en esa selección y remoción actúa un Consejo de la Magistratura deslegitimado en su composición (no equilibrada, parafraseando a la CN), ya por eso sólo la confianza se pierde.

A su vez, simplemente y sobre esta norma, se aludirá al fallo del 18 de junio de 2013 emitido por la CSJN, "Rizzo".

Los arts. 116 y 117 de la CN desde los orígenes de la organización nacional, oblicuamente, han llevado a que se plasmaran distintas discusiones sobre los alcances de la competencia originaria y por apelación de la CSJN; pero, justamente, cuando se cuestiona a la competencia por apelación se advierte que la ley 4, está vigente desde 1863, sobre todo sin reformarse los famosos arts. 14, 15 y 16 de dicha ley, porque son los que tantas veces se invocan y corresponde invocar en las impugnaciones extraordinarias que ante dicho Máximo Tribunal de Justicia se articulan.

En consecuencia, ello permite afirmar que son los representantes del pueblo y de cada una de las provincias (con más la CABA), los que no se han expedido en todos estos años desde la sanción de la ley 48 para reformarla. Sí se han presentado múltiples proyectos y generado grandes discusiones sobre cómo se debe componer la Corte, con cuántos miembros, si se debe dividir en salas, por materia; si se debe crear un Tribunal de Arbitrariedad de Sentencias, etc., mas nada se ha dicho sobre esta famosa ley 48, en concreto.

La competencia originaria y apelada de la Corte, sobre todo la apelada, es una de las que tantas veces se cuestiona y por la cual se ha motivado, en cada cambio de gobierno y sobre todo en estos últimos 30 años, a debatir constantemente cómo se tiene que componer la Corte Nacional, sobre todo por la ampliación de la competencia, de la cantidad de causas que a ella llegan, se tramitan y eventualmente se resuelven, cuando se invocan "ventanas" -como el Dr. MANILI lo denomina- para acceder al Máximo Tribunal en relación a las causales de arbitrariedad de sentencia y/o de gravedad institucional, para habilitar así la competencia recursiva.

A treinta años de la reforma constitucional

Es este un aspecto para debatir, para analizar las razones por las que los legisladores nacionales no han presentado proyectos en esa dirección; esto es, no de mero carácter político, según la coyuntura social, sino proyectos que clarifiquen cuándo y cómo se puede recurrir a la Corte, haciéndolo en una ley que, así, de manera igualitaria, con seguridad jurídica para todos, establezca expresamente cuáles son esas causales por las que se encuentra habilitada la vía recursiva extraordinaria.

En otro orden de ideas, mucho podría decirse sobre el “triple mandato constitucional incumplido” hasta recientemente.

En este sentido, el art. 118 de la CN señala que todas las causas criminales concluirán, terminarán, ante Jurados Populares y, más allá de la gradual implementación que se viene efectuando, pertinente resulta destacar que el “triple mandato constitucional incumplido” (arts. 24, 75 inc. 12 y 118 de la CN), se refiere a una Carta Magna pensada en 1853-1860 siendo que el Núcleo de Coincidencias Básicas no preveía ninguna disposición sobre juicio por jurados; esto es, no era parte de la temática que los Convencionales Constituyentes tenían habilitada para abordar allá por 1994.

De modo entonces que ello debe ser destacado pues, aunque no podía ser reformada la primera de las disposiciones normativas y las otras sí, hay que tener en cuenta el nuevo Bloque de Constitucionalidad para efectuar una interpretación acorde al marco normativo vigente.

Para clarificar lo expuesto, eso hace que el “triple mandato constitucional incumplido”, como siempre se decía desde la Constitución de 1853-1860, cumplido ya en -podría decirse- la mitad del país, no es el mismo triple mandato constitucional de la Constitución originaria sino que debe ser regulado, implementado e interpretado, conforme el nuevo (nuevo, con 30 años), Bloque de Constitucionalidad imperante, cfr. art. 75 inc. 22 de la CN, en orden a los Instrumentos de DD.HH. que desde allí tienen jerarquía constitucional y/o supralegal.

Esto ya lo adelantó la CSJN en “Casal” (2005). Considerando 15 : “...15) (...) De allí que nuestra Constitución previera

como meta el juicio criminal por jurados, necesariamente oral y, por ende, público. Posiblemente sea necesaria aquí sí una interpretación progresiva para precisar el sentido actual de la meta propuesta por la Constitución. Habría que determinar si el jurado que ese texto coloca como meta es actualmente el mismo que tuvieron en miras los constituyentes, conforme a los modelos de su época, o si debe ser redefinido según modelos actuales diferentes de participación popular. Pero cualquiera sea el resultado de esta interpretación, lo cierto es que, desde 1853 la Constitución reitera en su texto la exigencia de la publicidad del proceso penal al recalcar la necesidad de establecer el juicio por jurados, como una de las más idóneas para lograr la publicidad. La circunstancia de que el deber ser no haya llegado a ser por la vía legislativa no puede ocultar que la Constitución optó por un proceso penal abiertamente acusatorio, al que tiende la lenta progresión de la legislación argentina a lo largo de un siglo y medio...”.

Por eso no puede compartirse que el fallo “Canales” sea el primer fallo de la CSJN sobre jurados, sino el primero de un jurado en funcionamiento en la República.

Por otra parte, el art. 119 de la CN prevé un delito; es decir, se “tipifica” en la Constitución un ilícito penal y, conforme al principio de supremacía constitucional, lo único que debía hacer el Congreso Nacional era proceder a la fijación de una pena.

Ello así, de conformidad con las facultades delegadas, concurrentes y reservadas que el ordenamiento jurídico consagra, cfr. arts. 1º, 75 inciso 12 de la CN, entre otros y fundamentalmente.

División de competencias entre provincias -junto con CABA en la actualidad- y Nación, a partir de la cual se sabe que los Códigos de fondo -entre ellos, el Penal- tienen que ser dictados por el Congreso Nacional; de modo entonces que, ante esa delegación, la expresa consagración en la Constitución Nacional (incluso desde la originaria), del delito de traición a la patria, hace que esto no sea un problema constitucional en realidad, sino que resulta inconstitucional la norma del Código Penal,

en tanto el legislador nacional se ha excedido en la tipificación de la conducta del delito de traición.

En efecto, cuando se lo compara con cómo ha quedado redactado en el Código Penal, se advierte la consagración de diversas acciones penales; es decir, se modificó al tipo penal, de modo tal que la legislación así consagrada podría ser tildada de *extra petita*.

Es decir, el Poder Legislativo Nacional hizo más de lo que constitucionalmente debía hacer puesto que la incongruencia se advierte porque, en una disposición se prevén dos verbos típicos (núcleo penal alternativo, con dos modalidades en la CN), mientras que en la otra, tres, de modo tal que se cambia a la figura delictiva.

Concretamente, se alude al art. 214 del CP en cuanto prevé tres modalidades (núcleo penal alternativo, con tres modalidades): tomar las armas contra la Nación, unirse a sus enemigos o prestarles cualquier ayuda o socorro.

En consecuencia, al extralimitarse el legislador nacional, en ese exceso, es que la norma debiera ser tachada de inconstitucional en el caso concreto y efectuarse así una interpretación respetuosa del principio de legalidad, conforme en el caso el tipo penal de traición a la patria constitucionalmente consagrado.

En definitiva, así como se considera imperioso lograr una reforma integral del Código Penal argentino vigente desde 1921, ante la pluralidad de reformas parches que ha sufrido y la falta de actualidad de algunas figuras y/o de sus penas (razones plurales, por cierto, que justifican su necesidad de reforma), lo relativo al delito de traición, a la crítica aquí expuesta, es también un aspecto que deberá subsanarse en una futura reforma.

El art. 120 de la CN no sólo es relevante para la consolidación del postulado establecido por los Convencionales Constituyentes, desde la Constitución originaria en pos de “afianzar la justicia” y garantizar así un adecuado ejercicio de las funciones delegadas en cabeza del Ministerio Público sino que, quizás, debería ser el modelo a seguir por aquellas provincias

que, como sucede por ejemplo con la de Buenos Aires, carecen de una regulación en tal sentido.

En torno al análisis de las competencias provinciales (art. 121 y ss. de la CN), si bien mucho podría decirse sobre el art. 123 de la CN, la deuda de la autonomía municipal en algunas de las provincias es algo que debe seguir mencionándose como asunto pendiente y mancomunado con lo dispuesto en el art. 5 de la CN.

En cuanto al art. 126 de la CN debe ser leído con múltiples artículos, no sólo con los arts. 5, 121 y ss. de la CN y, lo fundamental (para elegir un tema), es un debate que no se da. Un debate que tiene que ver con la necesidad o no, porque por algo no se discute, de repensar al modelo unitario que quedó plasmado en la Constitución. Se alude a que Argentina se apartó del modelo norteamericano de codificación en un punto sustancial; justamente, de su federalismo, lo cual hace que exista un art. 75 inc. 12 de la CN en donde las provincias, preexistentes a la Nación (junto con CABA, ahora), han dispuesto delegar al Congreso Nacional el dictado de los códigos de fondo.

Éste es un aspecto que, desde la sanción de la Carta Magna originaria, nunca se puso formalmente en crisis; mas es un aspecto que, sobre todo en el Código Penal argentino, por los debates que habitualmente se plantean en cuanto a los bienes jurídicos que oblicuamente se protegen mediante la tipificación de conductas ilícitas, hace imperioso al menos referenciarlo.

Como se expuso anteriormente, la codificación unitaria, en contra de lo dispuesto por el art. 1° de la CN (en cuanto al federalismo como forma de gobierno), es un tema que tácitamente se convalida y que, quizás, cuando se analizan problemáticas como las que se presentan con reformas parches como la que aconteciera a través de la incorporación del capítulo de abigeato en el Código Penal, ello termine siendo una clara muestra de lo señalado frente a la extensa República (desde lo territorial), con sus “particularidades locales”, con ese margen de apreciación de cada uno de los Estados locales como lo destacara el Ministro de la Corte Nacional, Dr. Rosatti en su

voto emitido el 12 de diciembre de 2017 en “Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta-Ministerio de Educación”, sobre educación religiosa en las escuelas de la Provincia. Así, las críticas a la tipificación y al modo de consagrar en el Código Penal el capítulo de abigeato, por mencionar un ejemplo, bien podrían habilitar a repensar desde el federalismo, cfr. arts. 5, 121, 123 y 126 de la CN lo dispuesto en el art. 75 inc. 12 de la CN.

Sobre el art. 129 de la CN (como con todas las normas aquí comentadas, en realidad), mucho podría decirse; aunque, dada la extensión de esta presentación, la alusión al fallo de la CSJN, del 4 de mayo de 2021, sobre emergencia sanitaria, educación presencial y autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, avalada esta última -su autonomía- para disponer el dictado de clases presenciales, se estima como una forma adecuada para, brevemente, dejar asentado un comentario sobre tan relevante disposición normativa. Pues la trascendencia que ha tenido dicho pronunciamiento, no sólo por el contexto en el que fuera dictado sino por la reafirmación de dicha autonomía y el alcance con el que lo viene interpretando la CSJN, no sólo en ese caso, es lo que motiva aquí a su mención.

III. Conclusión

Conforme lo adelanta el encabezado de este apartado, importante resulta destacar no sólo el relevante rol de los Convencionales Constituyentes que trabajaron para que en Argentina exista una Constitución Nacional de la magnitud como la obtenida; sino que, muchas de sus finalidades o bien no pudieron tener su reflejo expreso en las disposiciones de la Carta Magna o, si así lo tuvieron, quizás no lograron sus fines. El gran y claro ejemplo de ello es, ni más ni menos, que el de atenuar el hiperpresidencialismo.

Porque, aunque ello hubiera sido así; aunque mucho quede por hacer, no sólo desde lo jurídico sino desde lo cultural e incluso desde la tradición que, por ejemplo, lleva a que los

argentinos consideren habitualmente que el Gobierno es el PEN, cuando el Gobierno emana y se ejerce por parte de los tres Poderes del Estado y no sólo como vulgar y erróneamente se cree del Ejecutivo; cuyo poder -el de todos los Poderes- reside en el pueblo soberano.

Como se sabe, históricamente, toda concentración de poder nunca es buena. En el caso de Argentina, la eventual concentración de poder en la figura del Presidente, debe verse acompañada por la fiscalización de ese poder y su control. Tal es así que los Convencionales Constituyentes de 1994 tuvieron entre sus objetivos el de lograr la atenuación del presidencialismo, tratando de disminuir las facultades del PEN y creando mayores controles; por ejemplo, a partir de entonces dejó de ser el Jefe de la Capital Federal; se implementó la figura del Jefe de Gabinete; se fortaleció el Congreso junto con la ampliación del período de sesiones ordinarias; que el Jefe de Gabinete deba rendir un informe mensual ante cada una de las Cámaras y que pueda ser removido por voto de censura; con más la creación de órganos de control (entre ellos, la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y, por separado, el Ministerio Público); la consagración expresa de la delegación legislativa y de los DNU; la reducción del mandato presidencial y la posibilidad de una reelección inmediata, con elección directa, junto con la instauración del Consejo de la Magistratura que interviene en la selección y remoción de los jueces inferiores, entre otras cuestiones.

Precisamente, ellos son aspectos a destacar de la reforma constitucional, además del nuevo Bloque de Constitucionalidad, del Control de Convencionalidad, de los compromisos internacionales asumidos soberanamente por la República, los “nuevos derechos”, las acciones de garantías de los derechos, con más el fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales (adeudada esta última materia por parte de algunas provincias).

En definitiva, todos ellos -los consignados aquí y a lo largo de este trabajo- pueden ser estimados no sólo como cambios positivos que, claro está, lo han sido, ante los 30 años trans-

curridos, con sus aciertos, avances y retrocesos, sino como la clara manifestación de lo que se adelantara en esta conclusión.

Esto es que, quizás, las finalidades planteadas por la Convención Constituyente de 1994, en la práctica, se han visto menguadas en sus efectos.

Se comparte entonces una reflexión; si bien es cierto que un incumplimiento nunca puede justificar a un incumplimiento, para ser respetado el Presidente -entre otras consideraciones- debe aquél a su vez respetar la división de poderes; por tanto se insiste que, en vez de modificar la Constitución se debería reparar en cómo hacer para modificar las prácticas de quienes encabezan a los Poderes del Estado.

Ello, en sí, permitiría contribuir en pos del objetivo estimado en esa dirección, al primigenio objetivo del Constituyente de 1994, de atenuar el hiperpresidencialismo y así, incluso, podría analizarse si es loable o no que la Constitución habilite la reelección o si no resultaría conveniente volver a un período de 6 años para, por ejemplo, permitir que el Presidente pueda terminar proyectos que le demanden más tiempo para su ejecución.

Por otra parte, aunque claramente vinculado con lo anterior, no puede perderse de vista que, gobernar mediante DNU y/o por el veto total o parcial, resta legitimidad al sistema (cfr. art. 1° de la CN, entre otros) y, en lo particular, a la figura del Presidente. Podría plantearse la inconstitucionalidad de los arts. 99 inc. 3° y 114 de la CN, conforme criterio de la CSJN en “Fayt” (*Fallos*, 322:1616), ante la delegación legislativa que allí se consagra, fijando sólo los contornos y desnaturalizándose así los fines que tuvieran los Convencionales Constituyentes al regular en la CN los DNU y el Consejo de la Magistratura.

En cuanto a la llamada por algunos “constitucionalización” de los DNU puede decirse que son las prácticas las que fundamentalmente fallan; no sólo por acción sino también por omisión; qué mayores ejemplos de esto último -entre otros- que la sanción de la ley que reglamentó después de 12 años al trámi-

te de la Comisión Bicameral, como la mora para nombrar al titular de la Defensoría del Pueblo.

Se insiste, la reforma de 1994 propendió a la atenuación del presidencialismo y esa línea debe ser mantenida; no es eso lo que se cuestiona ya que la implementación de la figura del Jefe de Gabinete con más el Gabinete de Ministros son herramientas relevantes para atenuar el hiperpresidencialismo; pero, no puede perderse de vista que desde 1994 ante una situación de crisis, usualmente, se reemplaza a los miembros del Gabinete, cuando ellos deberían enfrentar la crisis todos juntos. Quizás, la circunstancia de que el Jefe de Gabinete no sea electo popularmente, contribuya.

En definitiva, la Constitución “dio” herramientas; pero, como diría NINO lo que ha sucedido en estos 30 años es una clara muestra de que Argentina sigue siendo un país al margen de la ley y lo grave de esto (en el caso analizado en este aniversario), un país al margen de la Ley Suprema.

De allí la relevancia de preguntarse, en los términos del art. 36 de la CN (y parafraseándolo), si esta Constitución mantendrá su imperio. Ojalá que la respuesta a este interrogante sea siempre por la afirmativa. Ello así, no sólo para nosotros, para nuestra posteridad, sino también, para todos los hombres y mujeres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino.

El trabajo, la propiedad privada y la justicia social a la luz de la Constitución de 1994

Sofía HARISPE

Sumario: I. Introducción.- II. El derecho del trabajo y las tensiones con el paradigma clásico del derecho de propiedad.- III. La función social de la propiedad privada.- IV. Incorporaciones en la Constitución de 1994: la función social de la propiedad, el derecho al trabajo y la justicia social. Limitaciones al derecho de propiedad en pos del interés social.- V. El ejercicio del derecho al trabajo y los derechos laborales, a 30 años de la reforma constitucional.- VI. Reflexiones finales sobre el panorama del empleo en Argentina, a la luz de la Constitución de 1994.- VII. Bibliografía

I. Introducción

El nacimiento del Estado Moderno, junto con la Revolución Francesa como revolución burguesa por excelencia, trajo consigo la instauración del derecho de propiedad y de la libertad como pilares centrales de la nueva era. Sin embargo, el ejercicio de esos derechos se encontró reservado, durante más de un siglo a una clase determinada: los propietarios de los medios de producción. Desde aquel entonces, el derecho a la propiedad privada se entendió como un derecho absoluto que justificó situaciones de desempleo y explotación.

El nacimiento del Estado Social, mitigó aquellos dogmas para ponerle un límite al accionar empresario mediante la creación del Derecho del Trabajo. Robert CASTEL (1992) identifica a esta etapa como la que le dio nacimiento a la Sociedad Salarial, momento donde el salario y el empleo estable garantizaba el acceso a derechos y generaba una relación de inclusión de los trabajadores con la sociedad.

A partir de los años 70', con una clara profundización en los 90', esa sociedad salarial cayó, producto de la globalización y de la apertura a la competencia internacional del capital,

que exigía mayores niveles de productividad, lo que generó nuevas condiciones de flexibilización laboral y desempleo. Como producto de las nuevas formas de producción, el capital se concentró como consecuencia de la situación estructural de desempleo y de trabajo no registrado. Adelantamos que las distintas políticas públicas que se desarrollaron en nuestro país, estos últimos treinta años, no encontraron una respuesta definitiva para estos problemas.

En paralelo a este proceso económico y social, en 1994 se forjó una nueva Constitución, en la cual se incluyó el derecho al trabajo, el principio de justicia social y la limitación a la propiedad privada en función de un interés social. Como explicaremos con mayor detenimiento a lo largo de este trabajo, resulta evidente que los principios incorporados en nuestro plexo constitucional, indican que el camino que debe seguir el Estado se dirige a una mayor redistribución de la riqueza nacional.

El objeto del presente trabajo es indagar el contenido de los nuevos principios constitucionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico y develar si la nueva Constitución contribuyó a generar resultados favorables para los trabajadores ante la caída de la sociedad salarial. Para ello será necesario realizar un breve análisis de las tensiones históricas entre el capital y el trabajo y reflexionar sobre cómo se deberían traducir las mismas a la luz de la reforma de 1994.

II. El derecho del trabajo y las tensiones con el paradigma clásico del derecho de propiedad

El derecho de propiedad es el pivote fundamental sobre el que se estructuró la sociedad moderna y el sistema capitalista.

La Revolución Francesa instauró el liberalismo como un principio económico y político. Por un lado, el liberalismo político es recogido de forma sintética por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando establece a la propiedad privada como un derecho natural e imprescriptible del hombre y determina en su artículo 1 que “todos los hom-

bres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”. Bajo esta filosofía, el Estado sólo está autorizado a utilizar la fuerza pública para cuidar la libertad de los individuos, pero no así para garantizar su bienestar físico o moral. Por otro lado, el liberalismo económico dispuso que la competencia y la propiedad privada son fundamentales para el desarrollo económico. Este enfoque sostiene que el mercado, a través de la oferta y la demanda, es el más eficaz para asignar recursos y generar riqueza. En el plano jurídico, la autonomía de la voluntad aparece como fuente principal de los negocios jurídicos, mediante la ficción de que las partes contratantes se encuentran en pie de igualdad.

El capitalismo fundó las distintas clases sociales en las diferentes capacidades de apropiación (BERNAZZA, 2015) de bienes, servicios y de trabajo ajeno. Antes del surgimiento del Estado Social, el trabajo era considerado una mercancía, la cual se comercializaba en el mercado de trabajo, mediante negocios jurídicos que se perfeccionaban en un contrato de Derecho Civil. En este contexto, la fuerza de trabajo quedaba bajo el control de los empleadores, propietarios de los medios de producción, quienes, basados en su derecho de propiedad, podían decidir sobre el cuerpo, la vida y el destino económico de sus dependientes. El uso desbocado y sin límites de la fuerza de trabajo ajeno, justificado por el derecho de propiedad, generó lo que años después se denominó “la cuestión social”.

El derecho de propiedad, analizado desde un paradigma clásico o liberal, históricamente se encontró en tensión con el Derecho del Trabajo. Justamente, es con la aparición del segundo como rama jurídica autónoma que nace el Estado Social de Derecho.

La crisis del liberalismo económico y de la propiedad privada como derecho absoluto e irrefutable, se puede entender como un producto de la aparición de ideologías o teorías que cuestionaban la concentración del capital en manos de los dueños de los medios de producción, como fue la Doctrina Social de la Iglesia y el comunismo; y el inadecuado sistema de redistribución de la riqueza que provocó la cuestión social.

El Estado Social, como tal, aparece históricamente relacionado con la constitucionalización de los derechos de segunda generación, con la creación de las prestaciones sociales y del sistema de seguridad social, con la intervención del Estado en la sociedad mediante las políticas públicas, etc. Desde una perspectiva económica, este nuevo paradigma va a cuestionar al mercado como ordenador de oportunidades e instala la necesidad de que el Estado intervenga en las relaciones económicas y sociales a los fines de igualar las posibilidades materiales de los individuos mediante la distribución de la riqueza (GÓMEZ ISAZA, 2006). Sin embargo, estos cambios no son otra cosa que una herramienta para salvaguardar el Estado moderno frente al malestar social que se impregnaba en sociedades pobres y desiguales.

SUPIOT (1993) expresa que como consecuencia de la funcionalidad social que tuvo el Estado Social para apaciguar los conflictos políticos latentes, el Derecho del Trabajo tiene como característica intrínseca su ambivalencia, ya que beneficia a los trabajadores pero también a los empleadores al reconocer jurídicamente la apropiación del trabajo ajeno para luego limitarlo.

En este orden de ideas, el Estado Social no aniquila la propiedad privada y la apropiación del trabajo ajeno, sino que propone su regulación para garantizar la coexistencia de las clases sociales. Éste es el resultado de la tensión histórica entre capitalistas y asalariados, entre el dogma del libre mercado y la necesidad de distribución de la riqueza.

Es por ello que este nuevo paradigma social, económico y político no significa la disolución del conflicto capital-trabajo, sino que lo reconoce para intentar apaciguarlo. Como planteó AZCÁRATE (1893):

“Las leyes llamadas obreras o sociales son expresión, más o menos afortunada, de la aspiración, del deseo de resolver la antítesis existente entre el derecho privado y el público; de concertar las manifestaciones de estos dos elementos esenciales de nuestra naturaleza, el individual o autónomo, y el social o de subordinación; de restablecer la armonía entre el derecho

A treinta años de la reforma constitucional

sustantivo y las condiciones de la vida económica moderna; de emprender, en fin, el lento camino de las reformas para evitar el violento de las revoluciones.

Transformemos, pues, lo existente; edifiquemos sobre el suelo antiguo; trabajemos pacientemente por desenvolver en nosotros y en los demás el espíritu social, el espíritu del porvenir. Esta tarea no es quizás tan seductora como los sueños dorados de la utopía; pero seguramente es más práctica que un sueño”.

Asimismo, el derecho de propiedad (leído desde la perspectiva liberal primigenia) y el Derecho del Trabajo se desarrollan en una lucha de avances y retrocesos. El Derecho del Trabajo, mediante las mejoras de las condiciones salariales y de trabajo, conseguidas como producto de la negociación colectiva y de la legislación laboral promulgó la distribución de la riqueza, antes híperconcentrada, en manos de los propietarios de los medios de producción.

Los fallos más importantes de nuestra jurisprudencia han cristalizado las tensiones alojadas entre los intereses coexistentes dentro de la sociedad moderna, luego de la aparición del Derecho Social. El fallo “Kot” por el cual se instaure jurisdiccionalmente el amparo contra particulares, es un ejemplo de lo dicho hasta aquí. En este caso se alegó la violación del “derecho de propiedad”, de “libertad de trabajo” y de la “libre actividad” frente a la ocupación de un grupo de trabajadores de la fábrica de la que era dueño el Sr. Kot, como medida de acción directa.

Así también, en el fallo “De Luca c/Banco Francés del Río de la Plata” (273:87), con relación a la estabilidad propia que la ley 12.637 y su reglamentación reconocían a los empleados de bancos particulares, declaró la inconstitucionalidad de esa forma de contratación alegando que lesionaba el derecho de propiedad del empleador y la libertad de contratar.

Estos ejemplos demuestran cómo ante los derechos de los trabajadores, el fundamento generalmente radica en el derecho de propiedad de los empleadores. Resulta evidente que, como en todo conflicto entre seres humanos, existen derechos

contrapuestos y que inevitablemente, para la resolución de un conflicto, uno de los dos debe ser limitado en miras del otro. Sin embargo, bajo el entramado capital-trabajo, lo que se discute intrínsecamente es la redistribución de la riqueza entre la clase propietaria de los medios de producción y el derecho de los trabajadores a una vida digna. Antes de la Constitución de 1994, no existían límites claros a la propiedad, sin perjuicio de que el artículo 14 bis ya había instaurado el principio protectorio por el cual se establece que las leyes deben tener la finalidad de proteger los derechos de las personas que trabajan.

III. La función social de la propiedad privada

Bajo el Estado Social de Derecho, se incorpora un concepto que ha sido resistido, cuestionado y silenciado: la función social de la propiedad privada. Esta idea aparece como una superación dialéctica entre el derecho de propiedad como dogma liberal y el derecho de los individuos al desarrollo de una vida en condiciones de dignidad.

La academia suele referenciar a León DUGUIT como el fundador de la teoría de la función social de la propiedad. Este autor desarrolla su idea bajo la concepción de que lo que se debe modificar no es la propiedad privada en sí misma, sino la noción sobre la que descansa la protección social de ésta. Para él, sería posible exigir al propietario que utilice sus bienes en función de las necesidades sociales (PASQUALE, 2014). Un ejemplo de ello sería solicitar al propietario de tierras que las cultive durante periodos de hambruna o exigir al empleador que proporcione empleo en situaciones de elevados índices de desocupación.

Sin embargo, este concepto ya había aparecido en el desarrollo académico de distintos autores. Un ejemplo de ello, es lo expresado por COMTE (1880, p.156):

“En todo estado normal de la humanidad, todo ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez obligaciones y pretensiones. Este principio universal

A treinta años de la reforma constitucional

debe extenderse hasta la propiedad, en la que el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social destinada a formar y a administrar los capitales con los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente”.

En nuestro país, la Constitución Nacional de 1949 legisló con fuerza al determinar que “la propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común...” y que “el capital debe estar al servicio de la economía nacional y tener como principal objeto el bienestar social”. Sus diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines de beneficio común del pueblo argentino”.

Sobre este mandato constitucional, Arturo SAMPAY (1949), el redactor del anteproyecto de la Constitución Nacional de 1949, expresó:

“Para ello, la reforma asienta la vida económica argentina sobre dos conceptos fundamentales que son su alfa y omega, a saber: el reconocimiento de la propiedad privada y de la libre actividad individual, como derechos naturales del hombre, aunque sujetos a la exigencia legal de que cumplan su función social; y los principios de la justicia social, usados como rase-ro para medir el alcance de esas funciones y que, al contener dentro de sus justos límites la renta del capital y las ganancias de la actividad económica, han hecho necesario restablecer, con alcurnia constitucional, la ilegitimidad de la usura en la amplia acepción de este instituto, cuya permisión moral provocó, en el crepúsculo de la Edad Media, la aparición del capitalismo moderno, del que es el alma”.

No obstante, tras este avance en materia constitucional, alineado con el constitucionalismo social imperante a nivel mundial, en 1955, el gobierno militar, encabezado por Pedro Eugenio Aramburu, se decidió derogar la Constitución de 1949 y restaurar la de 1853, con sus reformas de 1860, 1866 y 1898.

El 12 de abril de 1957, el gobierno militar, a través del decreto N° 3838, declaró la necesidad de considerar una reforma parcial de la Constitución Nacional. Como resultado, en 1957 se sancionó un nuevo texto constitucional que mantuvo intacto

tas las disposiciones originales relativas al derecho de propiedad, sin introducir limitaciones orientadas a su función social.

IV. Incorporaciones en la Constitución de 1994: la función social de la propiedad, el derecho al trabajo y la justicia social.

Limitaciones al derecho de propiedad en pos del interés social

La reforma constitucional de 1994 incorporó mediante el artículo 75 inc. 22 a los Tratados internacionales de DD.HH ratificados por el Estado argentino, a nuestro plexo constitucional.

El artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece que:

“1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.

3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley”.

La categoría de derechos humanos abarca, valga la redundancia, a derechos que hacen a la dignidad humana (PERRONE, 2013). En este sentido, tal como lo ha expresado KANT (1785) en la *Metafísica de las costumbres*, las personas, a diferencia de las cosas, no tienen precio, sino un valor intrínseco que es la dignidad. Este concepto abarca todo lo que necesita la persona para el desarrollo de su vida, garantizando valores jurídicos como la justicia, la vida, la igualdad, la solidaridad y la seguridad (MONGE, 2007).

En este orden de ideas, el derecho de propiedad, desde una perspectiva de derechos humanos, debe ser entendido como un instrumento para el desarrollo de una vida digna de los individuos que componen la sociedad. Afirmar esto, dista mucho de pensar el derecho de propiedad como el dogma sobre el

cual se desarrollaron los Estados modernos desde la Revolución Francesa. El derecho humano a la propiedad no incluye el derecho a acrecentar el patrimonio como un fin en sí mismo, ya que la condición de ser rico no es un medio esencial para el desarrollo de una vida digna (PERRONE, 2013).

A ello se le añade que en lo que respecta al análisis exegético del articulado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido en el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú” que el concepto “bienes” comprende todo lo que forme parte del patrimonio de una persona, entendiendo a éste como el conjunto de “muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor” (p. 53). La interpretación de que los bienes incorporeales son parte del derecho de propiedad, en conjunto con la negación del mismo como el derecho a la riqueza, indicaría que el bien protegido por el ordenamiento internacional se podría asociar con mayor cercanía a lo que CASTEL definió como propiedad social, y se alejaría del derecho absoluto a la propiedad privada de los dueños de los medios de producción. Sin embargo, esta interpretación no es la mayoritaria. Como ya hemos afirmado, en el marco de la sociedad capitalista, la propiedad suele estar ligada con mayor frecuencia al concepto primario que hemos referido, por lo que resulta evidente, desde una perspectiva histórica y social, la necesidad de limitarlo.

En el caso “Pueblo Saramaka vs. Surinam” se ha establecido que las restricciones al derecho de propiedad deben obedecer a un interés de la sociedad “siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (2007, p. 40)

Sin embargo, luego, en el caso “Salvador Chiriboga vs. Ecuador” la CIDH ha señalado que no es necesario que la causa de la restricción al derecho de propiedad esté señalada en una ley, siempre y cuando se respete el contenido esencial del derecho a la propiedad privada. Así también, establece que las limitaciones a este derecho deben ser de carácter excepcional

y deben responder a “la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (2008, p. 21).

La CIDH no ha dado indicios de que es loable de considerarse como un interés legítimo de la sociedad ni ha delimitado bajo qué paradigmas debe interpretarse este concepto.

A ello se suma que, en la ratificación de la Convención Americana de DD.HH., Argentina ha hecho la siguiente reserva:

“El Gobierno argentino establece que no quedarán sujetas a revisión de un Tribunal Internacional cuestiones inherentes a la política económica del Gobierno. Tampoco considerará revisable lo que los Tribunales nacionales determinen como causas de ‘utilidad pública’ e ‘interés social’, ni lo que éstos entiendan por indemnización justa”.

Es por ello que, para indagar cuál es el contenido del “interés social” digno de limitar la propiedad privada, es necesario revisar la jurisprudencia de nuestro ordenamiento interno.

El trabajo como interés social: precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En el fallo “Prattico c/Basso y Cía.” del año 1960, se cuestionó la decisión del Poder Ejecutivo que fijó un aumento del salario mínimo, vital y móvil por decreto, alegando que ello era violatorio del derecho de propiedad y de la libertad de contratación. Aquí, nuestro Máximo Tribunal afirmó que toda vez que la libertad de contratar entre en tensión contra la libertad de la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre la primera, porque así lo requieren los principios que fundan un ordenamiento social justo. Esta doctrina dio cabida, dentro de la teoría constitucional, a la justicia social y destacó su prevalencia sobre el derecho de propiedad del empleador, concretado antiguamente en la plena libertad para contratar.

En “Roldán c/Borras” (250:46) se cuestionó el decreto ley 7914/57 que establecía una asignación familiar para los hijos de los dependientes del sector privado. El actor cuestiona esta decisión alegando que es violatoria del derecho de propiedad

y de la libertad de contratar. La CSJN desestimó la acción y dijo que “el fundamento valorativo de la solución reposa en inexcusables principios de justicia social y en la ponderada estimación de las exigencias éticas y condiciones económico-sociales de la colectividad a la que se aplica”.

Una de las primeras veces que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace referencia explícita a la función social de la propiedad, relacionada con los derechos de los trabajadores, en el fallo “Gustavo Jorge Nordensthol c/Subterráneos de Buenos Aires” (307:326) del año 1985. En este caso, la Corte decidió sobre la validez constitucional de la ley 21.476 que derogaba el Convenio Colectivo del ámbito de empresas del Estado, el cual establecía una indemnización por despido mayor a la prevista en la Ley de Contrato de Trabajo. Frente a ello, la CSJN argumentó, mediante la adhesión al dictamen del Procurador General, que para examinar si una ley es consecuente con la Constitución Nacional, en cuanto su contenido, es necesario que se contraste la validez del instrumento jurídico empleado para la “consecución de lo que se considera un bien social en un momento dado...” y que “ese medio será admisible si no suprime ni hiere sustancialmente otros bienes amparados por la misma estructura constitucional”. Como consecuencia de esta interpretación, declaró la validez del instrumento cuestionado.

Dentro de la jurisprudencia más actual, en el año 2004 se dictó el fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c/AMSA S.A.” en el que se sostuvo:

“Que el art. 14 bis, cabe subrayarlo, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad. En efecto, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes. Sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el primero es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis anteriormente transcriptos, así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula.

Más aun, al doble orden de exigencias mencionadas en el segundo párrafo del precedente considerando, corresponde añadir un tercero, puesto que, cuando el art. 14 bis dispone que las leyes ‘asegurarán: condiciones [...] equitativas de labor’ (itálica agregada), enuncia un mandato que traspasa este último marco. Al modo de un común denominador, se proyecta sobre todos los restantes contenidos de la norma que, sin perder su identidad y autonomía, también son susceptibles de integrar el concepto de condiciones de labor. Entre ellos se incluye, sin esfuerzos, la protección contra el despido arbitrario. Y ‘equitativo’, en este contexto significa justo en el caso concreto”.

Lo que se busca destacar con esta breve reseña jurisprudencial es que, aunque existe doctrina de la CSJN que ha privilegiado el derecho de propiedad sobre el derecho al trabajo (como fueron los ejemplos mencionados en el apartado anterior), también es evidente que hay numerosos precedentes jurisprudenciales en los que se ha priorizado el derecho de los trabajadores, imponiendo limitaciones a la propiedad privada. Esto evidencia que, según lo que surge de la jurisprudencia de la CSJN, el trabajo constituye un interés social legítimo que, en determinados casos o coyunturas, puede justificar la restricción del derecho de propiedad.

Derecho al trabajo.

La Constitución Nacional de 1994, también incorporó mediante el artículo 75, inc. 22, el derecho humano al trabajo.

El artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo...”.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respecto a esto, establece que:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona

A treinta años de la reforma constitucional

a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho, deberá figurar la orientación y formación tecnicoprofesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana”.

Por otro lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 6.1 dice de la siguiente manera:

“1. Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada.

2. Los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas que garanticen plena efectividad al derecho al trabajo, en especial las referidas al logro del pleno empleo, a la orientación vocacional y al desarrollo de proyectos de capacitación técnico-profesional, particularmente aquellos destinados a los minusválidos. Los Estados partes se comprometen también a ejecutar y a fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo”.

Aunque la formulación textual del reconocimiento del derecho varía entre el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador, la interacción entre ambos sistemas y el título de la Observación General N°18, que aborda el “derecho al trabajo”, dejan en claro que ambos documentos se refieren al mismo concepto.

La observación general mencionada analiza el contenido del derecho al trabajo y, en primer lugar, establece que éste

constituye una parte inseparable e inherente de la dignidad humana. Como se puede observar, en los tres instrumentos internacionales referidos, el primer párrafo es similar al señalar que la esencia de este derecho reside, en parte, en la libertad de escoger la actividad lícita en la que una persona desea desempeñarse, eliminando de esta manera cualquier forma de trabajo forzoso.

Ahora bien, el Comité aclara en su análisis que el derecho al trabajo no implica un derecho incondicional y absoluto a obtener empleo. No obstante, también establece que “la principal obligación de los Estados Partes es velar por realización progresiva del ejercicio del derecho al trabajo” (p. 8), lo que puede interpretarse como la obligación de promover el pleno empleo.

Además, la Observación General N°18 establece que el contenido de este derecho se basa en:

1. La obligación de que las condiciones de empleo se pacten y se desarrollen en condiciones de dignidad y respeto por los derechos fundamentales de la persona.

2. El derecho a no ser privado del empleo sin una causa que lo justifique.

3. Proscribe la discriminación en el acceso y la conservación del empleo por motivos de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud (incluso en caso de infección por el VIH/SIDA), orientación sexual, estado civil, político, social o de otra naturaleza, con la intención, o que tenga por efecto, oponerse al ejercicio del derecho al trabajo en pie de igualdad, o hacerlo imposible” (p. 5).

Una de las particularidades de este derecho humano, es que amplía la protección del derecho del trabajo, receptado en nuestro ordenamiento interno como una rama jurídica autónoma. Éste, encuadra dentro de los límites de su tutela a los trabajadores dependientes del sector privado, mientras que el derecho humano al trabajo, por su carácter de universal, amplía sus niveles de protección a todas las personas, se desarrollen como autónomos o dependientes, tanto en la etapa

precontractual (por ejemplo mediante el principio de igualdad y no discriminación en el acceso al empleo), como en la etapa contractual.

Cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia ha hecho referencia a este derecho en el fallo “Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A.” al decir que “exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el ‘derecho a trabajar’ (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste”.

Si bien en nuestro ordenamiento jurídico el despido arbitrario es considerado un acto ilícito eficaz, una mirada con teste con el Sistema Internacional de Derechos Humanos indicaría que ante la lesión de un derecho fundamental, como es el Derecho al Trabajo, la reparación debe darse *in natura*, mediante el restablecimiento al estado anterior del bien lesionado. En materia de despidos arbitrarios, ello se traduce en la reinstalación del trabajador en su empleo. La CSJN en el caso “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo” da a entender que ésta sería una opción válida de aceptarse en nuestro Derecho interno.

Principio de justicia social

En la reforma de 1994 se incorporó el artículo 75, inc. 19, el cual establece que corresponde al Congreso de la Nación “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores...”.

A partir del mismo, se incorpora a nuestra Constitución el principio de justicia social. Además, éste se encuentra receptado en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al declarar el propósito de consolidar “un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre”.

Este término es utilizado por primera vez por nuestra CSJN en el fallo “Cobo de Macchi Di Cellere Dolores c/Provincia de Córdoba” del año 1941, donde se tratan cuestiones de materia impositiva. Sin embargo, la doctrina suele manifestar que el mismo se encuentra incluido implícitamente en un precedente del año 1938 (181:209), en el que nuestro Máximo Tribunal entiende que el deber de indemnizar el despido injustificado y la falta de preaviso responde al “ritmo universal de la justicia”, lo que constituyó un antecedente para la incorporación de la protección contra el despido injustificado en el artículo 14 bis incorporado en la reforma constitucional de 1957 (DUARTE, 2019).

La Constitución Nacional de 1949, en consonancia con la incorporación de la función social de la propiedad privada, incorporó el concepto de justicia social que luego sería receptado en el actual 75, inc. 19. El preámbulo anunciaba “la irrevocable decisión de constituir una Nación socialmente justa, económicamente libre y políticamente soberana”. Y luego, se receptó el concepto en el art. 40 “La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social”.

El precedente más relevante donde la CSJN le da tratamiento a este principio es del año 1974, en “Berçaitz, Miguel Ángel” (289:430). Aquí el intérprete ha señalado que, según lo establecido en el Preámbulo, el objetivo preeminente de la Constitución es lograr el bienestar general, es decir, “la justicia en su más alta expresión, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de bienes materiales y espirituales de la civilización” y declara que ello se desprende el principio *in dubio pro justitia socialis* “con arreglo al cual las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes, de tal manera, consiguen o tienden a alcanzar su bienestar”.

V. El ejercicio del derecho al trabajo y los derechos laborales, a 30 años de la reforma constitucional

A partir de la década de los 90, la globalización de los mercados, la práctica del *dumping* y la liberalización de los controles aduaneros impulsaron a las economías nacionales y regionales a competir entre sí utilizando precios y estándares de producción internacionales. Esto significó que las empresas, en búsqueda de mayores ganancias y competitividad económica, optaran por mejorar sus balances financieros, reduciendo los derechos laborales y la masa salarial.

El neoliberalismo ha implicado cambios intrínsecos en los modos de organización del trabajo y en la subjetividad propia de los trabajadores. Con el cuestionamiento del Estado Social, se abrirá paso a una nueva etapa que trajo como consecuencia, la caída de la sociedad salarial y del trabajo como generador de prosperidad económica.

Los pilares fundantes del Estado Social son dejados de lado para volver a poner como centro, la acumulación masiva de capital a costa del bienestar de los trabajadores, y de las condiciones dignas de empleo.

Este nuevo contexto productivo, en Argentina, dio paso a reformas de índole jurídico, económico y social, muchas de las cuales incidieron cabalmente en las relaciones laborales. Bajo el pretexto de que la rigidez de las regulaciones estatales en materia laboral habían llevado al derrumbe de las relaciones salariales en Argentina, el gobierno conducido por el presidente Menem (quien gobernó en los años 90), presentó a la flexibilidad laboral como la receta necesaria para aumentar el empleo y el trabajo registrado en nuestro país.

Como producto de este análisis (errado o malicioso), en 1991 se legisló la Ley Nacional de Empleo (N°24.013) a partir de la cual se introdujeron modalidades de contratación por tiempo determinado (comúnmente llamados “contratos basura”). Mediante el Decreto 340/92 se estableció un sistema de pasantías que generó el escenario propicio para eludir derechos derivados de la relación laboral, bajo modalidades de servicios no de-

pendientes. En 1995, se aprobó el Nuevo Régimen de Contrato de Trabajo (N° 24.465) y el Régimen Laboral para las Pequeñas y Medianas Empresas (N° 24.467). Mediante la primera, se introdujo a la Ley de Contrato de Trabajo el periodo de prueba y se ratificaron las nuevas modalidades de contratación a tiempo determinado incorporadas en la ley N°24.013. La ley de PYMES, entre otras cosas, habilita la disponibilidad colectiva, esto quiere decir, la negociación colectiva “a la baja”, en materia de vacaciones, aguinaldo y extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, más allá de las intenciones esbozadas por el gobierno, el análisis de la evolución de los indicadores laborales confirma un comportamiento negativo de los mismos, tanto en etapas expansivas de la economía, como regresivas. Aun en períodos donde la economía crecía (1996-1998), el aumento del desempleo se mantenía por arriba de los diez puntos (PHILIPP *et al*, 2001). Según los datos relevados en la Encuesta Permanente de Hogares (que toma como base la Tasa de Actividad, la cual se calcula como cociente entre la población económicamente activa y la población total) en mayo de 1994 la tasa de desocupación era de 10,7 %; en mayo de 1995 la misma había escalado a un 18,4 %; en octubre del 1998 bajó a 12,4% para llegar en octubre del año 1999 a un 13,8% de desocupación.

Julieta ALBANO y Mariana BUSO (2002) analizan los indicadores laborales en la década del 90 sobre el empleo precario y lo definen como “el deterioro de las condiciones de contratación, en cuanto a estabilidad y desprotección legal y tiene como eje central a la relación trabajador-empleador”. Toman como base de análisis a los trabajadores en relación de dependencia y miden la precariedad del empleo, utilizando como principal indicador el número de asalariados sin descuento jubilatorio. Así, según los datos informados por estas autoras, en la década analizada, el porcentaje de los trabajadores asalariados con empleo precario se incrementó en más de 10 puntos porcentuales, obteniendo en mayo del 90 un porcentaje del 27%, y en mayo de 2001 del 39%. Por otro lado, “El aumento del porcentaje de asalariados sin descuentos jubilatorio se

ha visto acompañado por un incremento de los trabajadores informales. Según la OIT en América Latina, 6 de cada 10 nuevos puestos de trabajo generados en la década de los 90 han sido informales, por lo cual el porcentaje de trabajadores informales en relación con la ocupación no agrícola se elevó del 42,8% en 1990 a 46,4% en 1999 (TOKMAN: 2001). En Argentina es posible constatar un incremento de casi 10 puntos porcentuales de los trabajadores informales sobre el total de ocupados, en algunos aglomerados urbanos. En el caso del aglomerado Gran La Plata, por ejemplo, pasó del 33% en 1990 al 40% hacia el año 2000. Es decir, se incrementó la cantidad de trabajadores que desempeñan actividades en unidades económicas de bajo nivel de acumulación y escasa productividad” (p. 8).

La situación descripta en el marco de las relaciones laborales, tiene su momento de mayor conflictividad en la crisis de 2001 cuando, en octubre de ese año, la desocupación alcanza a un 18,3% para llegar a un 21,5% en mayo de 2002 (EPH 1974-2002).

En el año 2003, Néstor Kirchner asumió la presidencia de Argentina. En 2004, se sancionó la Ley 25.877 de Ordenamiento Laboral, que introdujo modificaciones significativas al ordenamiento laboral, entre las cuales se destaca el nuevo cálculo para la indemnización por despido, que resultó en montos más cuantiosos, así como el mantenimiento del período de prueba, pero con límites más claros. Además, se sancionó la Ley de Negociación Colectiva, que limitó la intervención del Estado en la homologación de los Convenios Colectivos de Trabajo y estableció pautas sobre su elaboración y vigencia, garantizando que éstos no pudieran estipular condiciones laborales inferiores a las previstas por la legislación.

Durante el período de 2003 a 2008, el país experimentó un crecimiento constante y exponencial. Sin embargo, tras este intervalo, el proyecto económico del gobierno comenzó a enfrentar una serie de dificultades que se reflejaron en los indicadores económicos y laborales (WAINER, 2018). A pesar de que la desocupación y el empleo no registrado continuaron dismi-

nuyendo, lo hicieron a un ritmo desacelerado en comparación con el periodo anterior.

De los datos relevados por la Encuesta Permanente de Hogares surge que el tercer trimestre del año 2003 la tasa de desempleo era de 16,1%, la cual bajó de forma constante hasta llegar al 8,3% en el segundo trimestre del 2007. Sin embargo, a partir de ese momento, los números relevados muestran que la tasa de desempleo se mantuvo constante, oscilando entre un 9% (tercer trimestre de 2009) y 6.6 % (segundo trimestre de 2015).

El trabajo no registrado experimentó una caída abrupta entre los períodos 2003 y 2007, para luego estabilizarse. En el tercer trimestre de 2003, el porcentaje de trabajo no registrado alcanzó el 48,4%, mientras que al final del gobierno referenciado (segundo trimestre de 2015), este indicador se redujo al 32,6% del total de los asalariados mayores de 18 años. La principal disminución ocurrió desde 2003 hasta el tercer trimestre de 2008, cuando se registró un 35,6%, y posteriormente este número osciló hasta alcanzar los valores observados en 2015.

En los dos gobiernos que sucedieron al mandato de Cristina Fernández de Kirchner (2007-2015), los números de desempleo y trabajo no registrado no variaron considerablemente ni tampoco se produjeron grandes cambios en la legislación laboral.

Durante el gobierno de Mauricio Macri (2015-2019), el índice de trabajo no registrado alcanzó su mínimo en el segundo trimestre de 2016, con un 32,7%, y su máximo en el cuarto trimestre de 2019, con un 35,6%. Durante este período, se observó un crecimiento constante del indicador referido, sin cambios abruptos ni significativos. Por otro lado, en relación con la tasa de desempleo, en el segundo trimestre de 2016 se registró un 9,3%, alcanzando su pico en el segundo trimestre de 2019 con un 10,6%, y su mínimo en el cuarto trimestre de 2017, con un 7,2%.

Durante el gobierno de Alberto Fernández (2019-2023), las variables de desempleo y trabajo no registrado experimenta-

ron cambios significativos durante la etapa más estricta del Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio (2020-2021). Sin embargo, tras esta etapa, los números se estabilizaron en cifras similares o incluso menores a las registradas antes de la aparición del COVID-19. El desempleo alcanzó su punto más alto en el segundo trimestre de 2020, con un 13,1%, y su mínimo en el año 2023, con un 5,7%. Este pico en el desempleo tuvo una incidencia directa en la pérdida de trabajo no registrado, que descendió abruptamente a un 23,6%. Posteriormente, el trabajo no registrado incrementó, junto con la disminución del desempleo, alcanzando un 35,7% en el cuarto trimestre de 2024.

Que el nivel de desempleo haya afectado directamente al trabajo no registrado, se relaciona con que la prohibición de despedir y el ATP, políticas centrales de empleo durante la pandemia Sars Cov 2, llegan principalmente al empleo registrado, sobre el cual el Estado posee mecanismos directos de control.

VI. Reflexiones finales sobre el panorama del empleo en Argentina, a la luz de la Constitución de 1994

El breve recorrido histórico que precede, si se lee a la luz de los mandatos constitucionales incorporados en la Constitución de 1994, genera más interrogantes que respuestas. No obstante, se intentará reflexionar sobre los acontecimientos reseñados, con la humildad necesaria para reconocer que las conclusiones alcanzadas serán, en última instancia, sólo indicios o ideas que requieren un análisis más profundo y extenso, el cual no puede ser objeto del presente trabajo.

1. ¿La política pública de empleo, de los últimos treinta años, ha sido diseñada en concordancia con lo establecido en la reforma constitucional de 1994?

Lo analizado en el apartado anterior sugiere que, en el plano de la realidad, la política pública -especialmente aquella vinculada a la regulación del conflicto entre capital y trabajo- opera como un péndulo que refleja el desequilibrio entre

los intereses contrapuestos en nuestra sociedad. Si se realiza un balance de las últimas tres décadas, a la luz del contenido esencial del principio de justicia social y del derecho al trabajo, el saldo para las personas que trabajan es negativo. Es evidente que los distintos gobiernos no tomaron el mismo rumbo en materia económica y laboral, pero a la hora de velar por el efectivo cumplimiento de los derechos fundamentales de las personas que habitan el suelo argentino, no podemos encontrar satisfacción en los índices señalados anteriormente.

Según los datos relevados, es posible intuir que, a partir de las modificaciones neoliberales en los procesos productivos, existe un piso estructural de trabajo no registrado superior al 30%. Esto se traduce en empleos precarios, con salarios frecuentemente inferiores a los establecidos por los Convenios Colectivos de Trabajo, trabajadores no sindicalizados, y excluidos de las prestaciones contributivas de la seguridad social (ART, obras sociales, aportes previsionales).

No es posible hablar de condiciones dignas de trabajo (contenido esencial del derecho al trabajo) en un país con índices elevados de empleo no registrado, dado que, además de imposibilitar el acceso a otros derechos, la no registración desconoce al trabajador en su calidad de sujeto de derechos, lo que implica un acto de discriminación que lesiona derechos fundamentales (ORSINI, 2012). En este contexto, ORSINI argumenta que: "... el trabajo clandestino destruye el paradigma virtuoso del Estado Social del trabajo con derechos para mutarlo en un trabajo sin derechos, colocando al trabajador en una situación de inseguridad social y precariedad permanentes que, amén de degradar su situación en el plano material, provoca, paralelamente, una corrosión del carácter que genera efectos deletéreos en su integridad psíquica.

El trabajo clandestino niega la condición de sujeto trabajador (que es lo que define, precisamente, su modo de participación en la estructura social, al estar imposibilitado de producir para sí mismo), ocultando así su propia identidad al segregarlo al inframundo laboral de la precariedad..." (2012, p. 19).

Por otro lado, los índices mencionados evidencian una clara vulneración de otro de los aspectos fundamentales del Derecho al Trabajo: la prohibición de ser privado injustificadamente del empleo. Resulta poco realista sostener que un índice de desempleo constante de dos dígitos se deba a conductas injuriosas de los trabajadores que justificarían la extinción de sus contratos por parte de los empleadores. Más bien, la relación entre el índice de desempleo y el saldo que dejaron las políticas de flexibilización o, “modernización” laboral de los años 90, sugiere que la política pública, por acción u omisión, ha priorizado el derecho de propiedad de los empleadores frente al derecho al trabajo o, por lo menos, no se ha tenido la suficiente fortaleza y decisión política para tomar decisiones que modifiquen de pleno la realidad del empleo en Argentina.

Asimismo, en lo que respecta al principio de justicia social, los datos indican que, incluso en períodos de crecimiento económico y desarrollo nacional, un gran número de trabajadores y trabajadoras ha quedado excluido del ámbito de tutela del Derecho Laboral, ya sea porque no tenían empleo o porque no estaban registrados. Ello da a entender que la riqueza generada por nuestro país no ha sido distribuida adecuadamente, en base a las necesidades de los distintos sectores de nuestra sociedad.

2. ¿La garantía del derecho al trabajo, y el desarrollo con justicia social, constituye un interés social legítimo?

La Constitución Nacional representa el reflejo del pacto social establecido entre diversos sectores de la sociedad en un contexto histórico particular. Por lo tanto, es pertinente afirmar que la inclusión de distintos principios y derechos en nuestro texto constitucional es una manifestación de intereses legítimos de nuestra sociedad, reconocidos por el legislador con el propósito de cumplir con el objetivo del bienestar general que dicta el Preámbulo constitucional.

Sin embargo, a este argumento podemos añadirle la importancia que tiene el empleo en el desarrollo nacional. Por un lado, desde la perspectiva del capital, una sociedad en la que prima el pleno empleo en condiciones de dignidad tiene mayor

capacidad de consumo. Por lo tanto, para el crecimiento económico de una nación, en condiciones de igualdad, es necesario que todas las personas puedan adquirir bienes y servicios, más allá de lo necesario para cubrir la necesidad alimentaria. A ello se le añade que en una sociedad capitalista, los trabajadores, despojados de la posesión de los medios de producción, no tienen otro ingreso que no sea su salario. Por lo tanto, si las personas no tienen empleo, o tienen empleos precarios con salarios bajos, los empleadores que dependen del mercado interno, se verán perjudicados en sus ganancias.

Por otro lado, desde el lado de los trabajadores, la estabilidad (como garantía frente al despido injustificado) constituye la seguridad de los mismos en cuanto a la previsibilidad diaria con respecto a la percepción de un ingreso periódico que le permite organizar sus gastos (GATTI, 2015).

Por último, desde una perspectiva social, la estabilidad es un “factor de preservación del grupo humano” (GATTI, 2015), ya que la desigualdad como consecuencia de altos índices de desempleo, lesiona la idea democrática del ascenso social como producto del trabajo. Una sociedad en la que se ve lesionada la idea de que cada uno, con su fuerza de trabajo, puede llegar a vivir en condiciones de dignidad, es una sociedad donde el pacto que le dio nacimiento al Derecho Social se ve corroído, generando desconfianza y rechazo a las instituciones estatales.

En lo que respecta al ilícito que constituye la no registración de trabajadores, es necesario destacar que éste presenta dos dimensiones. Por un lado, genera perjuicios directos al trabajador, tales como la imposibilidad de acceder al sistema previsional, al sistema de asignaciones familiares, a la A.R.T., al seguro por desempleo, a créditos bancarios y a la sindicalización, además de la inseguridad en sus ingresos y el constante temor a perder el empleo (FORMARO, 2024). Por otro lado, la registración de quienes trabajan bajo relación de dependencia es una cuestión de utilidad pública, ya que altos índices de empleo no registrado desfinancian el sistema de seguridad social, afectando negativamente al conjunto de la sociedad.

Es por ello que las políticas de empleo, diseñadas para proteger a los sujetos más débiles de la relación laboral, en concordancia con el principio protectorio (art 14 bis, CN), responden al interés social de desarrollo humano (para cualquiera de los sujetos comprometidos en el conflicto capital-trabajo) y de pacificación social. En razón de ello, la conclusión es lógica. La propiedad privada, en su plano absoluto y dogmático, que justifica la exclusión de la tutela laboral de los trabajadores, mediante el despido o la no registración, debe ser limitada en miras de garantizar a la población las condiciones de subsistencia y el ascenso social.

Esta afirmación no implica una violación al derecho humano a la propiedad receptado en el artículo 21 de la CADH, ya que como se desarrolló anteriormente, éste debe interpretarse como aquel necesario para desarrollar una vida en condiciones de dignidad, por lo que de ninguna forma podría afirmarse que la acumulación de ganancias por fuera de estos límites es parte del Sistema Internacional de Derechos Humanos, y que se encuentra en condiciones jurídicas de igualdad con el derecho humano al trabajo.

3. ¿Qué implica limitar la propiedad privada, en miras de garantizar el derecho al trabajo y a las condiciones dignas de labor?

El desdén de los derechos laborales, bajo la justificación del derecho de propiedad de los empleadores, que pregonó con mayor o menor fuerza durante estos últimos treinta años, ha generado condiciones de desigualdad estructurales que se pueden palpar hasta la actualidad. Es por ello que el camino a recorrer es el contrario.

La discusión de la estabilidad y de la mejora de las condiciones de trabajo refiere inherentemente a la distribución de la riqueza. Las políticas públicas destinadas a garantizar condiciones dignas de empleo son fundamentales para cumplir con los mandatos constitucionales. Es por ello que el Estado debe generar más y mejores políticas públicas de discriminación positiva con los trabajadores para intentar igualar a ambas partes de la relación laboral.

Así también, es indispensable discutir que la garantía de estabilidad absoluta, hoy reservada para el empleo público y los representantes sindicales, merme a todos los sectores del trabajo dependiente. Sólo así, podremos garantizar que el derecho al trabajo sea un derecho preservado más allá de los andamiajes políticos del momento.

No podemos dejar de señalar que más allá de lo dicho precedentemente, el derecho constitucional al trabajo, a las condiciones dignas de labor y al desarrollo con justicia social son una deuda de nuestra Constitución y del Estado con la sociedad. Esto se debe a que los derechos por sí solos no generan empleo o modifican las condiciones de labor, si no se operativizan mediante la política pública.

En el contexto económico y social que transitó nuestro país en los últimos treinta años, existe un interés social claro: generar empleo digno. Ello amerita que, en vistas de la reforma constitucional de 1994, el derecho de propiedad sea limitado para garantizar la tutela de los trabajadores, en los casos particulares que lleguen a instancias judiciales, pero también mediante políticas precisas y profundas de distribución de la riqueza bajo el paradigma de la justicia social.

VII. Bibliografía

ANSES. Encuesta Permanente de Hogares (EPH) total urbano. Principales tasas del tercer trimestre de 2023. Trabajo e ingresos. 8 (1). Disponible en: https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/eph_total_urbano_02_24BD4906E91E.pdf

ANSES. Encuesta Permanente de Hogares (EPH) total urbano. Tasa de desocupación según sexo, grupos de edad, posición en el hogar, nivel educativo y quintil de ingreso per cápita familiar. 2003-2022. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/estadisticas/mercado-de-trabajo#indicadores>

ANSES. Encuesta Permanente de Hogares (EPH) total urbano. Tasa de empleo no registrado según sexo, grupos de edad, posición en el hogar, nivel educativo, rama de actividad, tamaño del establecimiento, calificación de la tarea y quin-

til de ingreso per cápita familiar. 2003-2022. Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/trabajo/estadisticas/mercado-de-trabajo#indicadores>

ALBANO J. y BUSSO, M. (2002) “Ocupación en Argentina en la Convertibilidad. Evolución y perspectivas”. *Revista Argentina de Economía y Ciencias Sociales*, 6 (8). Disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/37596/CONICET_Digital_Nro.78d903cb-42c6-4bf3-8d79-9a5754a7060d_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

ARAKAKI, A., GRAÑA, J. M., KENNEDY, D., y SÁNCHEZ, M. A. (2018). “El mercado laboral argentino en la posconvertibilidad (2003-2015): entre la crisis neoliberal y los límites estructurales de la economía”. *Semestre Económico*, 21(47), 229-257. Disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/176279/CONICET_Digital_Nro.577348c0-667e-4e0d-b80e-f3c2e460207a_B.pdf?sequence=2&isAllowed=y

Auguste COMTE (1990), *Système de politique positive*. Dunod Traducción libre, pp. 156.

BADILLA, A. E., & URQUILLA BONILLA, C. R. (2008). “El derecho al trabajo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Interpretación de los principios de igualdad y no discriminación para los derechos humanos de las mujeres en los instrumentos del Sistema Interamericano”. En IIDH pp. 189-208. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a22091.pdf>

CAMPOS MONGE, J. (2007), “El concepto de ‘dignidad de la persona humana’ a la luz de la teoría de los derechos humanos”, *Revista Especializada de la Comisión de Derechos Humanos, Justicia y Políticas Carcelarias. Parlamento Latinoamericano* 1 (1) pp. 27- 39. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/concep.pdf>

CASTEL, R. (1995) *Las metamorfosis de la cuestión social. Una crónica del salariado*, Paidós.

CARBALLEDA, A. J. M. (2008). “La Cuestión Social como cuestión nacional, una mirada genealógica”. *Margen*. 51. Disponible en: <https://www.margen.org/suscri/margen51/carbal.html#sdfootnote2sym>

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

CASTEL, R. (2012) *El ascenso de las incertidumbres. Trabajo, protecciones, estatuto del individuo*. Fondo de Cultura Económica.

CELIS OSPINA J. C. (2014), “Sindicatos y territorios. Dimensiones territoriales de la acción sindical. Aproximación teórica y descripción de experiencias colombianas”. Escuela Nacional Sindical. Disponible en: <https://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/colombia/ens/sindi.pdf>

CIDH. Ivcher Bronstein vs. Perú. 2001. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf

CIDH. Pueblo Saramaka vs. Surinam. 2007. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

CORNAGLIA R. J. y ORSINI J. I. (2024), “La propiedad social como refugio último de los débiles”. *Doctrina Laboral Errepar*. XXXVIII.

CSJN. “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A. s/acción de amparo”, 2010. *Fallos*, 333:2306

CSJN.” Berçaitz, Miguel Ángel”, 1974. *Fallos*, 289:430.

CSJN. “Cobo de Macchi Di Cellere Dolores c/Provincia de Córdoba”. 1941. *Fallos*, 190:151.

CSJN. “De Luca c/Banco Francés del Río de la Plata s/Reincorporación y cobro de pesos”. 1969. *Fallos*, (273:87).

CSJN. “Gustavo Jorge Nordensthol c/Subterráneos de Buenos Aires”. 1985. *Fallos*, 307:326.

CSJN. “Kot, Samuel S.R.L. s/Acción de amparo. Acto de particulares”. 1958. *Fallos*, 241:291.

CSJN. “Prattico c/Basso y Cía.” 1960. *Fallos*, 246:345-

CSJN. “Vizzoti, Carlos c/AMSA S.A. s/Despido”, 2004. *Fallos*, 327: 3677.

Duarte. D, (2019), Estado actual de la evolución de la ‘justicia social’ en Argentina a 100 años de la creación de la OIT. Rubinzal-Culzoni. Disponible en: <https://www.relatsargentina.com/documentos/RA.1TSS/RELATS.Aoctubre.DTSS.Duarte.pdf>

Encuesta Permanente de Hogares (EPH) total urbano. Evolución de las tasas de actividad, empleo, desocupación y subocupación. 1974- 2003.

FORMATO J. J. (2024). *Reparación plena de los daños antes tarifados por las Leyes 24013 y 25323*. Rubinzal-Culzoni.

GATTI, A. E. (2015) *Derecho del Trabajo. Manual de las relaciones individuales*, IB de f.

GÓMEZ ISAZA, M. C. (2006). “La historia del estado social de derecho”. *Estudios de Derecho*, 63(141), 73-99.

Gumersindo DE AZCÁRATE, *Discurso leído con motivo del Ateneo científico y literario de Madrid*. 10 de noviembre de 1893, Madrid, Est. Tipográfico Sucesores de Rivadeneyra Impresores de la Real Casa, pp. 70-71.

Orsini, J. (2012). “El flagelo del trabajo clandestino y la nulidad del despido-represalia por reclamar la registración del contrato de trabajo”. *Revista Derecho del Trabajo*, 1 (2). pp 151-183.

PERRONE, N. M. (2013). “Artículo 21: Derecho a la Propiedad Privada. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino”, 355-369. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-derecho-argentino/021-perrone-propiedad-la-cadh-y-su-proyeccion-en-el-da.pdf>

PASQUALE, M. F. (2014). “La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Historia constitucional*”, (15), 93-111. Disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/32333/CONICET_Digital_Nro.31445705-c0c8-460a-bca3-612d4c03e50a_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

PHILIPP E., MAKON A., CON M. y SALVIA, A. (2001). “La dinámica del mercado de trabajo en los noventa. Lindemboin Crisis y metamorfosis del mercado de trabajo. Parte 2, Aportes metodológicos y otras evidencias”. Disponible en: <https://www.aacademica.org/agustin.salvia/6.pdf>

SAMPAY, A. E. (1949). “Informe del convencional constituyente Arturo Sampay para la reforma constitucional de 1949”. *Archivo Histórico*.

Concurso en homenaje a Augusto M. MORELLO

SUPIOT, A. (1993). “¿Por qué un derecho del trabajo?”. Documentación laboral, (39), 11-28. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/derecho-abierto/archivos/derecho-abierto-GOLDIN-porque-un-derecho-del-trabajo-supiot.pdf>

STEINER C. y URIBE P. (comp.), (2014). “Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada”. Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

TOSO, S. G. (1995). “La ‘cuestión social’ en Chile: ideas y debates precursores, 1804-1902”. Dirección de Biblioteca Archivos y Museos.

WAINER, A. G. (2018). “Economía y política en la Argentina kirchnerista (2003-2015)”. Revista mexicana de sociología, 80(2), 323-351. Disponible en: https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/94360/CONICET_Digital_Nro.4657ed9c-4590-4cd8-bec9-c4f06c5efd04_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

A 30 años de la reforma constitucional de 1994.

Sistema socioeconómico expuesto y la antinomia con los instrumentos sobre DD.HH.

Gerónimo Martín ERDMANN MC DONALD

SUMARIO: I. Concepto y finalidad de la Constitución.- II. La reforma constitucional de 1994. Entre su sistema socioeconómico y el plexo axiológico de los Derechos Humanos.- III. La antinomia constitucional. El error de un sistema “expuesto”.- IV. Bibliografía

I. Concepto y finalidad de la Constitución

Resulta importante comenzar definiendo a la Constitución y, a partir de allí, ahondar en una segunda pregunta sobre su finalidad para, finalmente, analizar el sistema socioeconómico que nos propuso la reforma constitucional de 1994 y sus resultados.

El ser humano es un ser sociable por naturaleza, es su rasgo distintivo, se vincula y se relaciona con otros construyendo vínculos de diverso orden en los que se identifican intereses u objetivos comunes, podrá ser por mera supervivencia y necesidad por momentos, identificando acciones tendientes a evitar la eliminación del ente individual en el marco de la extinción del ente colectivo, a su vez existen otras relaciones, donde el interés es la generación de condiciones que potencien, mejoren y amplíen la construcción comunitaria, allí podemos encontrar el amor y la solidaridad, no sólo una mirada puesta en continuar siendo, sino en continuar reproduciendo.

La política es el factor determinante para mantener la unión entre los componentes, como también el mecanismo para impulsar la definición colectiva de los intereses y objetivos, es el arte de convencer y encontrar puntos de acuerdo a partir de los cuales construir poder, ejercer influencia y tomar

decisiones, donde la intención será conducir o dominar desde ese poder. Aquí se justifica la existencia de sectores de poder que pretenden representar, a partir de una idea y un objetivo que tienen para la comunidad.

Al sector que domina o conduce la escena política, se lo ha denominado hegemónico, siendo el momento político de mayor acumulación de poder, pudiendo definir la organización, las facultades y finalidad de la comunidad política.

Ello no implica la homogeneidad absoluta, lo que caracteriza internamente a las comunidades es lo diferente, lo heterogéneo. Lo convocante es que desde lo heterogéneo se llegue a una síntesis superadora homogénea, no siendo una homogeneidad que constituya un ser particular inamovible, sino que es una homogeneidad que se encuentra en permanente movimiento, es dinámica e incluso con una composición imperfecta. La comunidad política será una imperfecta unidad homogénea compuesta por una heterogeneidad colectiva.

Los antagonismos, las opiniones en contrario y las disputas de poder también son una característica inevitable, es lo que Immanuel KANT define como “la insociable sociabilidad del Hombre” (*Die ungesellige Geselligkeit der Menschen*), comprendiendo en la definición una necesidad de sociabilidad para cumplir con la finalidad que nos proponemos y, a su vez, somos artífices de un cierto grado de conflictividad que tensiona por romper ese estado, es por ello que es necesario fijar los razonables límites a la “libertad de los antagonismos”.

El gran desafío de los antagonismos es no llegar a un punto de conflictividad que quiebre la heterogeneidad colectiva, siendo la propia comunidad la generadora de dispositivos para intervenir, como es el caso de la legítima coerción pública. Otra cara de los antagonismos son las ambiciones de acumulación material, siendo su polea de transmisión la acumulación, la concentración y la construcción de poder a partir del elemento material de la riqueza y el dominio de los bienes, existiendo el riesgo de la desigualdad y la exclusión.

El riesgo por la profundización de estos antagonismos es la destrucción a partir de la pérdida de principios y valores fun-

dantes, que son el anclaje axiológico sobre el que se constituyó la comunidad política; para poder evitar ello, surge una definición desde los sectores hegemónicos en definir y resguardar ese plexo axiológico, una serie de principios y finalidades a partir de los cuales organizar la comunidad política y darle sentido.

Esta determinación posee dos anclajes, uno ubicado en el plano de la realidad histórica cultural, el otro en el plano normativo, y en conjunto consolidan el ser y el deber ser de la comunidad política, imponiendo márgenes tolerables de los antagonismos. La definición de lo que se es y de lo que se pretende ser, será la amalgama constitutiva de los Estados modernos.

En lo que respecta al segundo anclaje, allí se crea una normativización jurídico-política con la intención de lograr determinadas finalidades. Esta comunidad política soberana definirá la organización del Estado y sus poderes gubernativos, las facultades y competencias, la distribución del poder, como también la forma de ejercer la función pública. Definirá los límites al ejercicio del poder, definiendo el rol del Estado como el de los factores de poder.

Esta construcción de la normatividad jurídico-política será denominada como Constitución. Este hecho político de la comunidad conlleva una configuración de la cadena de equivalencias que se enlaza y conforma el sector hegemónico que conducirá y definirá el proceso constituyente. La prevalencia de una discusión horizontal durante el proceso constituyente es un salto cualitativo necesario, pero también lo es comprender que los factores de poder que hegemonizan la realidad son quienes conducen el proceso ubicando en el centro sus ideas e intereses, siendo incluso legitimados para ello.

De esta forma podemos entender a la Constitución como la normativización jurídico-política esencial de una comunidad política soberana concreta, mediada por su devenir histórico-cultural, la cual estructura la distribución y control del poder, organiza las facultades de gobierno y la convivencia consensual y factible, estableciendo el sistema socioeconómico y las

finalidades de la comunidad conforme los intereses de los sectores hegemónicos.

Pues bien, si la estructura y la organización que se ha decidido y para la cual se ha convocado al conjunto del pueblo a sentirse parte, no evidencia resultados tendientes al logro de los fines propuestos, aparecerá con mayor fuerza la resistencia al poder otrora hegemónico evidenciando ciertos dispositivos de poder tendientes a ocultar los intereses reales, pretendiendo demostrar las implicancias que genera el sistema constitucional impuesto por los sectores beneficiados e impulsando un proceso de transformación que redefina el sector hegemónico.

El Dr. Arturo SAMPAY explica que en este proceso existe una distinción conceptual, la existencia de una “infraestructura sociológica” a la cual denomina “Constitución real”, que es donde se juega el tablero de los intereses que expresan los factores de poder de los distintos sectores sociales, existiendo en forma complementaria la “sobreestructura jurídica”, expresada como “Constitución jurídica”, siendo la misma la Constitución escrita.

Este proceso entonces dejará al desnudo que la finalidad constitucional ha sido truncada por diversos motivos que pueden ir desde el incumplimiento del sistema constitucional propuesto, hasta la evidencia empírica de la imposibilidad de lograr los fines propuestos por medio del sistema diseñado. Para ello, resulta necesario profundizar sobre lo que se puede entender como la finalidad de una Constitución.

SAMPAY concluye que la justicia es la finalidad última, la generalidad de la naturaleza humana tiende a la obtención del desarrollo integral de la dignidad humana, incluso de mínima podríamos decir que generará las condiciones para que ello suceda, dejando también en manos de la persona individual una acción tendiente al aprovechamiento de las oportunidades en mayor o menor medida y conforme su propia concepción de lo que implica la dignidad.

El autor nos explica que “la justicia (...) coordina los cambios con el fin de que los miembros de la comunidad tengan la suficiencia de bienes exteriores, ya que todo en cuanto el ser

humano necesita para estar en condiciones de desarrollarse libre y plenamente, es ‘lo debido a cada uno’”, siguiendo las ideas de SÓCRATES. Esta virtud regla el cambio entre la actividad social productora de bienes realizada por cada individuo y el conjunto de los bienes exteriores que cada individuo recibe de los demás, preceptuando que “cada uno debe dar a la comunidad cuanto le permite su capacidad productora y debe recibir según la cantidad y calidad de lo que aporta y conforme sus necesidades cuanto la comunidad le puede dar acorde con la fuerza productiva global de la misma” (SAMPAY, 1974).

Es claro que, ante la presencia de sectores que se ubican fuera de la edad laboral o en condiciones de imposibilidad de llevarlas adelante, el sistema generará mecanismos particulares para alcanzar niveles de justicia en clave social.

Resulta necesario entonces que los medios de producción sean dirigidos a la obtención de una maximización de bienes exteriores, siendo necesario que el crecimiento, desarrollo y distribución económica es lo que deba perseguir la comunidad; aquí se produce un vínculo virtuoso clave con la educación, los miembros de la comunidad deberán cultivar una educación política concordante con la noción de justicia y equidad que se postula desde el conjunto social, hay un hallazgo colectivo, una conformación de una conciencia de la comunidad que, por medio de su sistema educativo, cultiva una cultura política y social atinente a lograr ese desarrollo que haga posible la obtención de la finalidad constitucional perseguida; cuando la comunidad comprende las desigualdades y ve que en la cuestión socioeconómica está la solución, se impone la idea del progreso de la justicia, nos recordará SAMPAY.

Lo previamente desarrollado nos permite asumir un nuevo concepto, donde la definición de Constitución como la finalidad perseguida por la misma se unifican para dar una idea concreta de lo que se pretende entender. Esta definición es la de “Constitución Justa” (SAMPAY, 1974). Esta Constitución se inscribe en la prédica por la justicia social de la que hablamos, en términos políticos como también teológicos, en la obtención del bienestar social o bien común, atento que la comunidad po-

lítica se mantiene vinculada y unida justamente para la búsqueda colectiva de ese fin. Ésta se encuentra precedida por el sentimiento de felicidad, pudiendo alcanzarla cuando los niveles de bienestar social son los adecuados para el conjunto de la comunidad. Cuando el bien común se busca en forma prioritaria al bien individual, conquistando este último pero pensando en el aporte al bien común, esa consolidación de una comunidad más justa y equitativa que asegure un piso de dignidad humana, haciendo sentir a la comunidad constructora de ella misma, la felicidad se transforma en un punto moral indispensable para el fortalecimiento de las potencialidades individuales como colectivas.

Buscar la mejor Constitución posible es una obligación como comunidad política. Pensamos y proponemos que la misma debe estar guiada por una finalidad bien concreta como la felicidad del pueblo, que traducido en la terminología constitucional podríamos citar como la obtención del bienestar social o justicia política y que, en nuestro caso, preferimos sintetizar como “Justicia Social” y equidad.

Esta Justicia Social tendrá diferente composición y significado, material y espiritual, conforme las circunstancias históricas, políticas, económicas y culturales que se atraviese como comunidad política en sus diferentes instancias, por eso queremos dejar en claro que esa mutación del contenido de lo que se entiende como “justo”, estará apareada con el grado y tipo de cultura intelectual en la comunidad y la cantidad y calidad de los recursos existentes, siendo entonces la vinculación de estas dos variables las que definan en qué medida se puede efectuar en la mayor y mejor forma posible la Justicia puesta como finalidad.

Finalizando este primer tramo, concluimos que una de las finalidades que deberá plasmarse en el texto constitucional será la concreción del principio material de producción, reproducción y desarrollo de la vida de forma consensual y factible, siendo un punto fundamental como también fundacional por dirigirse a proteger la esencia misma de la Constitución como individuos pero también como comunidad, buscando asimis-

mo otra finalidad como es la equidad entendida como la realización más acabada de la justicia social.

II. La reforma constitucional de 1994. Entre su sistema socioeconómico y el plexo axiológico de los Derechos Humanos

1. Sistema socioeconómico de la reforma de 1994

El sistema socioeconómico constitucional argentino, en la inmensa mayoría de sus artículos, es el mismo que el sancionado en 1853 con los retoques de 1860 y 1866. Ese liberalismo económico clásico basado en la protección de la persona “propietaria”, llama la atención que al cabo de casi un siglo y medio de su creación mantenga la misma base socioeconómica que ya había evidenciado su agotamiento para la mitad del siglo XX.

Si 1853 es la matriz del sistema socioeconómico constitucional, resulta de suma utilidad repasar brevemente las explicaciones del Dr. Juan Bautista ALBERDI al respecto. A modo de síntesis, la Constitución establece la existencia del Estado, dándole fortaleza desde el Preámbulo planteando como objetivo consolidar la unión nacional y la paz interior bajo una forma mixta de Estado, federal en la letra pero unitaria desde la centralidad del Poder Ejecutivo conforme las palabras del propio ALBERDI cuando habla la forma de Estado “posible”.

El país venía liberándose de la dominación y el colonialismo absolutista, asfixiante, exclusivo y monopolístico en su comercio con la Corona Española; es tan profunda esa dependencia y colonización, que ALBERDI (1993) entiende que “la Constitución es, en materia económica (...) la expresión de una revolución de libertad, la consagración de la revolución social de América” (...) “nuestra revolución abrazó la libertad económica”.

Para el liberalismo económico del siglo XXI, hay una premisa clara y es que “la riqueza importa a la prosperidad de la Nación y a la existencia del poder. Sin rentas no hay gobierno; sin gobierno, sin población, sin capitales, no hay Es-

tado” (ALBERDI, 1993, pp. 1). Nunca se plantea el autor la idea anarquista de la inexistencia de Estado, incluso llegará a decir que hay que tener cuidado con el anarquismo por ser perjudicial.

Tres ejes centrales tiene el sistema socioeconómico: producción de riqueza, distribución y consumo o gasto (o inversión) público, los cuales se construyen a partir del vínculo con una serie de derechos como son la libertad, la propiedad privada, la igualdad, la seguridad y la instrucción (entendida como educación). Cada uno de ellos estará rodeado de una serie de garantías, la cuales podrán ser prohibiciones pero también ciertas definiciones por la positiva que no dejan margen para la interpretación.

Expresa que la única acción que debe llevar adelante el Estado es el abstencionismo de imponer medidas restrictivas, prohibitivas o que condicionen el flujo natural del mercado que pretende invertir, como de la inmigración, no existiendo un solo artículo en la Constitución que pueda considerarse como una herramienta del Estado para definir prioridades o segmentaciones, la libertad es total y absoluta. El Estado como garante de la libertad, ése es su rol central y principal.

ALBERDI enseña que en el diseño constitucional, si bien el Ejecutivo es fuerte conforme su idea unitaria del poder, el mismo estaría dirigido a otras áreas antes que la económica, descansando en el Poder Legislativo la realización de los fines propuestos; para ello se definen sus atribuciones en el artículo 64 inciso 16 del texto constitucional de 1853, correspondiendo al Congreso “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias y al progreso de la ilustración”, determinando que los medios para lograrlos será “promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo”.

A treinta años de la reforma constitucional

La Constitución actual, post reforma de 1994 mantiene intacto dicho artículo en el art. 75 inc. 18, abriendo un abanico importante de dudas y preguntas que terminan por evidenciar un enorme desfasaje temporal, sobre todo cuando vemos que desde el propio constructor de la Constitución se nos narra que este artículo es uno sobre los que se construye el sistema socioeconómico en su integralidad.

Es evidente que el texto tuvo una pretensión modernizante en 1853, pero al cabo de una reforma que se da en 1994, por lo menos en términos socioeconómicos la Constitución queda encallada en épocas tan lejanas que hasta resultan ser previas a los avances más trascendentes de modernidad como son las fuentes de energía de electricidad y gas, un texto que incluso es previo a los nuevos medios de transporte como son el avión o el automóvil y medios de comunicación como la radio, la televisión, los satélites e internet. Antes de nacer, este artículo era demasiado obsoleto, imaginemos 30 años después.

En cuanto a lo que es la producción, se identificaban tres agentes o instrumentos como es el trabajo, el capital y la tierra, por medio de tres modos o formas como eran la agricultura, las fábricas y el comercio. Para estos instrumentos y modos, existirá una serie de garantías y libertades comunes que son los derechos que referimos previamente.

En lo que refiere a la libertad, se observa una clara referencia en el artículo 14 en donde se le otorga a la libertad económica el rango de derecho. De este artículo se desprenden una serie de derechos como son: el derecho de petición, libertad de tránsito y circulación, libertad de expresión, libertad de usar y disponer de la propiedad, libertad de asociación, libertad de culto, libertad de enseñar y aprender, derecho al trabajo y derecho a ejercer toda industria lícita, todos relacionados al sistema socioeconómico y que continúan intactos en la reforma de 1994.

Respecto al trabajo, al entenderse como una relación libre, no era necesario regular nada de dicha relación, ni imponer límites que resguarden al trabajador, siendo una de tantas

relaciones que se comercializan en el universo del mercado entre privados, lo único que sí se regulaba era el art. 15 que prohibía la esclavitud. De tal tamaño fue el abuso en la relación entre empresarios y trabajadores, que este derecho recién fue contemplado con abundante tratamiento en la reforma de 1949, sin embargo, el golpe de Estado de 1955 y una derogación absolutamente inconstitucional en 1957 provocaron que desaparezca todo un capítulo dedicado a los derechos económicos, sociales y culturales para dejar en pie un escueto art. 14 bis que es donde se resguardan los derechos del mundo laboral, sindical y previsional.

¿Cuál es la paradoja? Casi los mismos derechos, garantías y principios por los cuales cometieron el golpe de Estado de 1955, son incorporados 39 años después por medio del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el “Protocolo de San Salvador” y, al día de hoy, siguen estando en el plano de lo ideal y no de lo real.

Otra de las garantías que refiere el autor es la igualdad, expresada también en el artículo 14 atento que reconoce a todas las personas los mismos derechos, la libertad de las personas prohibiendo la esclavitud 15, el artículo 16 que refiere al derecho a la igualdad, mientras que el art. 20 hace extensiva la igualdad hacia los extranjeros.

Continuando con el análisis de los fundamentos del sistema socioeconómico argentino, surge el derecho a la propiedad privada que, como sucede con la libertad y la igualdad, poseen una explicación intrínsecamente ligada al liberalismo de fines del siglo XVIII en Europa y principios del XIX en nuestro país. Reiterando la necesidad de contextualizar, siendo otro gran acierto la mirada histórica del Dr. ALBERDI, estos derechos son centrales en la construcción liberal, identificando las demandas del sector de la sociedad que ve reflejado sus intereses económicos en la Constitución.

A partir de allí el derecho de propiedad será una constante en todas las reformas constitucionales, no sólo en la Constitución de 1853 sino que es un derecho totalmente consagrado en nuestro ordenamiento, incluso en la reforma de 1949.

A treinta años de la reforma constitucional

El artículo 17 es la garantía y resguardo declarando su inviolabilidad, regulando la expropiación, la propiedad intelectual e imponiendo límites al abuso del Estado respecto a la confiscación de bienes. Si pensamos en la propiedad privada desde la actividad económica, el art. 18 toma otra relevancia, no sólo en la seguridad individual, sino también como garantía cuando refiere a la inviolabilidad de domicilio y la correspondencia.

Estos artículos que hemos referido previamente, desde el art. 14 hasta el art. 20, han quedado exactamente iguales que en la Constitución de 1853, no siendo necesario por lo visto ningún tipo de actualización, modificación o profundización al respecto.

Finalmente, la producción económica tiene una última garantía que es la instrucción, sin embargo, podemos observar el retroceso que sufre la misma en su devenir histórico. Desde la lógica alberdiana, la instrucción es un pilar fundamental en el sistema socioeconómico, los sectores trabajadores necesitaban cultivar las artes de la industria y los negocios dirá el autor, también era importante para el fortalecimiento del sistema democrático.

En esta sintonía, el art. 5 contempla la educación primaria, imponiendo a las provincias la gratuidad de la misma en sus propias Constituciones. También atribuye a los poderes legislativos nacional y provinciales, por los artículos 64 inciso 16 y 104, las facultades para proveer impulsar de la forma más adecuada esta propuesta.

El propio liberalismo porteño será encabezado por Bartolomé Mitre y Dalmacio Vélez Sarsfield, los artífices de una serie de reformas en 1860, siendo una de ellas la eliminación de la gratuidad de la educación primaria, situación que sigue al día de hoy. Resulta muy paradójico que la Constitución liberal que tiene como objetivo el bienestar general y propone el desarrollo humano, no sentencie con contundencia el valor y la importancia de la educación y la instrucción al máximo nivel.

Habrá que reconocerle a la reforma de 1994 tener ciertas menciones a la cuestión educativa, incorporando la educación

ambiental, para el consumo, bilingüe e intercultural para las comunidades originarias y una extensa mención a los diversos niveles educativos en la llamada cláusula del progreso del art. 75 inc. 19.

En lo que respecta a las formas o modos de producción, una de ellas es la agricultura. ALBERDI explica que no era necesario liberarla porque ya estaba contemplada desde la época del colonialismo, siendo a su entender la única en esas condiciones. Su continuidad es la distribución en materia de tierras y su producción, siendo la renta la discusión que continúa la temática.

La renta y los beneficios que produce la tierra es un tema muy interesante en nuestro sistema socioeconómico, el complejo agroexportador argentino es uno de los más cotizados a nivel mundial si es que hablamos de la producción agropecuaria, pero si hablamos también de producción de la tierra, podemos introducirnos en lo que refiere a fuentes de energía como el petróleo, sobre el continente o la plataforma marítima, minerales como el litio o metales raros, oro y carbón y la forma en que la Constitución de 1994 provoca cierto daño al poder de negociación y puesta en valor de los recursos.

La Constitución contempla diversos artículos que hablan de la utilidad sobre la tierra pública; podemos mencionar el art. 4 que refiere al Tesoro nacional, siendo la propiedad de las tierras y su enajenación parte del mismo, también el art. 64 incisos 4 y 16 en donde se habilita, en la búsqueda del bienestar y el progreso, la venta de tierras y bienes fiscales y públicos por parte del Estado.

La Constitución no define ningún tipo de objetivo, finalidad o parámetros a priorizar en materia de tierras privadas y públicas; me gustaría que se entienda bien a lo que apunto: la Constitución en ninguna parte nos habla del potencial de nuestro complejo agroindustrial, no existen pautas o líneas de acción que dirijan los trazos gruesos de una de las áreas de la economía tradicionalmente beneficiosas y potentes de nuestro país. El mero hecho de dejar al libre albedrío individual la decisión sobre la tierra o la mera venta de las tierras públicas

sin más que pensar, le hace flaco favor a una arteria económica clave del país.

A ello se suman dos situaciones vinculadas a los recursos naturales, una de ellas que se relaciona con el federalismo y la otra con los servicios públicos a raíz de la explotación de dichos recursos, ingresando la comunidad política como mera consumidora o usuaria.

El art. 124 de la Constitución reformada define dos cuestiones, por un lado la creación de los regionalismos, concepto inexistente en nuestro sistema federal, siendo incorporado a los fines de generar vinculaciones económicas y sociales según define la norma. La doctrina se divide entre quienes están a favor de dicho regionalismo, entendido como una consecuencia geográfica en cierto punto, que no deja de ser una consecuencia natural de práctica política de cercanía; y quienes ven los riesgos de una posible escisión o división territorial que provoque un desmembramiento. A mi entender, siendo criado en la Patagonia, los regionalismos tienen un claro sentido práctico, real y plausible, no viendo en ello un peligro sino una potencialidad.

En lo que sí observo una enorme debilidad, siendo plenamente funcional al sistema de ideas de dominación neocolonial neoliberal, es cuando el art. 124 define que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”. En un mundo que experimentó altísimos niveles de globalización y transnacionalización de las economías domésticas, una cláusula como la que vemos, lo único que genera es un empobrecimiento del poder de fuego de negociación del país en relación a los recursos naturales y la definición estratégica de la explotación, industrialización, distribución y comercialización de los mismos.

Miremos solamente lo que sucede con todas las fuentes de energía, el desmantelamiento de los servicios públicos y toda la red que vinculaba los diversos eslabones de la cadena, desde su extracción hasta que llega a cada una de las hornallas, calefones, heladeras o focos de luz de cada hogar, ha generado un enorme deterioro y retroceso en materia de garantía de los

pisos mínimos de dignidad humana, siendo cada vez menos los sectores sociales que logran acceder a los servicios públicos básicos y elementales. En este punto nos encontramos con una de las incorporaciones más destacadas por la doctrina que son los derechos de los usuarios y consumidores, ubicados en el art. 42.

Dejamos plasmada nuestra duda respecto a la eficacia en su regulación, evidenciándose por momentos cierta utilidad pero que, en los grandes trazos de la vida cotidiana, resulta ineficiente, costoso y de muy lenta resolución administrativa y/o judicial de los conflictos cotidianos respecto a estos derechos, siendo una cuenta pendiente de una idea que puede incluso haber sido bienintencionada.

Retomando otro de los puntos, el comercio necesitaba estar lo más liberado posible, por eso la libertad de comerciar del art. 14 al que hicimos referencia y que se ve acompañado por diversas libertades más como navegar, entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, tanto la persona como los bienes con los que va.

La Constitución de 1853 como la de 1994, poseen una porosidad importante en cuanto a lo que refiere al resguardo de la soberanía, siendo un caso emblemático la libertad de navegación de nuestros ríos interiores para los buques de bandera exterior. El artículo 26 establecía en 1853 que “es libre para todas las banderas, con sujeción únicamente á los reglamentos que dicte la Autoridad Nacional”, ello fue un reclamo constante de Inglaterra y Francia, dos potencias que nos llevaron a la guerra durante más de 10 años.

Hoy en día, la Constitución de 1994 mantiene las mismas definiciones, mientras vemos pasear los buques extranjeros por los ríos Paraná, Uruguay y de la Plata y se discute si Argentina tiene el derecho de cobrar un peaje mientras a nuestro ciudadanos se les aumenta a diario el peaje de las autopistas y rutas que utilizan para trabajar, educarse y vivir. Hay una constante en la lógica de pensamiento de ciertos sectores sociales y económicos, el pensamiento colonizado, que les impide distinguir que los beneficios deben ser para quienes constru-

yen el país en el cotidiano y viven en él, y no preferentemente para quienes sólo ven un negocio momentáneo y esporádico en su tránsito por nuestro país.

Respecto a la importación y exportación le cabe razón a ALBERDI cuando criticaba lo innecesario y perjudicial de la existencia de las aduanas interiores entre las provincias, siendo una buena medida la unificación aduanera que impone la Constitución en sus artículos 9 y 105 cuando elimina y prohíbe las aduanas interiores, manteniéndose dicha regulación en los arts. 9 y 126 de la reforma de 1994.

ALBERDI justifica la existencia de la Aduana refiriendo que “entra, pues, en el número de los males inevitables de la República Argentina, como figura en las rentas de los países más libres de la tierra. Es un legado doloroso de los errores de otros siglos” (ALBERDI, 1993). La Aduana es el epicentro de la discusión, imponiéndose el criterio de la participación firme del Congreso a partir de la tributación que se le atribuye por el art. 64 inc. 1, siendo el poder encargado de legislar sobre las aduanas exteriores y derechos de exportación e importación.

A su vez, el art. 9 deja en claro que en materia tarifaria el encargado de definir las es el Congreso, eliminando junto al art. 10 la existencia de aduanas interiores a los fines de ser coherentes con la libre circulación dentro del país; esta prohibición será ratificada expresamente en el art. 105 cuando se refiere a las provincias. En el supuesto caso de querer generar una aduana nueva, el Congreso es quien tendrá esa atribución por el art. 64 inc. 9.

En el esquema que se encuentra vigente en la Constitución, tanto de 1853 como de 1994, no existe definición respecto a quién administra los puertos y aduanas nacionales, encontrándonos con diversas posibilidades, sea administración pública, privada o mixta.

No cabe en las ideas de ALBERDI que la Aduana pueda tener otro rol o función aparte del cobro de estos derechos, y por tal motivo condena con firmeza las ideas que le impregnan a la política aduanera atribuciones tendientes a restringir, limitar

o prohibir determinados bienes con el fin de proteger la economía nacional.

Es justo mencionar que, frente a un sistema absolutamente prohibitivo como el del absolutismo monárquico, tenía sentido el planteo del autor; lo que no se termina de explicar es la preocupación que le generan a la literatura liberal y sobre todo neoliberal, las políticas aduaneras proteccionistas cuando los propios países que inventaron dichos sistemas de ideas imponen medidas de ese estilo, sobrando ejemplos al respecto como el incremento del 100% los derechos de importación para los autos eléctricos de origen chino por parte de los EE.UU. y Canadá.

La justificación radica en que todo lo que obstruya u obstaculice el libre tránsito confronta a la libertad, sin dimensionar de la libertad de quién estamos hablando, atento a que la misma debe tamizarse a mi entender con el filtro de la soberanía y la independencia económica nacional. En base a ello, cuando nos referimos a la discusión de la Aduana, no sólo pensamos en el Tesoro nacional sino también en el entramado industrial y el trabajo argentino.

En lo que refiere a la distribución de la riqueza, ALBERDI es claro cuando dice que debe darse entre quienes han intervenido en su producción, como también que se deberá cumplir con el pago de los impuestos, básicamente porque por medio de ellos se construye el Estado.

La gran preocupación es que la riqueza no se distribuya, este dilema lo lleva a señalar que “no se podría concebir la libertad de una especie de producir un valor, y libertad de otra especie para aprovechar del valor producido” (ALBERDI, 1993); es así que potencia el valor del principio de igualdad reconociendo la misma en relación al trabajo pero también a la hora de aprovechar una parte de lo producido.

Acompañando a la igualdad como principio distributivo elemental y universal, surgen dos conceptos durante el siglo XX, como son los de la justicia social y la equidad, que implican el acercamiento del sistema socioeconómico a una situación más virtuosa. La pregunta que subyace en este punto es quién de-

A treinta años de la reforma constitucional

fine lo que es justo: mientras SAMPAY nos dirá que la distribución deberá ser justicialista, basada en la Justicia Social y con un rol relevante por parte del Estado como garante de dicha distribución, ALBERDI se recuesta en la libertad de mercado, diciendo que la Constitución “ha preferido la distribución libre a la distribución reglamentaria y artificial. La distribución de las riquezas se opera por sí sola, tanto más equitativamente cuanto menos se infiere el Estado en imponerle reglas” (ALBERDI, 1993). Lo único que puedo marcar, es que en términos distributivos, el sistema es igual a 1853.

Es una verdad de Perogrullo decir que la distribución natural, por sí sola, no existe y no existió, el gran dilema que refleja la Constitución es ser la continuadora del esquema distributivo pensado para 1853, no reflejando ninguna medida, pauta, instrumento o herramienta clara y explícita que implique una concreta distribución de las riquezas más allá de algunas pautas salariales. Ausencias constitucionales si se quieren ver.

En lo que refiere a los derechos sociales, los mismos se encuentran enmarcados en los artículos 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18 y 20; a excepción del art. 14 bis, los restantes artículos se mantienen idénticos a 1853, ubicando en pie de igualdad a nacionales y extranjeros, reconocimiento de derechos básicos y elementales del incipiente Estado nacional que se constituía por aquel entonces y abocados a eliminar la explotación y esclavitud, y al cabo de más de un siglo y medio, la normativa sigue con los mismos horizontes.

Es claro que hay una enorme distancia entre lo normado en la Constitución y lo normado en los Tratados sobre DD.HH.; pareciera ser que la norma más trascendente e influyente de nuestro ordenamiento se ha desentendido de cualquier tipo de actualización en materia socioeconómico relacionada al mundo laboral y sindical, al punto tal que la mención a este sector social es mínima, tal como sucede con referencia a la industria, siendo inexistente la palabra industrialización, por ejemplo. Faltó ingenio o voluntad para incorporar estos sectores sociales y productivos como ejes centrales de la discusión

socioeconómica, habrá que pensar seriamente cuál es entonces la Constitución real como dirían LASALLE y SAMPAY.

En lo que respecta al interés generado por el capital, la Constitución entiende que la tasa de interés es libre y la define la demanda conforme el propio ALBERDI, allí el Estado no debe tener ningún tipo de presencia en materia de control o intervención, la propia Constitución garantiza su libertad entre las partes. Este tema es sensible en la historia nacional, no sólo por la actitud del sistema bancario nacional e internacional que opera en el mercado local, sino también por el rol de organismos multilaterales de crédito como el Fondo Monetario Internacional (en adelante FMI) y el Banco Mundial (en adelante BM) en todo el proceso de deuda externa que atraviesa hace décadas el país.

Recordemos que ya desde la época de Bernardino Rivadavia, con el empréstito de la Baring Brothers que se saldó 100 años después y nunca realizaron las obras planteadas, venimos padeciendo cierta ineficiencia, incapacidad y, en varios tramos, irresponsabilidad en la toma de deuda o refinanciamiento de la deuda existente. También podemos hacer referencia a la política económica del expresidente Juárez Celman, las tasas de interés desorbitantes de las operaciones de deuda llamadas “Megacanje” y “Blindaje” en el año 2001, y finalmente citar las sobretasas del endeudamiento del año 2018, todos gobiernos liberales o neoliberales, valga la aclaración.

El propio ALBERDI los alertaba cuando decía que el mecanismo de la deuda, si bien podía ser utilizado inteligentemente, había que impedir “que la quiebra se convierta en una industria en sí misma y en un negocio lucrativo”. Hubiese sido importante que los liberales y neoliberales argentinos, quienes se ufanan de seguir las enseñanzas del Dr. ALBERDI, hubieran leído estas conclusiones y advertencias que él mismo refería.

En lo que respecta a la deuda externa y los empréstitos, nuestra penosa historia en la materia nos hace relacionar este punto con un tercer bloque de artículos dedicados al consumo según lo define ALBERDI, entendido en realidad como gastos e

inversión del Estado. El autor dirá que “el Tesoro y el gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente. El país que no puede costear su gobierno, no puede existir como nación independiente, porque no es más el gobierno que el ejercicio de su soberanía por sí mismo. No poder costear su gobierno (...) desconocer este deber, es hollar el juramento de ser independientes y libres, es abdicar la libertad y entregar el gobierno del país al extranjero, o a cualquiera que tenga dinero para costearlo” (ALBERDI, 1993).

Resulta interesante esta relación que realiza ALBERDI, incluso criticando la existencia de los impuestos (de los aduaneros en particular), al comprender que es fundamental en el esquema capitalista y liberal la existencia de un Estado que pueda proteger e impulsar la producción de riqueza, como también un gobierno que administre la cosa pública.

El art. 4 será entonces el que nos ilumine respecto a la conformación del Tesoro nacional, siendo exactamente igual el de 1853 que el actual, refiriéndose a cinco ingresos a partir de los cuales se financia el Tesoro; respecto a dos de ellos ya hemos hecho referencia, como son las tierras públicas y los derechos de exportación e importación, siendo el tercero de los cinco mencionados el que nos ocupa ahora, y son “los empréstitos y operaciones de crédito”.

El art. 4 de la Constitución claramente coloca en cabeza del Poder Legislativo decretar la posibilidad del Estado nacional de poder contraer empréstitos o créditos, básicamente deuda, ello mismo se verá ratificado cuando en el artículo art. 75 inc. 4 se atribuye dicha competencia específica.

A su vez, el art. 4 define de modo bien claro y concreto dos finalidades para las cuales se contraen estas deudas, refiriendo a “urgencias de la Nación o para empresas de utilidad nacional”; muy a nuestro pesar, los procesos de endeudamiento del país a partir de 1976 han sido de niveles exorbitantes, desmesurados y absolutamente irresponsables, los mismos fueron patrocinados por el FMI y el BM, los cuales codiagramaron los planes económicos de los diversos gobiernos democráticos y acompañaron fervientemente lo dispuesto por la dictadura

cívico-militar, no siendo utilizados para los fines que propone el art. 4 sino para una constante e incesante fuga de capitales por un lado y valorización financiera por otro.

Los altísimos niveles de endeudamiento fueron continuados por crisis económicas que trajeron los peores índices en materia de pobreza, indigencia, desocupación, caída del producto bruto interno, pérdida del poder adquisitivo y de las jubilaciones.

El neoliberalismo es un sistema de ideas de dominación, el cual posee como núcleo central de instalación la apropiación del Estado desde el aspecto económico, siendo su finalidad última la construcción de un nuevo Sujeto. Ésta es a mi entender una muy breve definición de lo que persigue y pretende este sistema de ideas, siendo uno de sus dispositivos lo socioeconómico y que se centra en dos pilares: uno de ellos es el retiro absoluto del Estado de las áreas estratégicas de la economía, comprendiendo un fuerte proceso de privatización de todo aquello que podría administrar el Estado, llámese la explotación de alguna rama de la economía (petróleo o servicios públicos) como también de aquellas responsabilidades propias como son los aportes jubilatorios; el segundo es la modificación del patrón de acumulación, dirigiéndose a la valorización financiera, conocido en nuestro país como la “ruleta financiera”, este episodio de la economía implica una espiral de endeudamiento externo a niveles exorbitantes para mantener este patrón de acumulación.

En lo que respecta al primer punto en donde se encalla el neoliberalismo, podemos ver que si el propio sistema pretende emprender un proceso de privatización y extranjerización de la economía, fundamentalmente en sus ramas estratégicas, la Constitución de 1949 y la de 1994 marcan a las claras enormes y significativas diferencias.

Por eso el análisis del art. 4 resulta tentador, evidenciando que el Tesoro posee otras fuentes de ingreso que no están contempladas. El caso más claro es la producción y comercialización que se genera por las empresas nacionales, siendo otro ejemplo justamente la venta de patrimonio nacional que no

A treinta años de la reforma constitucional

refiera exclusivamente a tierras propiedad del Estado, como pueden ser empresas públicas.

Problematizando la reforma de 1994, resulta interesante verla en espejo con la propuesta de 1949, la cual sumaba al artículo 4 que el Tesoro también se conformaba a partir de “la propia actividad económica que realice, servicios que preste y enajenación o locación de bienes de dominio del Estado nacional”, contemplando la existencia y rentabilidad de las empresas propiedad del Estado, lo que implica la posible existencia de recursos para el erario público.

El contraste con la vigente reforma es claro: en la Constitución no existe mención alguna sobre la posible conformación del Tesoro a partir de ingresos generados por el propio Estado, es claro que la idiosincrasia de la reforma de 1994 es coincidente con el cambio de sistema socioeconómico neoliberal implementado desde la dictadura cívico-militar.

Es así entonces que la Constitución Nacional deja abierta la puerta para el arribo del sistema de ideas neocolonial al que nos referimos, pudiendo profundizar el proceso privatizador iniciado en 1976. El sistema socioeconómico constitucional vigente muestra que se encuentra incompleto; si vamos al texto de la norma, sería más clara la posibilidad de enajenar bienes del dominio público con la reforma de 1949 que con la actual de 1994, pero por algún motivo en particular no se utilizó dicho recurso, sospechando que el silencio de la laguna jurídica resulta mucho más beneficioso que el ruido que genera transparentar los negocios ideológicos.

A veces no decir implica habilitar jurídicamente mucho más que la referencia expresa, ello es lo que sucede con el texto constitucional actual, en donde la venta de tierras es el único bien que se menciona para conformar el Tesoro nacional, no teniendo ninguna prohibición en la enajenación de otros bienes, surgiendo con mucha claridad una hendidura a partir de la cual el neoliberalismo de antaño y el actual anarcocapitalismo libertario, pueden ingresar a liquidar el patrimonio nacional en sus múltiples formas.

La discusión que evita y esquivo la Constitución, es la que se debe la comunidad política argentina en su conjunto, aquella que la Constitución decidió resolver por el silencio, dejando abiertas las interpretaciones como los sistemas de ideas antagónicos, opuestos, donde la definición de crear empresas nacionales en la cantidad que se quiera y desee, como en las áreas en las que se defina, es igual de posible en este sistema socioeconómico que enajenar, vender, concesionar o locar absolutamente todo. Otra paradoja de un sistema socioeconómico que, para personas destacadas como Alberto DALLA VIA, la Constitución llega incluso a no tener una pertenencia ideológica concreta.

2. Los derechos humanos como sustento axiológico del sistema constitucional

La inmensa mayoría de la doctrina considera que el nuevo sistema constitucional tiene un epicentro axiológico que estructura decididamente su contenido y su sentido, ubicando en el centro de la escena constitucional el concepto de la dignidad humana y el bienestar general, sobre la base de un sistema democrático y de Estado de Derecho, a partir de los cuales, los Estados firmantes se obligan a garantizar y hacer efectivos, en el marco de las diversas realidades de cada uno de ellos, un piso mínimo de derechos y garantías considerados fundamentales a los cuales denominamos DD.HH.; ello implica una hoja de ruta interpretativa hacia cada uno de los Estados nacionales como también ciertas pautas que funcionan como límites frente a las diversas políticas.

El Dr. Germán BIDART CAMPOS entiende que la relevancia y la fuerza normativa de los DD.HH. se verifican en la Constitución vigente, evidenciando que “todo el orden socioeconómico se enraiza en lo que es la pauta axial del Derecho Constitucional contemporáneo: los derechos humanos” (BIDART CAMPOS, 1999), sentenciando por ello que “jamás los intereses económicos pueden gozar de rango superior al del principio general de tutela y promoción de los derechos humanos” (BIDART CAMPOS, 1999).

A treinta años de la reforma constitucional

Básicamente, el desafío que asume el autor es el de concatenar diversos sistemas de ideas políticos, económicos como jurídicos, a los fines de darle coherencia e integralidad a un sistema constitucional que tiene como eje valorativo los DD.HH., sostenido por un sistema socioeconómico liberal clásico fundado en la mirada del siglo XIX, con algún retoque histórico vinculado a los derechos sociales y con una clara tendencia a una mayor apertura y desregulación económica, bregando por mayor libertad en el rubro.

Así mismo, el Dr. Alejandro MEDICI también le reconoce a la reforma la incorporación de los Tratados “generando un bloque de constitucionalidad y la potencialidad de un proceso de concretización vía interpretación constitucional, junto a la necesidad del control de constitucionalidad ampliado al control de convencionalidad. También incluyó nuevos derechos y garantías que actualizaron parcialmente la parte dogmática de la Constitución” (MEDICI, 2014). El autor resalta su importancia, asumiendo un rol relevante en términos interpretativos, una guía ineludible a la hora de analizar acciones, omisiones o decisiones desde el Estado y sus poderes gubernamentales.

Efectivamente la reforma de 1994 incorpora en el artículo 75 una serie de atribuciones, algunas de carácter socioeconómico y otras, como los incisos 19, 22, 23 y 24, son el corazón axiológico sobre el que se erige el sistema institucional, incorporación de una relevancia indiscutible por su impacto frente a las características del resto del ordenamiento que hemos analizado.

El inc. 22 le otorga la atribución al Congreso para aprobar o desechar Tratados internacionales, incorporando directamente desde la propia Constitución en el segundo párrafo de dicho artículo los Tratados internacionales sobre DD.HH.; los mismos tienen jerarquía constitucional, no derogan ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías enunciados en la Constitución.

En la misma sintonía, el art. 75 inc. 24 contempla la misma atribución para el caso de los Tratados de integración, pu-

diendo delegar competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales. La pauta condicionante que impone el inciso refiere justamente a estos límites sobre los cuales se funda la nueva estructura constitucional, debiendo ser instrumentos que respeten la democracia y los DD.HH.

El inc. 23 incorpora una atribución bien concreta en cabeza del Congreso, debiendo legislar y promover medidas positivas para garantizar una serie de principios como son “la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Por su parte, el inc. 19 asigna al Congreso la atribución de proveer una serie de finalidades muy loables, pudiendo mencionar algunas de las más rimbombantes como son el desarrollo humano y el progreso económico con justicia social, siendo estas mismas una guía para la interpretación del resto del inciso.

BIDART CAMPOS considera este contenido como parámetros que definen el propio sistema socioeconómico constitucional, explicando que “el contenido del orden socioeconómico constitucional dispone de márgenes elásticos, pero siempre cercados por un perímetro vinculante que impide ser traspasado o violado por cualquier sistema que haga oposición y resulte incompatible a los parámetros de la constitución” (BIDART CAMPOS, 1999), y agrega una serie de parámetros más como el principio de libertad, el desarrollo integral, un sistema de valores regidos por la solidaridad social y principios emergentes del sistema federal y democrático.

Siguiendo la misma búsqueda que el autor, nos vamos a preguntar si el sistema socioeconómico de la Constitución habilita opciones, siendo interesante para pensar cómo se fue desarrollando la historia socioeconómica en Argentina desde 1994, aunque podríamos pensar desde 1976 como bloque histórico, siendo notoria la presencia de dos sistemas de ideas antagónicos, como son las tres etapas del neoliberalismo y la

década kirchnerista de clara impronta peronista, en donde los resultados en materia de derechos humanos que impactan en la dignidad de las personas y el piso mínimo de necesidades satisfechas, discrepan con fuerza en un sistema y otro.

BIDART CAMPOS entiende que la supuesta fortaleza y garantía que el propio sistema constitucional edificó para compatibilizar el sistema socioeconómico con el cumplimiento de los DD.HH. basados en una propuesta liberal, es el sistema democrático y la alternancia en el gobierno de los partidos políticos, considerado como un perímetro vinculante que impone la construcción constitucional, en donde “lo único prohibido es adoptar un programa que, sin encontrar sitio entre las alternativas constitucionales, se opone y transgrede de raíz al modelo socioeconómico en su contenido esencial”.

Tal vez como ideal resulta atendible, pero en la realidad práctica y concreta, que es donde realmente se juega la partida por el respeto y resguardo de los DD.HH., no estaría sucediendo. Esto se observa a tal punto que el propio autor en el año 2002, luego de la segunda crisis de deuda de Argentina, concluye que “estamos en condiciones de afirmar que todas las políticas económicas y sociales, que al enrolarse en el neoliberalismo capitalista discrepan con la Constitución y la vulneran, incurren en inconstitucionalidad”.

La particularidad de este esquema es que termina siendo necesario recostarse en los Tratados internacionales por la propia dispersión o laxitud del sistema constitucional, requiriendo de su presencia para darle cierta coherencia al sistema; ello genera una gran incertidumbre atento que resulta poco práctico tener que acudir al control de convencionalidad para legitimar a la propia Constitución, más aun, cuando hablamos de políticas económicas con fuerte impacto en lo social.

Si bien estoy de acuerdo en que, en términos generales, estos parámetros podrían resultar adecuados para darle un sentido axiológico al sistema socioeconómico constitucional, hay que sincerarse y observar que los mismos giran en torno a una abstracción importante, no ajenos de una ambigüedad y amplitud que los hace pasibles de múltiples interpretaciones

a la hora de definir esos márgenes elásticos, siendo fungibles en la medida de las necesidades.

Es claro que si nos encontramos con un sistema socioeconómico que permite políticas generadoras de enormes grados de desigualdad e injusticia, entonces “las constituciones democráticas pueden proponer toda suerte de libertades formales, pero de ellas sólo pueden aprovechar quienes tengan las condiciones reales para hacerlas realidad” (MEDICI, 2014).

Argentina está expuesta a partir de su sistema socioeconómico a estas consecuencias, posibilitando inconsistencias a partir de la laxitud de sus límites y fronteras en la política socioeconómica. Esto se percibe con mayor contradicción cuando, en el Derecho internacional, se ubican los Tratados sobre DD.HH. que sitúan la dignidad humana como centro de su construcción y, en simultáneo, la juridicidad de los organismos internacionales como el FMI, el CIADI y el BM, que imponen un sistema socioeconómico absolutamente lesivo a la propia dignidad que se pretende resguardar.

MEDICI entiende que los Estados se encuentran en permanente tensión por la exigencia de “conductas contradictorias (desregulación, flexibilización de los mercados de bienes y servicios vs. estándares de progresividad-no regresividad de los DESC, que requieren políticas activas, por ejemplo)”, resolviendo esas mismas tensiones “por asimetrías de poder entre los actores estatales y el entramado de instituciones y actores que hacen al policentrismo normativo de la globalización que atenta contra la eficacia y progresividad de los derechos humanos” (MEDICI, 2014).

Los DD.HH. le dan un sentido al texto constitucional, un sistema axiológico que de por sí se encuentra disperso y sin criterio claro, es un hallazgo y un claro acierto su incorporación al texto constitucional por medio de la reforma de 1994. Siendo ello así, la dignidad humana se construye en lo inmediato, requiriendo medidas efectivas que den cuenta de un desarrollo integral de las personas cada vez más consolidado, partiendo desde donde sea, incluso desde el peor de los infiernos, pero siempre con una mirada de progresividad o

no regresividad para ir saliendo de esos lugares paulatinamente.

Sin embargo, las antinomias internas y externas de la propia Constitución Argentina, socavarán de tanto en tanto estos cimientos que con tanto sudor la comunidad y el Estado construirán con el paso de los años.

III. La antinomia constitucional. El error de un sistema “expuesto”

A mi entender, el sistema socioeconómico constitucional se asienta sobre una sobreestructura jurídica que ha creado una porosidad y laxitud en su sistema liberal clásico de tal envergadura que permite aplicar sistemas de ideas totalmente antagónicos, incluso en contradicción con los propios postulados liberales.

Nuestra Constitución se encuentra expuesta a la implementación de sistemas socioeconómicos antagónicos como consecuencia de su enrolamiento a un formato político y económico liberal exacerbado, posibilitando la implementación de sistemas de ideas con resultados socioeconómicos dañinos, excepto para un grupo reducido de sectores de poder nacionales e internacionales pero que, con toda claridad, confrontan de lleno con la dignidad humana que pretende erigirse desde los DD.HH.

Ésta es la antinomia interna a la que se enfrentan constante y cotidianamente nuestra Constitución y todo el sistema constitucional en su conjunto, una Constitución que al no poseer anticuerpos, mecanismos ni herramientas que le permitan resguardarse o protegerse, la llevan a encontrarse a merced de los nuevos sistemas de ideas de dominación neocoloniales que limitan al extremo la participación del Estado y profundizan la liberalización de los mercados, generando la posibilidad de impulsar medidas y decisiones que se han demostrado opuestas en sus resultados a los fines que se propone.

La antinomia se profundiza cuando desde el sector externo, es palpable la contradicción que profundiza la antinomia,

incorporando como sistema axiológico los Tratados internacionales sobre DD.HH. y, en paralelo, imponiendo con prepotencia un recetario socioeconómico que conlleva la violación sistemática de dichos Tratados.

La Constitución nos expone a la posibilidad de implementar un sistema de ideas de dominación cuyo fin es apropiarse del Sujeto y del propio Estado por medio de su modelo socioeconómico basado en la deuda externa, un patrón de acumulación financiero y de ajuste, asumiendo el Estado argentino una reprimarización y extranjerización de su economía a partir de la venta de las empresas nacionales, el deterioro de los niveles de vida y entrega de los recursos naturales.

El gran objetivo neoliberal es la producción de subjetividad, construir una superestructura cultural destinada a invisibilizar esa dependencia y la sumisión a ese sistema. El discurso totalizador, universal y homogeneizante del neoliberalismo es contradictorio en su máxima expresión hasta con el derecho fundamental que cimienta al liberalismo, como es la propia libertad.

Nuestro país requiere de una discusión profunda, madura, seria y sincera sobre el modelo de país que queremos construir y, en particular, un sistema socioeconómico digno de un país que pretende otro destino. Es indispensable la mirada crítica y constructiva de las experiencias de antaño, conjugadas con el análisis riguroso sobre nuestra realidad constitucional, política, social y económica.

A 30 años de la reforma constitucional de 1994, muchas cuestiones hemos consolidado y saldado, tantas otras innovado con madurez y varias otras implementado a sabiendas de sus consecuencias. Valga este homenaje a nuestro último proceso constituyente, máximo desafío de cualquier país que se diga democrático y sustentado en un Estado de Derecho.

IV. Bibliografía

ALBERDI, J. B. (1854). *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853*. Mercurio.

A treinta años de la reforma constitucional

ALBERDI, J. B. (2012). *Argentina 1852: bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*.

DALLA VIA, A. R., & VANOSI, J. R. A. (1999). *Derecho constitucional económico*. Abeledo-Perrot.

ALEMAN, J. (2016). *Horizontes Neoliberales de la Subjetividad*, Gramma Ediciones.

BASUALDO, E. (2020). *Endeudar y fugar: un análisis de la historia económica argentina, desde Martínez de Hoz hasta Macri*, Siglo XXI editores.

BIDART CAMPOS, G. J. (1999). *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar.

LACLAU, E. (2013). *La razón populista*, Fondo de Cultura Económica.

LASSALLE, F., & ROCES, W. (1989). *¿Qué es una Constitución?*, Barcelona, Ariel.

MEDICI, A. (2014). "Otros nomos: narratividad y pluralismo jurídico para un giro decolonial del Derecho". www.corteconstitucional.gob.ar, p 90.

SAMPAY, A. E. (1973). *Constitución y pueblo*, Cuenca Ediciones.

