

## BREVE INFORME SOBRE LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA DE 1994

Humberto QUIROGA LAVIÉ

SUMARIO: I. *De los antecedentes y formación del poder constituyente que determinaron la reforma.* II. *La reforma del sistema político sobre la forma de gobierno.* III. *Las reformas en el Congreso de la nación.* IV. *Las reformas en el procedimiento legislativo.* V. *Las nuevas atribuciones que tiene el Congreso.* VI. *La reforma en el Poder Ejecutivo.* VII. *Del Poder Judicial.* VIII. *De los órganos de control en la nueva Constitución.* IX. *Sobre las reformas en el sistema federal.* X. *La autonomía municipal en la Constitución.* XI. *La reforma al nuevo sistema de derechos.* XII. *Las garantías de los derechos en la nueva Constitución.*

### I. DE LOS ANTECEDENTES Y FORMACIÓN DEL PODER CONSTITUYENTE QUE DETERMINARON LA REFORMA

#### *El acuerdo político Menem-Alfonsín*

Mil novecientos noventa y cuatro resultó ser el año de la reforma constitucional para los argentinos. Se arribó a dicha instancia fundamental con las naturales instancias de tensión política que habían caracterizado los otros eventos institucionales de la misma naturaleza. No fueron menos tensos, ni menos vituperados por la oposición al gobierno los prolegómenos que concluyeron con la denominada por el peronismo “Constitución de 1949”. Reforma ésta que contó con el repudio del radicalismo, por haberse declarado la necesidad de la reforma sin respetar la mayoría de los dos tercios de la totalidad de

los votos de ambas Cámaras del Congreso, y por el contenido autoritario que se le había impuesto a la misma: control cualitativo de los partidos políticos y suspensión de los derechos y garantías constitucionales por decreto del Ejecutivo, sin control de ninguna naturaleza.

Se había instalado el tabú a la reforma constitucional entre los argentinos. Como si todo sistema no precisara de revisión cuando su código de funcionamiento no es respetado por sus principales operadores. En el caso de la Constitución, por los gobernantes y por los gobernados. Ese rezago reformista intentó ser superado por el presidente Alfonsín, durante su gestión restablecedora de la democracia. El Consejo de la Consolidación para la Democracia formuló varias posiciones, las cuales partieron de dos ejes básicos: que el sistema presidencial argentino precisaba ser limitado en su ejercicio exacerbado, a partir de introducirle notas que lo racionalizaran, pero sin abandonarlo en su esencia y presencia histórica; que se robusteciera el federalismo argentino para superar con eficiencia el síndrome de centralismo que desde hace tanto tiempo nos agobia.

A su turno, Raúl Alfonsín había declarado, en documento público, que la reelección presidencial prevista como tema de la reforma no sería aprovechada para su beneficio personal: una cuestión ética impedía que quien había sido electo por un sistema donde se prohibía la reelección, terminara siendo dejado de lado, en su provecho, por el gobernante que impulsaba la reforma.

No fue ésta la impronta del presidente Carlos Menem para impulsar el mismo propósito reformista. Que le interesaba más la reelección que los contenidos institucionales, queda probado fácilmente si se recuerda que, frente a la imposibilidad de obtener los dos tercios de los votos necesarios en el Senado, el gobierno cambió, en horas, su propio proyecto, por el del senador Bravo, cuyo contenido nada tenía que ver con el original del justicialismo, tanto que ni siquiera se instauraba la elección directa del presidente y vicepresidente de la República.

En eso estaba el país, atisbando un plebiscito al margen de la ley o una modificación interpretativa del procedimiento previsto para reformar nuestra ley suprema. Ése fue el momento en que apareció el denominado “pacto de Olivos”, entre el presidente de la República, Carlos Menem, en su carácter de presidente del justicialismo, y el

expresidente Raúl Alfonsín, en su carácter de presidente del principal partido de oposición. El acuerdo fue objetado por un importante sector de la opinión política del país: no había sido abierto, ni participativo de todas las fuerzas políticas; era el pacto de las conducciones de los dos principales partidos políticos del país, que luego lo hicieron ratificar por sus organismos de conducción partidaria. Un sector del radicalismo consideró que el pacto traicionaba las consignas partidarias incluidas en la plataforma del partido, y que debilitaba al partido como oposición con consistencia; otros sostuvieron que, por necesaria que fuera la reforma, el justicialismo no merecería ninguna credibilidad: si ganaba la Convención Constituyente —cosa harto factible— impondría a los argentinos la Constitución a su imagen y semejanza y de sus apetitos de poder receloso del control de gestión republicana.

La polémica política tuvo firmes razones por ambas partes. La oposición radical que, en definitiva, no pudo participar como línea interna no pactista en el proceso electoral de la Convención, y en la Convención misma, tuvo razón de verse dominada por el verticalismo democrático del “estado de partidos”. La fuerte contradicción de nuestro estado de partidos: proclama el pluralismo para que se practique en la política externa de la sociedad, pero no encuentra la forma de que funcione en sus estructuras internas, sobre todo, cuando del poder constituyente se trata.

Es que una reforma de la Constitución nacional precisa de un amplio y suficiente consenso, que está impuesto por el mismo texto del artículo 30 constitucional. No se coloca una mayoría tan amplia, como lo es los dos tercios de la totalidad del cuerpo, si el constituyente histórico no hubiere previsto, y querido, el acuerdo institucional y político de las fuerzas políticas existentes en el Congreso. Ese acuerdo se logró en la calle política, pero también en el Congreso. Se había legitimado el impugnado pacto político —por cerrado y no participativo— por imperio del debate pleno y la votación intachable que se logró arribar en el Parlamento argentino, lográndose una votación que no se registraba desde hacía acaso cien años (en 1898 se habían logrado esos dos tercios).

A partir de allí de la suerte de la reforma estaba en manos de la decisión popular. Y el pueblo votó sabiamente. El resultado de la elec-

ción de constituyentes no le dio al partido gobernante quórum propio para decidir la suerte y el contenido de la nueva Constitución de los argentinos. Seguramente por eso, el acuerdo institucional entre las dos fuerzas políticas no solamente se cumplió en el Congreso, sino en todos sus términos en el ámbito de la Convención reformadora. Eso posibilitó, en definitiva, una reforma votada en su articulación final por la totalidad de los partidos políticos que la conformaron (diecinueve bloques partidarios), así como votada por todos los que asistieron al acto convocado al efecto en el Palacio San José, de Concepción del Uruguay, Entre Ríos, residencia de Urquiza, el principal promotor político la histórica Constitución de 1853.

Esos fueron los prolegómenos de esta histórica Asamblea Constituyente que lograra dejar atrás el mito de la no reforma constitucional en la Argentina. Ese mito que vivió apoyándose en el sofisma de que una norma que es violada o incumplida no debe reformarse, sino mandarse a cumplir a fuerza de hierro. Autoritarismo utópico, en definitiva, invocado a partir de la invocación de la libertad no reformista. Como si la esencia de la libertad no fuera impulsar el crecimiento, y éste no supusiera el cambio de los códigos que la sustentan. Dicho mito también se apoyaba en otro argumento contradictorio desde su única formulación posible: hay que aplicar las normas constitucionales y no reformarlas, aunque dichas normas no estén escritas. Como si se tratara de una Constitución no escrita, la hecha de historia y de costumbres. Lata ignorancia de lo que es nuestra Constitución, de nuestra formación jurídica y de la importancia de tener un sistema normativo que se haga respetar por sus contenidos, pero no por sus incumplimientos.

## II. LA REFORMA DEL SISTEMA POLÍTICO SOBRE LA FORMA DE GOBIERNO

### 1. *Características generales*

La nueva Constitución ha fortalecido la forma republicana de gobierno al hacer más efectivos los controles del Congreso y de los jueces, y de otros órganos de control, como la Auditoría General y el Defensor del Pueblo sobre el Ejecutivo; al fortalecer la tutela de

los derechos a través de una acción de amparo de amplio espectro; al disponer la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos; al impugnar a toda forma de discriminación, como modo particular de afirmar la igualdad ante la ley; al ordenar la publicidad de las leyes como condición de su vigencia.

La reforma ha fortalecido el federalismo al reconocerle a las provincias el dominio originario sobre sus recursos naturales; al otorgarles competencia para firmar tratados internacionales sin afectar la competencia federal; al prever las formaciones para el desarrollo económico; al habilitarlas para formar un organismo federal con competencia para controlar la coparticipación federal; al crear un Banco Federal donde ellas podrán intervenir en su conducción.

Pero además, en la Argentina, la república es presidencial y no parlamentaria, aunque, luego de la reforma de la Constitución ha quedado configurada como una república con presidencialismo atenuado. La atenuación del presidencialismo en el nuevo texto constitucional es una consecuencia de cómo operan en el ejercicio del poder los tres principios básicos que determinaron la reforma en punto a la organización del poder, a saber:

a) Democratización del poder público, porque se estableció la elección directa del presidente y vicepresidente de la República, dejando de lado el elitista sistema, dispuesto en la Constitución histórica, que partía de la base de que el pueblo no podía elegir su destino de gobierno, por falta de capacidad para ello: entonces la ilustrada dirigencia reunida en un colegio electoral era la única que podía acertar en la elección. Si bien en los sistemas parlamentarios, es el Parlamento el que elige al gobierno —no es directa la elección— dicho órgano no desaparece, como ocurre con el colegio electoral; y si bien en el presidencialismo de Estados Unidos se mantienen dichos colegios, las primarias abiertas y el sistema electoral por circunscripciones hacen que el desempeño del presidente tenga mucho más control social.

Como consecuencia de la supresión del colegio electoral desaparece la sobrerrepresentación producida por el piso mínimo de cinco diputados que tiene cada providencia, lo cual hacía que las menos pobladas tuvieran una representación en más de ciento cincuenta electores en dicho colegio. Ello en perjuicio de las cuatro o cinco

provincias más pobladas del país. La elección suprime esa sobrerepresentación en beneficio del pueblo, es decir, de la democracia.

También es una variable democratizadora haber dispuesto que la elección del presidente y vicepresidente sean efectuadas por doble vuelta electoral: si en la primera, la fórmula más votada no logra más del 45%, o si logrando más del 40%, la brecha con la segunda fórmula es mayor de 10 puntos de diferencia. Una forma inequívoca de obtener que el partido gobernante sea votado por una mayoría significativa del electorado.

Haber dispuesto que los senadores sean elegidos por el pueblo, aunque no beneficie al federalismo, porque ellos seguirán sin control (ni directivas ni revocatoria de sus Legislaturas están previstas en el sistema), también implica una mayor democratización del poder público.

Y haber suprimido la exigencia histórica de que el presidente y vicepresidente deban pertenecer a la religión católica, también implica profundizar la democracia del sistema, porque bien es sabido que la democracia implica igualdad de trato, y no poder los judíos, los musulmanes o los ateos ser presidentes de nuestro país era una clara restricción al igualitarismo democrático.

b) La gobernabilidad del sistema, porque haber reducido de seis a cuatro años el periodo presidencial y haber dividido la función de gobierno de la función administrativa, dándole al jefe de gabinete esta última tarea, ha sido dispuesto para que nunca más se repita el golpe de Estado en nuestro país: porque la debilidad crónica de los gobiernos elegidos por el pueblo, que después del primer gobierno de Yrigoyen no pudieron terminar con los seis años previstos, dispondrán de la posibilidad de apelar a una concertación con la oposición, para ocupar un cargo de tanta importancia funcional como debe ser entendido quien estará a cargo de la administración general del país. Si Alfonsín hubiera tenido esa posibilidad, después de su derrota electoral en 1987, no se hubiera visto en la necesidad de adelantar la entrega del mando. Ése es el efecto que se espera de la institucionalización del jefe de gabinete.

La gobernabilidad también se manifiesta al haber previsto en la Constitución la posibilidad, excepcional, de dictar decretos de nece-

sidad y urgencia, instrumentos que si bien no pueden ser aceptados con el abuso que los ha utilizado el gobierno del presidente Menem, no pueden quedar al margen de la previsión jurídica, como los auténticos estados de necesidad por que pasaron Roca y Pellegrini en el siglo pasado, y Alfonsín y Menem, más recientemente, lo han puesto en evidencia.

c) La atenuación del presidencialismo se manifiesta en el incremento de poderes del Congreso y en el mayor control que puedan ejercer los jueces sobre los actos del Ejecutivo. El Congreso ha recuperado la estricta reserva de ley, porque los decretos de necesidad y urgencia no se pueden dictar si aquél no puede “seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes” y en las materias especialmente previstas (penal, tributaria, electoral o sobre partidos políticos). Esa reserva se ha consolidado más aún en favor del Congreso al estarle prohibida la delegación legislativa, salvo en materia administrativa o de emergencia, cambiando una historia de delegación legislativa permanente consagrada por la Corte, a partir del tan negativo caso Delfino (F. 148: 432). En igual sentido, se advierte que el Congreso también podrá controlar las promulgaciones parciales con un procedimiento equivalente al previsto para los decretos de necesidad y urgencia: antes el descontrol era total.

A su turno, podemos señalar que los jueces tendrán posibilidad de anular los excesos legislativos que a diario comete el Ejecutivo. La previsión de esta posibilidad, en relación con los decretos de necesidad y urgencia prohibidos, se hace extensiva a los otros supuestos por aplicación de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Todas estas cuestiones serán estudiadas con mayor detalle cuando consideremos las potestades de los poderes de gobierno.

Pero no menor es la atenuación del Ejecutivo de cara a la posibilidad de una mayor independencia del Poder Judicial, en razón de que la designación de los jueces ya no dependerá, como ha venido ocurriendo, del amiguismo político. A ello le debemos agregar la formidable posibilidad de que una Auditoría General de la Nación, a cargo de un funcionario designado a propuesta del principal partido de oposición, ejerza el control de legalidad y gestión (patrimonial) de la administración pública.

## 2. ¿Cómo ha quedado protegido el orden constitucional y democrático?

“Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos” (artículo 36). Alberdi en su proyecto de Bases había propuesto una norma omitida por los constituyentes históricos: “toda autoridad usurpada es ineficaz, sus actos son nulos”. Necesitamos ciento cuarenta y un años para entender lo imperioso de una norma de esa naturaleza frente al colapso de la política argentina. Si se le hubiera hecho caso a Alberdi, otros hubieran sido los resultados del nefasto golpe de Estado con que el general Uriburu inauguró el tiempo de la desconstitucionalización en la Argentina. La Corte Suprema de Justicia no hubiera podido dictar la Acordada complaciente reconociendo la validez jurídica de la usurpación del poder, como lo hizo. Frente a los hechos consumados, hubiera tenido que intimar a la convocatoria inmediata de nuevas elecciones o su renuncia. No de otra forma se hacen respetar las instituciones de una república.

La nulidad de los actos a los que se refiere la norma no son los actos de gobierno o administración ejecutados de hecho por el gobierno usurpador. Esos actos no pueden dejar de tener validez por el gobierno *de facto*, no puede producir más daño a la gente que el que produce la deposición de sus gobernantes: todas las transacciones realizadas durante los gobiernos *de facto*, salvo las cumplidas en violación del derecho vigente, son válidas, en salvaguarda del principio del respeto por los derechos adquiridos de buena fe, por quienes son ajenos a los hechos de fuerza. Los actos nulos a los que se refiere la norma son sólo los de fuerza que produjeron la destitución de los gobernantes.

Son nulos porque son delitos. Y porque son delitos penados con la sanción prevista para los traidores a la patria (artículo 29), sus autores quedan inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas. El indulto del presidente Menem a las Juntas Militares condenadas por la justicia argentina hubiera sido imposible. En cambio, siempre podrá el Congreso dictar una amnistía general sobre esos actos.



También serán juzgados como traidores a la patria quienes, como consecuencia de los actos de violencia y aprovechándolos, “usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o de las provincias”, resultando responsables civil y penalmente por sus actos. Esto significa que los habituales acompañantes de los golpistas —civiles que lucran con el uso de la fuerza militar— tendrán las mismas penas, resultando “las acciones respectivas imprescriptibles” (artículo 36, tercer párrafo). Como bien puede apreciarse, la disposición de la Constitución según la cual la traición consistirá únicamente en tomar las armas contra la nación, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro (artículo 119), viene a constituirse en un género que comprende el ataque al orden institucional. En todos los casos será el Congreso, por ley, quien determine la pena del delito de traición, pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes (artículo 119).

“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados” (cuarto párrafo). El derecho de resistencia aquí reconocido no podrá significar seguramente que, si la revolución es triunfante, quienes se hubieran resistido no van a ser juzgados por el gobierno usurpador. Que la usurpación pueda crear un nuevo orden de gobierno es un hecho inevitable: bien lo sabemos los argentinos. Pero una vez restituida la democracia, cosa que siempre ocurre, los que hubieren sido juzgados como delincuentes o responsables por su resistencia deberán ser absueltos por imperio de esta norma constitucional.

“Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos” (quinto párrafo). En rigor, esta norma no agrega prácticamente nada al derecho vigente en la república antes de la reforma. Las leyes ya penan como delito a los que se enriquezcan dolosamente. La norma sólo manda que las penas actuales se ajusten a las previstas para los delitos dolosos graves contra el Estado. Habrá que ver si la hipótesis ya no está cumplida. Hubiera que haber dispuesto la inhabilitación perpetua para ocupar cargos públicos, en tal caso la regla hubiera sido trascendente. No tuvimos suerte con esta propuesta en el seno de la Convención.

“El Congreso sancionará una ley de ética pública para el ejercicio de la función (pública, se entiende)” (sexto párrafo). Ésta es una mera expresión simbólica. Los códigos de ética más que sanciones jurídicas deben tener sanciones sociales o impuestas por la conciencia moral de cada individuo. De todos modos, bueno es saberlo, ya hay mucha regulación normativa contra la corrupción. Se puede mejorar pero lo importante, más que todo, será lograr una efectiva aplicación de las reglas que se encuentran en vigencia.

### 3. *¿Cuál es la situación institucional de la capital de la República?*

“Las autoridades que ejercen el Gobierno federal residen en la ciudad que se declare capital de la República por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse” (artículo 3°). Esto significa que no es la Constitución la que indica cuál es la ciudad capital, como lo hacía el texto de 1853, reformado en el 60, sino la ciudad que se declare capital. La función institucional de esta última es ser la sede donde residen las autoridades nacionales: este carácter no puede ser cedido ni modificado, ni en forma transitoria, salvo que se cumpla con el procedimiento previsto en el artículo 3°. Las declaraciones que han solido hacer los gobiernos, en algunas circunstancias, declarando capital, durante un corto periodo de tiempo, a alguna ciudad tienen solamente carácter simbólico.

La reforma de 94, sin embargo, ha decidido que, mantenga o no Buenos Aires su condición de capital federal, ella “tendrá un régimen de gobierno autónomico, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad” (129). Quiere decir que a partir del Estatuto Organizativo de su autonomía institucional, que debe ser dictado por los representantes del pueblo de la ciudad convocados por el Congreso, Buenos Aires gozará de una autonomía de un nivel casi equivalente al de una provincia.

### III. LAS REFORMAS EN EL CONGRESO DE LA NACIÓN

#### 1. *Integración de las Cámaras del Congreso*

La composición y duración de los diputados no fue modificada por la reforma.

En cambio, en la Cámara de Senadores sí, porque ella se compone, a partir de la reforma, de tres senadores por cada provincia y tres por la ciudad de Buenos Aires (si se cambia la capital, ésta no tendrá senadores), elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga mayor número de votos, y la restante al que le siga en número de votos (artículos 45 y 54).

Los senadores con mandato al tiempo de la sanción de la reforma de la Constitución de 1994 duran en sus cargos hasta la extinción de sus mandatos. La bancas que se deban cubrir en 1995 o en 1998 deberán serlo, en lo posible, de modo que correspondan dos al partido mayoritario y la restante al con mayor número de votos en la Legislatura. Esto significa que si ello no es posible, hasta el 2001 se podrán elegir tres senadores de distintos partidos. Lo que no puede ocurrir nunca es que un mismo partido elija los tres senadores por la provincia. Las propuestas en la legislatura pueden hacerse por partidos o por alianzas electorales (cláusulas transitorias cuarta y quinta).

La representación de un tercio obligado de la minoría en el Senado de la nación evitará el control de las votaciones hegemónicas por parte del partido gobernante en dicho cuerpo. Ni la reforma de la Constitución, ni el acuerdo que debe prestar el Senado para la designación de los miembros de la Corte Suprema, ni la iniciativa de la ley de coparticipación federal, ni toda la otra legislación que precisa mayorías especiales de ambas Cámaras resultará fácil de obtener para el partido del gobierno a partir de la actual integración de la Cámara federativa.

#### 2. *Las reformas en el ejercicio de la potestad legislativa*

¿Está permitida la delegación legislativa?

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo [...]” (artículo 76): ésta es la regla general que gobierna la reserva legal

a favor del Congreso en la Constitución. Luego vienen dos excepciones:

a) “en materias determinadas de administración”, es decir, no en materias indeterminadas sino bien precisas, para cumplir un objeto. Como en materia administrativa lo normal es que, a falta de ley, el Ejecutivo puede regular el tema, lo que hace la Constitución es, virtualmente, instar la reducción al máximo de los decretos autónomos y sustituirlos por decretos delegados, que deben, además, tener bases que le fijen límites que deben ser respetados por el Ejecutivo.

b) “en materias determinadas de emergencias públicas”, que tampoco deben ser indeterminadas, y no podrán estar referidas a materias propias de legislación ordinaria, porque lo usual no puede ser considerado emergencia (códigos de fondo, impuestos, tratados internacionales, amnistías generales, fijación de políticas en general y todo tipo de actos de control). El estado de sitio y la intervención federal no son tampoco materia de delegación legislativa, porque, pudiéndose presentar situaciones de necesidad y urgencia, cabrá la aplicación de dicho procedimiento.

Como para ambos casos de excepción, la Constitución exige “plazo fijo para su ejercicio” y que la delegación efectuada fuera del plazo fijado, debiéndose justificar la prórroga para no incurrir en el vicio de nulidad. La exigencia de bases es muy importante, porque habilita al Congreso a controlar cómo se ha ejercido la delegación por parte del Ejecutivo. Se podrá, ahora sí, exigir que en relación con endeudamiento externo se fijen bases que limiten su contratación y pago. La nulidad será siempre posible, porque haberla previsto para el caso de los decretos de necesidad y urgencia significa desmentir la doctrina según la cual el sistema argentino de control de constitucionalidad no permite nulificar, por que implica el efecto derogativo no admitido en el sistema.

Vencido el plazo de la delegación caduca la potestad del Ejecutivo, pero “las relaciones nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación” no caducan (artículo 76, segundo párrafo). La regla se aplica también a la “legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio” si el Congreso no la ratifica dentro de los cinco años de que entre en vigencia la Constitución (octava cláusula transitoria). Como el Congreso no

podrá ratificar delegaciones no permitidas por la Constitución, caducará toda la vasta gama de delegaciones legislativas otorgándole al Ejecutivo la fijación de políticas, como ocurre con la Ley Federal de Educación, entre muchos otros casos.

Como están prohibidas las delegaciones legislativas sin pases del Congreso, ya no podrá el Ejecutivo incurrir en la corruptela de convertir las reglamentaciones ejecutivas autorizadas por el inciso 2 del artículo 99, en una delegación legislativa, “llenando los vacíos de la ley”, como lo ha venido convalidando la Corte desde el caso Delfino. Ardua tarea de control, para jueces y abogados nos espera.

### 3. *¿Cuáles son las atribuciones propias de cada Cámara?*

a) A la de diputados le corresponde también la acusación ante el Senado en el juicio político, estando excluidos del mismo los jueces inferiores de la justicia federal, a quienes les alcanzaba dicho enjuiciamiento en el sistema anterior, a quienes, luego de la reforma, son removidos por un Jurado de Enjuiciamiento.

No ha funcionado en nuestro país el juicio político para los magistrados judiciales, ni se ha utilizado la práctica norteamericana de llegar la justicia penal ordinaria hasta la condena de un magistrado a quien se le encuentra responsable en una causa penal. El mal manejo político del Congreso, tanto para obstruir como para impulsar juicios políticos (como lo fuera la remoción total de la Corte Suprema en 1946), han determinado que la nueva Constitución haya suprimido el juicio político a los jueces inferiores, estableciendo un jurado de enjuiciamiento para su remoción (artículo 115).

b) Al Senado le corresponde en forma exclusiva la iniciativa de la Ley-Convenio de Coparticipación Tributaria (artículo 75, inciso 2), así como la de la legislación que provea el crecimiento armónico de la nación, el poblamiento de su territorio, la promoción de políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones (artículo 75, inciso 19). Se debe entender que la legislación a la que hace referencia este último inciso es la que tiene carácter federal, en los términos que tradicionalmente lo ha reconocido la Corte Suprema.

#### 4. *Sobre el funcionamiento del Congreso*

¿Cuándo comienzan las sesiones del Congreso y cuántas clases de sesiones hay?

Ambas Cámaras se reunirán por sí mismas en sesiones ordinarias todos los años desde el primero de marzo hasta el treinta de noviembre. Pueden también ser convocadas extraordinariamente por el presidente de la República. La ampliación de las sesiones del Congreso era una reclamación unánime de todos los sectores del país, que vienen reclamando, hace mucho tiempo, la modificación de la vetusta cláusula según la cual el Congreso sólo podía trabajar, por propio derecho, cinco meses al año. Cláusula que se explicó el siglo pasado porque viajar desde el interior a Buenos Aires podía insumir hasta dos meses, viajando en carreta.

Al haberse incluido en la reciente reforma que las Cámaras se reúnen por sí mismas en sesiones ordinarias y no haber aclarado la misma potestad para las extraordinarias, éstas sólo las puede convocar el presidente. En cambio, como las sesiones de prórroga son una continuación de las ordinarias, el nuevo texto habilita al Congreso a disponer por sí mismo la prórroga de las sesiones.

#### 5. *¿Cómo funcionan las Cámaras legislativas?*

Como consecuencia de la reforma, el cuadro de mayorías necesarias para producir decisiones válidas ha quedado constituido de la siguiente manera:

- a) Mitad más uno de los presentes (artículo 66);
- b) Mayoría absoluta de los presentes (artículo 53);
- c) Mayoría absoluta de sus miembros (artículos 64 y 85) o mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros, lo cual es equivalente (artículos 36, 40, 75, incisos 2, 3, 24, y 99, inciso 3);
- d) Dos tercios de votos (artículos 66, 70 y 83);
- e) Dos tercios de los presentes (artículo 81);
- f) Dos tercios de sus miembros (artículo 30): equivale a la totalidad;
- g) Dos tercios de la totalidad (artículo 75, inciso 22).

La reforma suprimió del texto histórico la simple pluralidad de sufragios prevista en el artículo 46, al suprimir la elección de los senadores por las Legislaturas.

#### IV. LAS REFORMAS EN EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Luego de la reforma, los proyectos de ley son girados a la respectiva comisión en la Cámara de origen, para su estudio y despacho. Despachado en comisión pasa a la Cámara para su aprobación, que se obtiene por la mayoría absoluta de los presentes (es decir, por la mitad más uno del quórum para sesionar). Lo sancionado por la Cámara de origen pasa a la revisora, quien, por la misma mayoría, lo sanciona, si no tiene observaciones, tras lo cual pasa al Ejecutivo, quien, si también le da su aprobación, lo promulga como ley. Se reputa aprobado por el Ejecutivo todo proyecto no devuelto (no vetado) en diez días útiles (es decir, hábiles).

Pero la Cámara revisora puede efectuar adiciones o correcciones a lo sancionado por la de origen. Si fuera el caso de que fuera desechado totalmente por alguna de las Cámaras, no podrá repetirse su tratamiento en las sesiones de aquel año. Ninguna Cámara puede desear totalmente un proyecto que hubiere tenido origen en ella y luego hubiere sido adicionado o enmendado por la revisora. Pero si fuera el caso de que la Cámara revisora introdujera las adiciones o correcciones, éstas pueden hacerse o por los dos tercios de los presentes o por la mayoría absoluta de los presentes. En tal caso la Cámara de origen tiene dos posibilidades: o aprueba el proyecto con las modificaciones introducidas por la revisora, para lo cual basta con la mayoría absoluta de los presentes; o insiste en la redacción originaria, para lo cual precisa el voto de los dos tercios de los presentes. La Cámara de origen no podrá introducir nuevas adiciones o correcciones a las realizadas por la revisora (artículo 81). En el supuesto de que esta Cámara decida introducirle modificaciones al proyecto, él deberá considerarse como un nuevo proyecto, debiendo comenzar los trámites nuevamente.

Como bien se advierte, la reforma del 94 ha reducido de cinco a tres el farragoso trámite legislativo de la Constitución histórica.

Una trascendente reforma de la Convención de 1994 ha sido establecer que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta” (artículo 82). De este modo, virtualmente se está disponiendo el rechazo ficto de los decretos de necesidad y urgencia. La única excepción a esta regla, dispuesta por la misma Constitución, es la promulgación

ficta de las leyes, cuando el Ejecutivo no lo devuelve en el término de diez días útiles (artículo 80).

El caso de la promulgación parcial también fue introducido en la reforma: en principio los proyectos vetados parcialmente por el Ejecutivo no podrán ser promulgados en la parte restante por dicho poder. Sin embargo, está permitida la promulgación parcial si lo no vetado “tiene autonomía normativa y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad de proyecto sancionado por el Congreso. En este caso será de aplicación el procedimiento previsto para los decretos de necesidad y urgencia” (artículo 80). Vale decir que la Convención de 1994 ha obligado a que la promulgación parcial sea dispuesta con la firma de la totalidad de los ministros y en acuerdo general de Gabinete, debiendo su jefe someterla personalmente, en el término de diez días, a la Comisión Bicameral Permanente del Congreso para su tratamiento (artículo 100, punto 13). Como se encuentra prohibida, en todos los casos, la aprobación tácita o ficta de las leyes (artículo 82), la omisión por parte del Congreso de tratar las promulgaciones parciales de las leyes, habilitará a la justicia para anular el decreto promulgatorio, tal como se encuentra habilitado para los decretos de necesidad y urgencia dictados en violación de la Constitución.

Aprobaciones de leyes en Comisión (artículo 79). Cada Cámara, luego de aprobar un proyecto en general, puede delegar en sus comisiones (en cualquiera de ellas) la aprobación en particular del proyecto, con el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Pero la Cámara podrá, con igual número de votos, dejar sin efecto la delegación y retomar el trámite ordinario. La aprobación en comisión requerirá el voto de la mayoría absoluta del total de sus miembros. Una vez aprobado el proyecto en comisión se seguirá el trámite ordinario. El nuevo procedimiento implica que, en el pleno de la Cámara, ésta puede debatir en general el proyecto (estaríamos en presencia de una declaración decisoria sobre la necesidad de la ley), para que la discusión en detalle y la aprobación del proyecto se hagan en comisión. Pero no está autorizada la delegación de la reglamentación de unas bases legislativas aprobadas en el pleno: la Cámara en su discusión en general ya debe haber considerado una propuesta legislativa integral.



## V. LAS NUEVAS ATRIBUCIONES QUE TIENE EL CONGRESO

### 1. *Económicas y financieras*

a) Legisla en materia tributaria: ha quedado determinado que el Congreso legisla en forma exclusiva los impuestos aduaneros, en tanto que los demás impuestos, los indirectos, los percibe en forma concurrente con las provincias, y los directos por tiempo determinado (artículo 75, incisos 1 y 2). De este modo, la reforma ha aclarado definitivamente las dudas que presentaba la redacción del artículo 4º, cuando habla de las demás contribuciones, como potestad tributaria para formar el tesoro nacional. Ahora resulta claro que esas contribuciones son las especificadas dentro de las reglas del inciso 2 del artículo 75, según el criterio expuesto más arriba.

b) Dicta la Ley de Coparticipación Tributaria, que requiere la mayoría absoluta de cada Cámara, base del convenio que al respecto suscribirá con las provincias (artículo 75, inciso 1). Son coparticipables los impuestos indirectos y los directos en la medida en que el Congreso los fije como impuestos de excepción por tiempo determinado. La Constitución no establece cuántas provincias deben firmar el convenio de coparticipación para que éste entre en vigencia; en consecuencia, se debe entender que el convenio entrará a regir, sin importar cuántas provincias lo firmen, sólo en relación con las firmantes. Las no firmantes conservan sus atribuciones fiscales constitucionales. La remisión de los fondos coparticipables debe ser automática, según lo establece la Constitución.

La distribución entre nación y provincias y la ciudad de Buenos Aires de los fondos coparticipables se efectuará en relación directa con los servicios y funciones que tengan que prestar cada uno de ellos. Se deberán al efecto seguir criterios objetivos de reparto. La distribución será equitativa y solidaria, debiendo dar prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (tercer párrafo del inciso 2 del artículo 75).

El convenio de coparticipación tributaria no podrá ser modificado unilateralmente ni tampoco reglamentado (cuarto apartado del inciso 2 y cláusula transitoria sexta). Esto significa que si el Congreso dis-

pone por ley una asignación especial a favor de una provincia (como ha sido hasta ahora habitual), afectando el fondo de coparticipación (lo cual es natural que ocurra y en forma muy importante), las provincias podrán impugnar dicha legislación como inconstitucional. Como se trata de la violación de un convenio, la ley pierde su carácter material de tal y podrá ser anulada por la justicia. Solamente el acuerdo de las provincias firmantes del convenio podrá convalidar la reducción del fondo coparticipable. Los subsidios que puede acordar el Congreso a las provincias, cuando sus rentas no alcanzaren para cubrir sus gastos ordinarios (inciso 9 del artículo 75) deberán ser atendidos por recursos propios del tesoro nacional.

En materia de asignaciones específicas, el primer párrafo del inciso 2, artículo 75 sostiene que ellas no son coparticipables, esto significa algo muy obvio, porque, como dichas asignaciones no van a formar parte del fondo a distribuir, pues, entonces no son coparticipables. Pero no cabe duda que lo afectan, porque lo achican. En cambio, en el inciso 3 se dispone que el Congreso puede establecer asignaciones específicas de recursos coparticipables, por ley especial aprobada por mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Es obvio que esta norma, al ser la regla especial que rige este tipo de asignaciones, significa que se debe exigir el consentimiento provincial, porque no cabe la modificación unilateral del fondo coparticipable, como ya se señaló.

No podrá haber transferencia de servicios o funciones a las provincias, sin la respectiva reasignación de recursos, con aprobación del Congreso y de las provincias interesadas (apartado quinto del inciso 2).

La Constitución no establece porcentaje fijo para distribuir el fondo de coparticipación. Pero sí dispone que el porcentaje actualmente vigente no podrá ser modificado sin aprobación de la provincia interesada: 57% para las provincias y 43% para la nación. El nuevo convenio de coparticipación se deberá dictar en 1996.

c) Debe crear un organismo fiscal federal de control del régimen de coparticipación (inciso 2 del artículo 75) en dicho organismo deberán estar representadas todas las provincias, y deberá tener competencia de anulación de las violaciones de dicho convenio.

d) Debe proveer al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía, a la generación del empleo y a la defensa del valor de la moneda.

## 2. *De relaciones exteriores*

a) Aprobación de tratados y jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos.

El Congreso aprueba o desecha tratados con las demás naciones y con organizaciones internacionales, así como con la Santa Sede (inciso 22 del artículo 75). Previamente estos acuerdos habían sido negociados y firmados por el presidente, en ejercicio de atribuciones propias. Luego de la aprobación del Congreso el tratado pasa nuevamente al presidente, quien lo ratifica: el acto ratificatorio es discrecional y no puede el Congreso impedirlo. En cambio, el Congreso puede modificar el contenido del tratado negociado por el Ejecutivo, salvo que se tratare de uno de esos tratados que estipulan su aprobación en bloque (procedimiento referendatal). En caso de modificación del tratado por el Congreso, él debe ser renegociado por el Ejecutivo a nivel internacional. Para que los tratados entren en vigor, luego de ser ratificados por el Ejecutivo, se deben canjear o depositar las ratificaciones en las delegaciones diplomáticas de los países firmantes, o en el organismo internacional correspondiente, según sea el tratado bilateral o multilateral.

Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a la ley (inciso 22). De este modo, la Convención de 1994 llevó a la letra de la Constitución Suprema en el caso *Ekdmekdjian c/ Sofovich*. Pero los tratados no tienen jerarquía superior a la Constitución, sino, por el contrario, ésta es suprema sobre los tratados (artículo 27).

Los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional. Esto significa que ellos no forman parte de la Constitución sino que la complementan. Un tratado de estos no puede ser modificado por un tratado que no sea sobre derechos humanos, ni por una ley, de ahí su supremacía sobre el resto del orden jurídico nacional. Los tratados en general no precisan mayoría especial para su aprobación; en cambio, para que un tratado sobre derechos humanos pase a tener jerarquía constitucional precisará dos votaciones: primero para ser aprobado como tal, y en segunda votación para ad-

quirir jerarquía constitucional, pero en este caso requiere el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Para que un tratado sobre derechos humanos con jerarquía constitucional pueda ser denunciado se precisa la misma mayoría que para adquirir esa jerarquía.

La Convención 94 optó por no introducir una regla de carácter general que hiciera referencia a todos los tratados de derechos humanos. Prefirió la enumeración taxativa de nueve tratados: tres de carácter general (uno de Naciones Unidas y dos de la OEA), uno sobre derechos económicos y sociales, uno sobre derechos civiles y políticos, dos sobre eliminación de la discriminación, uno sobre la prevención del genocidio y otro sobre la prevención de la tortura, y, finalmente, uno sobre los derechos del niño. La mayoría de estos tratados tienen diez años de vigencia en nuestro país. Ellos han sido incorporados en la Constitución para adquirir una semirrigidez normativa, pero no para modificarla, además de otorgarles jerarquía sobre las demás normas del ordenamiento jurídico, como ya fuera señalado.

*b) Tratados de integración (inciso 24 del 75).* En aras al logro de la integración latinoamericana, necesaria para el desarrollo de nuestro continente, la Constitución ha previsto la posibilidad de que el Congreso apruebe tratados que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad; es decir, siempre que los demás Estados hagan lo mismo. Ello implica la virtual posibilidad de que la Argentina haga cesión de parte de su soberanía en los referidos organismos supranacionales. Los tratados de integración deben respetar el orden democrático de nuestro país y los derechos humanos. Las normas contenidas en ellos tienen jerarquía superior a las leyes (como todos los tratados en general).

Cuando el organismo trasnacional a crearse fuera latinoamericano, el tratado requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En tanto que en el caso de un tratado de integración con Estados de otro continente, serán necesarias dos votaciones: una para declarar la conveniencia de suscribirlo, que precisa sólo la mayoría absoluta de los presentes de cada Cámara; la otra, para ser aprobado, que precisa la mayoría absoluta de la totalidad de esos miembros. La segunda votación debe producirse después de veinte días del acto declarativo.

La denuncia de los tratados de integración exigirá la votación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso.

### 3. *Sobre población*

a) Debe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos (inciso 17 del artículo 75): esta cláusula no es discrecional para el Congreso. Ella es un imperativo constitucional, de modo tal que dicha preexistencia étnica y cultural ya está dispuesta en la Constitución, resultando inconstitucional su desconocimiento por el Congreso.

Se les garantiza a las comunidades indígenas su personalidad jurídica, de modo tal que aquéllas a quienes ya se les hubiere otorgado pueden interponer el amparo de incidencia colectiva en los términos del artículo 43. Y si aun no tuvieran personalidad jurídica, las autoridades de aplicación no se las pueden denegar. Se les reconoce también “la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”. Es decir, que aquellas comunidades a las que ya se les hubiere otorgado formalmente tierras tendrán un derecho adquirido sobre las mismas; y a las que aún no las tuvieran podrán reclamarlas, sea en el ámbito legislativo provisional (porque difícilmente existan asentamientos indígenas en tierras nacionales), o, frente a la negativa legislativa, ante la justicia, mediante la interposición de una acción de amparo. También podrán requerir otras tierras “aptas y suficientes para el desarrollo humano”, aunque no las estuvieren ocupando tradicionalmente, y será discrecional por parte de las legislaturas concederlo o no; salvo que nos encontráramos ante el caso de una comunidad que no hubiera ocupado tradicionalmente tierras, porque en este caso, demostrada su necesidad en relación con la obligación del Estado de garantizar la identidad de las comunidades, la justicia deberá ordenar su entrega, en una extensión que fuere “suficiente para su desarrollo humano”. Todas estas tierras pertenecen al dominio público, porque no son “enajenables, transmisibles ni embargables o embargos”.

“Las comunidades indígenas tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los

afecten”. Pero ésta es una norma programática que depende de reglamentación legal. Las provincias ejercen en forma concurrente con la nación la atribución de garantizar los derechos de las comunidades indígenas. La nación podrá dictar leyes de bases a tal efecto que deberán ser complementadas o reglamentadas por las provincias.

b) Debe proveer al poblamiento del territorio del país, promoviendo políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y regiones (inciso 19 del artículo 75): ésta sí es letra de la Constitución reformada, como una manera de incrementar el sentido de desarrollo impulsado por la cláusula de la prosperidad a la que hacíamos referencia en el punto anterior. Su texto e inspiración hablan por sí solos: importa mucho más que todas éstas finalidades sean tomadas en cuenta por el legislador nacional.

#### 4. *Sobre cultura y educación*

a) Debe sancionar leyes de organización y de bases (que implican delegación legislativa) en materia de educación (inciso 19 del artículo 75, tercer párrafo): trascendente modificación introducida por la reforma que viene a permitir la delegación legislativa por parte del Congreso a favor de las provincias, quienes podrán complementar las bases legislativas que dictare el Congreso, con leyes complementarias que no se aparten del marco normativo dispuesto por órgano legislativo federal. Entendemos que, como se trata de una delegación legislativa, el Congreso puede exigir que la legislación provincial complementaria le sea remitida para su control, como ocurre con la delegación legislativa al Ejecutivo. Pero si el Congreso no lo exige, la complementación legislativa provincial tendrá plena validez, sometida, solamente, al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

b) Debe “proveer al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria [...]” (inciso 18 del artículo 75), regla incluida en el texto histórico en el marco de la cláusula de la prosperidad, y “proveer a la formación profesional de los trabajadores”, en este caso texto reformado, el cual a nuestro juicio indica que esa formación debe tener carácter organizacional, porque en los tiempos modernos si no se le enseña al hombre a organizar su propio trabajo, se lo deja inerte y objeto de monopolios de todo tipo. También

se deberá proveer a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (inciso 19 del artículo 75). Las restantes prescripciones contenidas en dicho inciso, vinculadas con la educación y la cultura, ya fueron consideradas cuando estudiamos el derecho de enseñar y aprender.

### 5. *Sobre protección de derechos humanos*

El nuevo texto constitucional dispone que le corresponde al Congreso

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

### 6. *En materia federativa*

a) Puede disponer la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires y aprobar o revocar la que hubiera sido decretada durante su receso por el Ejecutivo (inciso 31 del artículo 75): se trata, virtualmente, de la habilitación expresa de un decreto de necesidad y urgencia para disponer la intervención federal, aunque solamente para el caso de receso del Congreso. Estando éste reunido, son de aplicación las reglas generales que, en relación con dichos decretos, establece la Constitución. De todos modos, cabrá siempre la anulación judicial de una intervención federal no ratificada por el Congreso en tiempo razonable.

f) Debe ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital y dictar la legislación especial para los establecimientos de utilidad nacional (inciso 30 del artículo 75). En el primer supuesto esta potestad la podrá ejercer el Congreso cuando la capital no sea la ciudad de Buenos Aires, en caso de que se decidiera el traslado; mientras ello no ocurra, Buenos Aires gozará de un régimen de autonomía que definirá la ley, pero que le ha sido otorgado por la Constitución. En el segundo supuesto, “las autoridades provinciales y municipales conservaran los poderes de policía e imposición sobre dichos establecimientos, en tanto no quedare interferido el cumplimiento de la fi-

nalidad de utilidad que determinó su instalación”. La Convención de 1994 no hizo otra cosa que llevar al texto de la Constitución la doctrina de la Corte del caso Cardillo, donde se le reconocen a las provincias poderes concurrentes con la nación en dichos establecimientos, mientras ello no afecte el cumplimiento de sus fines (F. 240: 311). Pero suprimió la exigencia contenida en el texto histórico de que la nación adquiriría derechos sobre esos establecimientos por “compra o cesión”. ¿Ya no es así? Si hiciéramos esta interpretación significaría que la nación puede “confiscar” (como lo ha venido haciendo con muchos de los recursos naturales provinciales) sin indemnizar a las provincias. La cláusula constitucional según la cual “corresponde a las provincias el dominio originario de sus recursos naturales” (artículo 124) avienta esa posibilidad: sin consentimiento provincial no pueden instalarse nuevos establecimientos nacionales en las provincias. La cláusula del artículo 124 prevalece y gobierna todo el sistema.

## VI. LA REFORMA EN EL PODER EJECUTIVO

### 1. *De su naturaleza y duración*

Ya nos hemos manifestado considerando al Ejecutivo argentino como un “presidencialismo atenuado”. Es atenuado porque, si bien su titular sigue siendo en forma exclusiva, como en la Constitución histórica, el presidente de la República, éste comparte funciones ejecutivas con el jefe de Gabinete y con el Gabinete mismo. Es un Ejecutivo con tripartición de funciones, donde el presidente sigue siendo su titular, con mayor poder relativo en comparación con los otros órganos que lo integran.

En efecto, mientras el presidente mantiene tres jefaturas: es el jefe supremo de la nación, es decir, el jefe de Estado de cara al mundo y a las relaciones exteriores; es el jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país, es decir, que define la política interior del Estado y responde, ante la eventualidad de un juicio político, no sólo por sus actos, sino por el desempeño del jefe de gabinete y de los demás ministros que integran este último órgano; y es el jefe de las fuerzas armadas de la nación. En relación con



el anterior sistema, el presidente ha perdido la jefatura de la administración general del país y la jefatura de la capital federal.

La severa restricción de la potestad legislativa dispuesta por el nuevo texto constitucional —no podrá dictar más reglamentos delegados sin control del Congreso a partir de las bases que le imponga la ley; ni podrá dictar decretos de necesidad y urgencia cuando lo pueda hacer el Congreso; ni podrá promulgar parcialmente leyes, también sin control del Congreso— y el control que desde la oposición podrá realizar a su gestión la auditoría general de la nación, establecen el marco normativo de la atenuación anhelada por el Constituyente. Como siempre, la cuestión será que la Constitución se cumpla, porque las normas dependen de la aplicación de los hombres, en especial de los jueces llamados a controlar su supremacía.

El presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo periodo consecutivo. Si han sido reelectos o se han sucedido recíprocamente no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un periodo.

Esto significa que no se ha seguido en esto el modelo de Estados Unidos, donde luego de una reelección el presidente no puede ser reelecto más: en nuestro país, con el intervalo de un periodo, sí lo puede ser. Asimismo, le está prohibido al vicepresidente que haya sido reelecto, aspirar a la presidencia, como ha sido admitido en Estados Unidos.

## 2. *¿Cómo se elige al presidente y al vicepresidente de la República?*

La reforma ha dispuesto que ellos serán elegidos directamente por el pueblo, en doble vuelta, a cuyo fin el territorio nacional conforma un distrito único (artículo 94). La segunda vuelta corresponderá cuando en la primera vuelta ninguna de las fórmulas hubiera obtenido más del 45% de los votos afirmativos válidamente emitidos (es decir, que no se computan los votos en blanco); o cuando la fórmula más votada en la primera vuelta hubiera obtenido el 40% por lo menos de los votos afirmativos válidamente emitidos y, además, existiere una diferencia mayor de 10% sobre la fórmula que le sigue en número de votos (artículo 98).

La segunda vuelta deberá ser realizada dentro de los treinta días de celebrada la anterior (artículo 96). Como la segunda vuelta es entre las dos fórmulas más votadas, ello implica que no puede haber recomposición de fórmulas.

### 3. *¿Qué requisitos se precisan para ser presidente o vicepresidente?*

Haber nacido en el territorio argentino, ser hijo de ciudadano nativo, habiendo nacido en país extranjero y las demás calidades exigidas para ser senador (artículo 89). Como se advierte, ya la Constitución no exige el requisito de la confesionalidad católica, suprimida en homenaje a la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos. El Pacto de San José de Costa Rica prescribe que todos tienen derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país (artículo 23 c).

### 4. *¿Cuál es el juramento que deben prestar el presidente y vicepresidente?*

Lo harán en manos del presidente del Senado y ante el Congreso reunido en Asamblea, respetando sus creencias religiosas, de desempeñar con lealtad y patriotismo el cargo de presidente (o vice) de la nación y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la nación Argentina (artículo 93). Si los electos tienen creencias religiosas podrán elegir la fórmula de juramento, si no la tuvieren, omitirán el juramento por Dios, pero en lo demás deben respetar la fórmula constitucional.

### 5. *¿Qué atribuciones tiene el presidente de la República?*

Hagamos una clasificación funcional de sus atribuciones en el marco de la Constitución reformada:

a) Políticas: ejerce las tres jefaturas que ya fueron indicadas: como se advierte, el presidente ha perdido, de las cuatro jefaturas que disponía antes, la de la “administración general del país, que ha pasado al jefe del gabinete de Ministros, y la de la capital federal, que será ejercida por un gobernador luego que se dicte el estatuto que organice la nueva autonomía de ese distrito. Pero ahora ejerce, además

de las clásicas jefatura del Estado y de las fuerzas armadas, la del gobierno, que lo faculta a definir la política del país, lo cual incluye también la política administrativa.

b) Legislativas: entre las reformas más importantes que se registran en este rubro figuran las siguientes:

Se encuentra permitida la delegación legislativa, pero solamente en materias administrativas o de emergencia y a partir de bases de la delegación, debiendo controlar el Congreso el cumplimiento de las mismas (es decir, de las bases). De este modo no queda posibilidad de considerar que el presidente pueda seguir dictando decretos delegados en oportunidad de reglamentar las leyes, sin una expresa determinación del Congreso al respecto. La doctrina de la Corte, a partir del caso Delfino, según la cual el presidente puede, cuando reglamenta las leyes, llenar sus vacíos normativos, creando obligaciones no previstas en la ley, ya no tiene fundamento constitucional alguno.

Puede vetar total o parcialmente las leyes o aun promulgarlas parcialmente, según fuera estudiado cuando consideramos la formación de las leyes. Vimos en esa oportunidad la severa restricción que al respecto ha dispuesto el nuevo texto constitucional.

Finalmente, puede dictar decretos de necesidad y urgencia, con el refrendo conjunto del jefe de Gabinete y de todos los ministros, solamente cuando por razones excepcionales el Congreso no pudiera seguir los trámites legislativos ordinarios. Pero no los puede dictar en ningún caso cuando se tratare de legislar sobre materia penal, tributaria, electoral o sobre partidos políticos. Dictado el decreto de necesidad y urgencia, el jefe de Gabinete, en forma personal, y dentro de los diez días, someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de representantes de cada Cámara. Dicha Comisión debe elevar su despacho al pleno de cada Cámara en el plazo de diez días. La Cámara le deberá dar expreso tratamiento de inmediato.

Una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de ambas Cámaras regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso. Es cierto que la propia Constitución debió regular la finalización del trámite. Pero, frente a la omisión del Congreso en hacerlo debe operar la inconstitucionalidad por omisión, con efectos de nulidad, frente a la clara disposi-

ción según la cual “se excluye en todo caso la sanción tácita o ficta” (artículo 82). Y si la ley que se dicte establece dicha sanción ficta no será válida, por las mismas razones. Cuando la Constitución dice que la ley regulará los alcances de la intervención del Congreso, se está refiriendo a la regulación de los efectos de la no ratificación del decreto de necesidad y urgencia, lo cual en caso alguno podrá afectar derechos adquiridos de buena fe.

c) De organización y administrativas. Nombra los magistrados de la Corte Suprema, con acuerdo del Senado, por dos tercios de sus miembros presentes en sesión pública convocada al efecto, de acuerdo con lo establecido por la reforma. Nombra a los demás jueces federales inferiores, con base en una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los magistrados. Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a los magistrados, una vez que cumplan los 75 años. A partir de esa edad, será necesario un acuerdo cada cinco años (inciso 4 del artículo 99).

Por sí solo nombra y remueve al jefe de gabinete y a los demás ministros, a los oficiales de su secretaría (es decir, a los secretarios dependientes de la presidencia y demás funcionarios), y a los empleados cuyo nombramiento no está regulado de otra forma por la Constitución (inciso 7 del artículo 99).

Puede pedirle al jefe de gabinete y a los jefes de todos los ramos y de la administración, y por su conducto a los demás empleados, los informes que crea convenientes, y ellos están obligados a darlos (inciso 17 del artículo 99).

Puede ausentarse del territorio de la nación con permiso del Congreso: para ausentarse de la capital no lo necesita, como ocurriera antes, de acuerdo con una cláusula que había entrado en desuso. En receso de aquél, sólo podrá hacerlo sin licencia por razones justificadas de servicio público (inciso 18 del artículo 99).

d) De seguridad interior. Decreta la intervención federal a una provincia o a la ciudad de Buenos Aires en caso de receso del Congreso, debiéndolo convocar simultáneamente para su tratamiento (inciso 20 del artículo 99). Este tema, que es una novedad en el texto constitucional, será materia más adelante, al estudiar el sistema federal.

En materia de estado de sitio la reforma no ha innovado, de forma tal que el presidente mantiene su potestad de declararlo solamente cuando se trate de un ataque exterior, para luego requerir el acuerdo del Senado, o en receso del Congreso, en caso de conmoción interna, debiendo luego ser ratificado por el Legislativo.

## 6. *¿Qué atribuciones tiene el jefe de gabinete?*

Ejerce la administración general del país (inciso 1 del artículo 100) lo cual significa que es la cabeza de la administración pública. En tal carácter conoce en última instancia en las actuaciones administrativas previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo, particularmente en el recurso jerárquico. La circunstancia de que el presidente sea el responsable político de la administración no le confiere esta atribución: los recursos administrativos están para controlar la legalidad de los actos de la administración y no como control político.

Ejerce los actos y reglamentos necesarios para ejercer sus atribuciones y aquellas que le delegue el presidente, con el refrendo del ministro del ramo al cual el acto o reglamento se refiera (inciso 2 del artículo 100). Se trata de los decretos autónomos que, dictados tradicionalmente por el presidente a falta de ley en materia administrativa, ahora están a cargo exclusivamente del jefe de gabinete.

Efectúa los nombramientos de los empleados de la administración, excepto los que correspondan al presidente (inciso 3 del artículo 100).

Ejerce las funciones y atribuciones que le delegue el presidente y, en acuerdo de gabinete, resuelve sobre las materias que le indique el Ejecutivo (inciso 4 del artículo 100). El jefe de gabinete, por su propia decisión, decide qué materias, entre las que le corresponde dentro del ámbito de su competencia, es necesario que sean resueltas en acuerdo de gabinete (mismo inciso).

Coordina, prepara y convoca las reuniones del gabinete de ministros, presidiéndolas en caso de ausencia del presidente (inciso 5 del artículo 100).

Envía al Congreso los proyectos de Ley de Ministerios y de Presupuesto, previo tratamiento en acuerdo de gabinete y aprobación del Poder Ejecutivo (inciso 6 del artículo 100).

Hace recaudar las rentas de la nación y ejecuta el presupuesto nacional (inciso 7 del artículo 100).

Refrenda los decretos reglamentarios de las leyes, los decretos que dispongan la prórroga de las sesiones ordinarias del Congreso o la convocatoria a sesiones extraordinarias y los mensajes del presidente que promueven la iniciativa legislativa (inciso 8 del artículo 100).

Concurre al menos una vez al mes, en forma alternativa, a cada una de las Cámaras, para informar de la marcha del gobierno, sin perjuicio de las interpelaciones que le pueda hacer cada Cámara (artículo 101). Una prueba más de que el jefe de gabinete es el vocero institucional del gobierno.

Concurre a las sesiones del Congreso y participa en sus debates, pero sin derecho a voto (inciso 9 del 100). Por supuesto que cada Cámara puede indicar que el jefe de gabinete sea acompañado por otro ministro u otro funcionario del Ejecutivo. Esta concurrencia a las Cámaras del jefe de gabinete puede ser voluntaria o consecuencia de una interpelación parlamentaria.

Presenta, junto a los restantes ministros, una memoria detallada del estado de la nación en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos: ello lo hace una vez que se inician las sesiones ordinarias del Congreso (inciso 10 del artículo 100).

Produce los informes y explicaciones verbales que cualesquiera de las Cámaras solicite al Ejecutivo (inciso 11 del 100): esto significa que el Ejecutivo puede ser interpelado en la persona del jefe de gabinete. Así, como ni este inciso, ni el noveno establecen que el jefe de gabinete pueda rendir informes por escrito, ello no será posible salvo decisión expresa de cada Cámara.

Refrenda los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral (inciso 12 del artículo 100). Ya hemos considerado los efectos de la falta de control por parte del Congreso: la posibilidad de que sean anulados por la justicia. Si se sostiene que el vacío normativo de la Constitución está en no haber dispuesto en forma explícita la caducidad ficta, se debe señalar que no se hubiera ganado mucho con ello, porque, como todas las nulidades deben ser declaradas por los jueces, en definitiva la vigencia del decreto depende siempre de la decisión judicial.

Refrenda conjuntamente con los demás ministros los decretos de necesidad y urgencia y los que promulgan parcialmente las leyes, debiendo someter personalmente y dentro de los diez días de su sanción estos decretos a consideración de la Comisión Bicameral (inciso 13 del artículo 100).

Del relato puntual de las atribuciones del jefe de gabinete se desprende que, desde el punto de vista organizacional, dicho funcionario cumple las siguientes funciones:

a) Administrativas: porque tiene a su cargo la administración general del país, dicta reglamentos autónomos, efectúa nombramientos, hace recaudar las rentas de la nación y ejecuta el presupuesto y convoca las reuniones del gabinete;

b) Legislativas: puede expedir decretos reglamentarios por delegación que al efecto le haga el presidente a partir de bases de dicha delegación. Se tratará solamente de decretos ejecutivos, pero no de decretos delegados al presidente por el Congreso. Nadie puede delegar una potestad que no le es propia. Cuando expide decretos autónomos también cumple una función legislativa.

c) De control: refrenda los decretos reglamentarios de las leyes y demás decretos indicados en el artículo 100.

d) De comunicación con el Congreso: es el vocero del Poder Ejecutivo ante el Legislativo. Concorre obligatoriamente una vez al mes al Congreso y cuantas veces desee o sea interpelado. Envía proyectos de ley al Congreso y los lleva personalmente en el caso de los de necesidad y urgencia, de la legislación delegada y de las promulgaciones parciales.

### *7. ¿Quién designa, controla y remueve al jefe de gabinete?*

Lo designa el presidente y puede removerlo a su discreción, como a los demás ministros. Pero el control puntual, acto por acto, del jefe de gabinete no lo puede hacer el presidente: sólo le cabe el control global de su gestión por medio de la remoción. No cabe el recurso de alzada al presidente de lo actuado por el jefe de gabinete.

Puede ser objeto de un voto de censura por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cualquier Cámara. Aquí sí pueden las Cámaras censurar actos o gestiones puntuales, vinculada a una

concreta función de su administración. Con independencia del voto de censura, ambas Cámaras, con el voto de la mayoría absoluta de sus miembros, pueden remover al jefe de gabinete.

#### 8. *¿Es el gabinete un órgano del gobierno con autonomía propia?*

Estimamos que sí, en la medida en que la Constitución le ha conferido atribuciones como cuerpo: refrendar decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada, promulgaciones parciales, aprobar la Ley de Ministerios y el Presupuesto, memoria detallada del estado de la nación. Aunque la Constitución no lo dice, estimamos que, en estos casos, la mayoría para decidir es la unanimidad, porque en ella se habla de “refrendar conjuntamente” (inciso 13), “acuerdo de gabinete” (inciso 6) y “presentar junto” (inciso 10), locuciones todas que denotan una decisión conjunta del cuerpo que no admite disensos. Al gabinete lo preside el presidente de la nación y, en su ausencia, el jefe del gabinete (inciso 5).

### VII. DEL PODER JUDICIAL

#### 1. *¿Cómo han quedado las funciones judiciales luego de la reforma?*

Después de la reforma, la función de contralor del Poder Judicial se debe robustecer a partir de la mayor independencia que tendrán sus integrantes: tanto el papel titular que en tal sentido cumplirá el Consejo de la Magistratura, al intervenir en la selección de los jueces y en el juicio de remoción, como el mayor poder que le otorga la acción de amparo, justifican el acierto que aquí ha sido formulado.

Desde el punto de vista del federalismo, la nueva Constitución permite que la justicia federal tutele la supremacía de la Constitución sobre el derecho de las provincias (artículo 100), en la medida en que podrán los jueces controlar las extralimitaciones provinciales vinculadas a la actividad legislativa complementadora que prevén las nuevas normas constitucionales en varias materias: sobre educación, sobre protección ambiental, sobre pueblos indígenas, sobre recursos naturales, entre otras.



## 2. *¿Cómo está integrado el Poder Judicial Federal luego de la reforma?*

Al Poder Judicial también lo integrará, ahora, un Consejo de la Magistratura, formado por representantes de los órganos políticos resultantes de la elección popular (legisladores o el Ejecutivo), de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. También lo integrarán otras personas del ámbito académico y científico. El número y forma de la designación la determinará la ley.

El Consejo de la Magistratura no es un órgano extrapoder. Forma parte del Poder Judicial, solamente que integrado por dos sectores vinculados a la magistratura (jueces y abogados) y dos ajenos a ella (políticos y académicos). No podría ser que un órgano extraño a la justicia interviniera en su control, administración y selección de jueces: sería una manera inequívoca de afectar su independencia.

## 3. *¿Cuáles son las modificaciones en el procedimiento de designación de los jueces?*

A los miembros de la Corte Suprema los designa el presidente con acuerdo del Senado, pero ahora se precisa el voto de los dos tercios de los miembros presentes (inciso 4 del artículo 99). De este modo el partido o partidos de oposición podrán controlar la trascendente función de integrar al poder máximo de control jurisdiccional que tiene el país: una forma de evitar una Corte complaciente a los dictados del poder político, sin que ello signifique que dicho tribunal no actúe en términos de favorecer la gobernabilidad del sistema democrático, y no bloquee el ejercicio discrecional de las políticas que tiene el gobierno, el cual se encuentra suficientemente legitimado para ello, debido a que gobierna por el voto mayoritario del electorado.

A los demás magistrados los designa el presidente, con base en una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, el cual deberá ser presentado en sesión pública, debiéndose tomar en cuenta la idoneidad de los candidatos (inciso 4 del artículo 99). La votación en el Senado no requiere mayoría especial. La propuesta en terna que haga el Consejo deberá hacerse de acuerdo con el resultado de concursos públicos. La ley deberá re-

glamentar dichos concursos, pudiendo disponer también la creación de una carrera judicial, la cual no deberá estar abierta sólo a magistrados, sino también a todos los abogados, para evitar el vicio de la corporativización judicial.

#### 4. *¿Cuánto duran en sus cargos los jueces?*

Ellos gozan de estabilidad mientras dure su buena conducta (artículo 110), no debiendo cesar en sus funciones sino por muerte, renuncia o jubilación: en esto no ha habido modificaciones por parte de la reforma. El cambio está en que dicha jubilación será voluntaria al cumplir la edad que fije al efecto la ley, u obligatoria, por cumplir 75 años, aunque pueden continuar en sus funciones cinco años más por sucesivos nuevos acuerdos (artículo 99, inciso 4). La razonabilidad del cese a los 75 años está vinculada con la eficiencia que el servicio de justicia debe prestar, porque si bien hay muchas personas que se encuentran en perfecto estado, aquilatado por su larga experiencia, a esa edad habrá otras que por razones de salud ya no puedan desempeñarse del mismo modo como lo hicieron en plenitud. Para evitar el desdoro de un juicio político por mal desempeño basado en razones de salud, la norma de los 75 años facilita el cese automático, sin perjuicio de que las condiciones del magistrado lo hagan merecedor de un nuevo acuerdo.

Otra forma de cesar en la función judicial es el juicio político. Juicio que para los integrantes de la Corte lo hará el Senado, mediando acusación de diputados, de acuerdo con el procedimiento clásico, previsto en los artículos 53, 59 y 60. Los demás magistrados son removidos por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal, en proporción y con el procedimiento que establezca la ley (artículo 115). Pero será el Consejo de la Magistratura quien “decide la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, disponiendo la acusación correspondiente” (inciso 5 del artículo 114).

Como bien se advierte, el Consejo y el Tribunal de Enjuiciamiento han venido a sustituir a ambas Cámaras del Congreso en su función acusadora y de remoción. Ello significa que la naturaleza del nuevo enjuiciamiento de magistrados es equivalente a la del juicio político, habiendo variado solamente la integración de los órganos que lo reali-

zan. Pero con una diferencia fundamental, de acuerdo con lo establecido en forma expresa por la nueva Constitución: el fallo del tribunal será irrecurrible (segundo párrafo del artículo 115). De este modo, la reciente jurisprudencia que disponía la juticiabilidad por parte de la Corte Suprema de los enjuiciamientos políticos, fueran ellos de legisladores o jueces, con fundamento en la violación del debido proceso (Casos Poleman, Graffigna, Llamocas o Lamoega), ya no encuentra fundamento constitucional.

### 5. *¿Qué funciones cumple el Consejo de la Magistratura?*

Cumple las siguientes funciones:

a) De selección de magistrados: para lo cual debe realizar concursos públicos (inciso 1 del artículo 114). Tras lo cual efectúa la propuesta vinculante al Ejecutivo (inciso 2 del artículo 114).

b) Jurisdiccional: decide la apertura del enjuiciamiento de los magistrados inferiores, formulando la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento (equivale a la acusación de Diputados en el trámite del juicio político), puede ordenar la suspensión del magistrado si lo considera conveniente, de acuerdo con la gravedad de la conducta comprobada. También puede aplicarle a los magistrados sanciones disciplinarias por infracción al régimen disciplinario vigente (en forma equivalente a la atribución ejercida hasta ahora por la Corte Suprema). Pero no a los empleados, potestad que conservan los magistrados (incisos 4 y 5 del 114).

c) Legislativa: dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos necesarios para asegurar la independencia del Poder Judicial y la eficaz prestación de servicios de la justicia (inciso 6 del 114). Pero esos reglamentos solamente podrán tener carácter administrativo. El Consejo no tiene competencia para establecer sanciones de ningún tipo, ni de carácter disciplinario; debe respetarse el principio de ley previa; además, no convendrá al sistema republicano que el mismo órgano que aplica la ley la puede crear. Tampoco puede regular normativamente el procedimiento del enjuiciamiento de los magistrados, que solamente puede disponerse por ley.

d) Administrativa: administra los recursos y ejecuta el presupuesto que la ley asigne a la justicia (inciso 3 del artículo 114).

Como bien puede apreciarse, es exagerado sostener que el Consejo tenga el “gobierno” del Poder Judicial. Sólo “gobierna” su administración pero no la función de hacer justicia. Ello liberará a la Corte de funciones que en vez de prestigiarla, entorpecen su desempeño propio.

## VIII. DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

### 1. *La auditoría general de la nación (artículo 85)*

Este organismo de control estará a cargo de un presidente, quien será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. De este modo, la reforma de 1994 ha venido a instaurar en la república la máxima garantía de control posible, en términos de eficiencia: que la oposición controle la gestión económica del gobierno. La auditoría depende del Congreso, pero tiene autonomía funcional, asistiéndolo técnicamente.

La auditoría ejerce el control externo en lo patrimonial, económico y financiero del sector público (administración centralizada y descentralizada), así como el control operativo. Cuando el Congreso deba controlar al Ejecutivo (con motivo de la aprobación de la cuenta de inversión, por ejemplo), deberá sustentar sus exámenes y opiniones en los dictámenes de la Auditoría. Esto significa que si el Congreso aprueba la cuenta de inversión sin tomar en cuenta los dictámenes de la Auditoría, un tribunal de justicia podrá emitir un mandamiento disponiendo que se cumpla la Constitución “sustentando su opinión en los dictámenes de la Auditoría”. La Auditoría ejerce tanto el control de legalidad (cuidar que se cumpla la ley en la aplicación del presupuesto) como el control de gestión de la Administración (es decir, lograr que la aplicación de los fondos presupuestarios cumplan el objetivo previsto en el presupuesto, y no lo frustren por razones formales o por violación de la ley). Dicho control en la aprobación de las cuentas de percepción e inversión de los fondos públicos es necesario.

Una ley, aprobada por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara, reglamentará la creación y funcionamiento de la auditoría. El texto no dice que sea la totalidad de los votos de cada Cá-

para los que se necesitan para la aprobación de la ley; sin embargo, ello debe darse como presupuesto, porque de lo contrario la oposición no dispondrá de poder de control suficiente para que se tomen en cuenta sus criterios, en una ley donde será la oposición, precisamente, quien presidirá el organismo. Sin una ley que facilite el control de la auditoría, la función controladora de la oposición puede quedar desvirtuada.

## 2. *El defensor del pueblo (artículo 86)*

El defensor del pueblo es un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Esto significa que el defensor actuará como un verdadero “mediador” (como el *mediáteur* francés) entre el Congreso y la sociedad, a los efectos de que él pueda hacerse de toda la información necesaria sobre cómo se está desarrollando la administración pública. La función propia de este tipo de funcionarios en los países del mundo donde funcionan (el *ombudsman* del derecho escandinavo) es la de controlar a los funcionarios a través de la “información” pública de su desempeño deficiente: una manera concreta de ejercer el control a través de la información.

“El defensor del pueblo tiene legitimación procesal”, de forma tal que puede interponer todo tipo de acción judicial contra la administración, en caso de que ésta no cumpla la ley: en esto hay una superposición de funciones, de carácter tutelar con el Ministerio Público. Pero, además de poder ir a la justicia, antes de ello el defensor podrá realizar todas las gestiones convenientes, en el ámbito administrativo, para lograr, a partir de sus buenos oficios, solucionar los incumplimientos en la prestación de los servicios a los administrados, que por actos y omisiones produzca la administración.

El defensor será designado y removido por el Congreso, con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada Cámara. Él goza de las inmunidades y los privilegios de los legisladores, y dura en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez. La organización y el funcionamiento de esta institución serán regulados por una ley especial, que no requiere de mayorías especiales.

### 3. *El Ministerio Público (artículo 120)*

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, que tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la república. Si analizamos esta definición constitucional podemos llegar a las siguientes conclusiones:

a) Cuando se habla de órgano independiente con autonomía funcional y financiera, se está diciendo que el Ministerio Público es un órgano extrapoder, es decir, no dependiente de ninguno de los poderes del Estado, tal como quedó dispuesto en la declaración de necesidad de la reforma. Los fiscales no podrán recibir instrucciones vinculantes de ningún poder del Estado.

b) La función de promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad implica la legitimación procesal para estar en juicio cuando lo establezca en forma expresa la ley o cuando los derechos públicos de la sociedad se encuentren desconocidos.

c) Esto último se apoya no sólo en las palabras de la Constitución “en defensa de la legalidad”, sino cuando a renglón seguido el texto agrega y “de los intereses generales de la sociedad”, que no son otros que los “derechos de incidencia colectiva” tutelados en el artículo 45, derechos estos últimos que han llevado al texto explícito de la Constitución el preclaro pensamiento de Bartolomé Mitre, impuesto como cláusula interpretativa de los derechos que surgen de la soberanía del pueblo, al fundamentar el artículo 33.

d) Y cuando el texto dice “en coordinación con las demás autoridades de la república”, no está disponiendo “instrucciones vinculantes”, como ya quedó aclarado, sino, simplemente, que la Procuraduría General de la Nación deberá acordar con los demás poderes públicos (Congreso y gobierno) la política persecutoria del Estado, si fuera el caso de que la ley dispusiera algún tipo de instrucciones por parte del procurador general a los fiscales inferiores.

El Ministerio Público está integrado por un procurador general de la nación y por un defensor general, así como por los demás miembros que la ley establezca. Sus miembros gozan de inmunidades funcionales (entendemos que se refiere a las inmunidades de los legisladores, porque así está dispuesto a favor del defensor del pueblo, no

existiendo razón alguna para establecer diferencias) y de la intangibilidad de sus remuneraciones (cláusula equivalente a la prohibición de disminuir en manera alguna las compensaciones que reciben los jueces: artículo 110).

## IX. SOBRE LAS REFORMAS EN EL SISTEMA FEDERAL

### 1. *¿Qué nuevas atribuciones tienen las provincias en el marco de la nueva Constitución?*

Entre las potestades propias que les confiere la nueva Constitución a las provincias está la de integrar un organismo fiscal federal para controlar y fiscalizar la ejecución de la coparticipación impositiva federal (inciso 2 del artículo 75). En el mismo sentido pueden reclamar formar parte del Banco Federal, o de la regionalización de dicho banco, porque de lo contrario carecería de sentido que se le hubiere cambiado el nombre por una simple razón estética.

La reforma ha definido con mayor claridad, como ya quedó expuesto, las atribuciones concurrentes entre nación y provincias en materia tributaria, pero solamente en el supuesto de que una provincia no adhiriera al pacto fiscal.

En materia de organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales, la reforma de 1994 no hizo otra cosa que ratificar la atribución que en tal sentido ya le reconocía el artículo 14 bis. Se trata de otra atribución de poderes concurrentes. Es también atribución concurrente entre ambas jurisdicciones la de “promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura” (artículo 75, inciso 19, en relación con la nación, y artículo 125, segunda parte, en relación con las provincias). Disposiciones éstas contenidas en la nueva regulación constitucional.

Desgraciadamente, hasta el día de hoy, el federalismo de concentración que ha prevalecido en el país ha hecho que las facultades concurrentes terminen siendo ejercidas en forma exclusiva por la nación, a la manera de un federalismo por desplazamiento, dejando a las provincias solamente potestades remanentes. En tal sentido, la reforma de 1994 ha colocado en mejor situación a las provincias, al

reconocerle la potestad de ejercer el poder de policía en los establecimientos de utilidad nacional, así como el de cobrar sus impuestos en dicho ámbito, mientras no se afectare su finalidad (artículo 75, inciso 30). La Convención Constituyente, con todo criterio, prefirió institucionalizar la buena doctrina del finalismo de los establecimientos de utilidad nacional, seguida por la Corte en el caso Cardillo (F. 240: 311) pero que había sido abandonada en el caso Marconetti (F. 271): 186). Ahora el alto tribunal ya no tendrá excusas para continuar con su errática jurisprudencia.

Las provincias pueden, según la nueva Constitución, crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines (artículo 124). La regionalización que ha sido incluida por la reforma de 1994 no implica una modificación de la prohibición histórica para las provincias de que ellas celebren tratados parciales de carácter político (dicha prohibición subsiste en el artículo 126). No se trata de regionalizar la política del país, sino solamente su economía en pos de un mejor desarrollo económico y social. Por ello, a la hora en que las provincias se dispongan a firmar tratados parciales de carácter regional, éstos deberán apuntar a crear polos de desarrollo: comités de cuencas hidráulicas, ciudades científicas o emprendimientos conjuntos con un objetivo de esa naturaleza.

Con el objeto indicado en el punto anterior, resultará propicio que los órganos regionales que se crearen por aplicación del artículo 124 pudieran tener el carácter de las agencias independientes en Estados Unidos, a través de las cuales el Congreso federal ha descentralizado la gestión administrativa y federativa de toda la nación. Estas agencias o administraciones independientes poseen en el país del norte potestades amplias de reglamentación legislativa, de administración y hasta de jurisdicción. Tradicionalmente consideradas impropias de nuestro sistema institucional, hoy podrán ser impulsadas a partir de la reforma de 1994, en razón de que, por un lado la delegación legislativa está sólo prohibida en relación con el Ejecutivo, de modo tal que no lo está en relación con agencias públicas que pueden ser integradas por variados sectores de la actividad pública o privada; por otro lado, si la Constitución ha pensado en “órganos con facultades para el cumplimiento de los fines de la regionaliza-



ción”, es porque no ha colocado más límites en su creación de los que ha puesto en el resto su normativa (recomendamos la lectura del novísimo libro de Andrés Betancor Rodríguez, *Las administraciones independientes*, Madrid, Tecnos, 1994).

Pueden las provincias concertar políticas y actividad legislativa con el Congreso de la nación, a partir de la posibilidad de que este último efectúe una delegación legislativa a favor de las legislaturas provinciales. En primer lugar, porque ello no está prohibido por la Constitución, como sí lo está, y en forma enfática, en relación con el Poder Ejecutivo (artículo 76). En segundo lugar, porque la propia Constitución prevé el dictado de leyes de bases en materia de educación, y complementarias (que equivalen a las de bases) en materia de protección ambiental y de los pueblos indígenas, dirigiendo dicha legislación de bases a la concertación con las provincias, porque tanto en materia de educación, como de medio ambiente o de los pueblos indígenas, son las provincias las destinatarias de la gestión y administración de los servicios correspondientes. Por lo demás, si los gobernadores son los agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir las leyes de la nación (artículo 128), es obvio que las legislaturas podrán reglamentar y complementar la legislación federal, efectivizando un federalismo de concertación de gran necesidad para el desarrollo argentino.

También pueden 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 al crédito público de la nación, con conocimiento del Congreso Nacional (artículo 124): fuimos de los primeros en nuestro país en sostener que el artículo 107 de la Constitución histórica ya habilitaba a las provincias en el sentido de lo expuesto por el nuevo artículo 124 (ver nuestro libro *Derecho constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1979, p. 653). Ocurre que el mero conocimiento por parte del Congreso resultará un eufemismo, porque si el tratado que firme la provincia afecta el crédito de la nación o facultades delegadas, como dice el artículo 124, el conocimiento se debe convertir en una intervención del Congreso para impedir que una provincia produzca el resultado dañoso que la Constitución quiere evitar. Será necesaria una ley nacional que regule esta importante potestad provincial, no para blo-

quear su ejercicio, sino para proteger a las dos partes del sistema federal argentino: la nación y las provincias.

Y pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común con conocimiento del Congreso (artículo 125), esta cláusula contenida en el texto histórico se ha mantenido con toda razón, porque será su aplicación la que permita impulsar conveniente la propuesta regional planteada por la reforma en el artículo anterior.

## 2. *¿Cómo se ha modificado la intervención federal con motivo de la reforma?*

La intervención federal es un acto ejecutivo del gobierno federal, de carácter no sancionatorio, por el cual se remueve o sostiene a las autoridades provinciales en sus cargos, en caso de hallarse subvertida la forma republicana de gobierno en una provincia, en caso de invasión exterior, de sedición o de invasión de otra provincia (artículo 6°). Se pueden distinguir dos tipos de intervención federal.

En la reforma de la Constitución, esta institución de control federativo solamente ha sido modificada en tanto en ella se define cuál es la autoridad nacional que puede disponer la intervención.

En tal sentido, el nuevo texto dispone que solamente el Congreso de la nación, como potestad reservada, como consecuencia de la regla que en tal sentido ha introducido la reforma de 1994 en el inciso 31 del artículo 75. Solamente en caso de receso del Congreso puede el Ejecutivo disponer la intervención, pero le corresponde al Congreso “aprobar o revocar la intervención decretada” por aquél. Si el Congreso estuviera en sesiones, el Ejecutivo sólo podrá apelar al decreto de necesidad y urgencia cuando fuera evidente la imposibilidad de aquél de seguir los trámites ordinarios legislativos para disponer la intervención (artículo 99, inciso 3).

De este modo, la reforma de 1994 ha venido a dar por terminado la serie de antecedentes negativos que registra la historia de las intervenciones federales en la Argentina. De hecho centenares de intervenciones dispuestas por decreto del Ejecutivo, no obstante que la Corte en el caso Orfila haya dispuesto, como ya lo señalamos, que era función propia del Congreso hacerlo.

### 3. *¿Es justiciable la intervención federal dispuesta por el gobierno nacional?*

Debemos recordar que la Corte Suprema, en el antiguo caso Cullen, sostuvo que la intervención federal era una típica cuestión política, por ende no justiciable (F. 54:420). Pero ahora, luego de la reforma constitucional, si la intervención la dispone el Ejecutivo, no encontrándose en receso el Congreso, es obvio que la medida debe ser anulada por la justicia. Si es dispuesta por el Ejecutivo en receso del Congreso, y éste guarda silencio, también cabrá que la justicia efectúe un control de razonabilidad, con los mismos argumentos que hemos expuesto aplicables al silencio legislativo frente a los decretos de necesidad y urgencia. Pero si la intervención es dispuesta por el Congreso, solamente una muy flagrante contradicción entre el supuesto que invoca el Congreso y la realidad de los hechos podrá otorgarle fundamento al control judicial.

### 4. *¿Qué efectos produce la intervención federal?*

La Constitución guarda silencio frente a esta importante cuestión. Toda ley de intervención debe disponer plazo a la misma, de modo tal que a su finalización se normalice la vida institucional de la provincia. Frente a la consagración de la autonomía municipal por parte de la Constitución reformada, debe considerarse que una intervención federal no puede autorizar a ningún interventor a disponer, a su vez, la intervención de ninguno de los municipios.

La ley debe disponer con precisión los poderes de interventor (a falta de ley general sobre intervención federal), así como los fines que se buscan con la medida. El interventor puede disponer medidas económicas o administrativas de carácter conservatorio, en función de los fines de la intervención (F. 268: 497). El interventor representa al gobierno federal, pero también a la provincia intervenida (F. 54:550 y 206: 341): sus actos obligan a la provincia, siempre que se ajusten tanto al derecho federal como al local, pero si hay contradicción, prevalece el primero. Por el incumplimiento de las funciones del interventor conoce la justicia federal.

## X. LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA CONSTITUCIÓN

La reforma constitucional de 1994 ha venido a consagrar, en forma explícita, la autonomía municipal. El artículo 123 dispone que “cada provincia dicta su propia Constitución [...] asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional político, administrativo, económico y financiero”. Esto significa que la autonomía municipal consagrada en la Constitución es sólo un principio, cuyo desarrollo y especificación depende, a su vez, de lo que dispongan los respectivos poderes constituyentes de cada provincia.

En ese sentido fue parca la reforma. Porque el constituyente no se avino a habilitar, para todos o algunos de los municipios del país, el ejercicio del poder constituyente de tercer nivel, es decir, del nivel municipal, como ya lo tienen decidido varias provincias argentinas (caso de Córdoba, Santiago del Estero, La Rioja, Río Negro). Deberá ser cada provincia quien decida el punto, pero, de todos modos, aun aquellas provincias que no adopten la carta municipal (caso de Buenos Aires después de la reforma de 1994), los gobiernos provinciales no podrán disponer medidas ejecutivas o legislativas no autorizadas expresamente en los textos constitucionales provinciales y, en caso alguno, no podrán esas Constituciones desconocer que las municipalidades son las que dictan sus propias leyes (ordenanzas) por cuerpos legislativos democráticos, y que eligen sus autoridades por el mismo método. Ése es el piso o base normativa implicada en el concepto de autonomía municipal consagrado en la Constitución nacional.

## XI. LA REFORMA AL NUEVO SISTEMA DE DERECHOS

### 1. *Derechos personalísimos*

#### A. *El derecho a la vida*

En el derecho argentino, la vida está protegida a partir de la concepción, tanto por el Código Civil como por el Pacto de San José de Costa Rica y por la reserva de nuestro país a la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional por el inciso

22 del artículo 75. Estas normas no implican definición de una política criminal lógica en materia de aborto. Lo cierto es que, en la Argentina, la penalización de la conducta de la madre que aborta no impide que se produzcan más de trescientos mil abortos por año, cifra record en términos comparativos poblacionales con otros países de mayor población. Esa tremenda cantidad de abortos produce unas mil muertes de mujeres por realizar el tratamiento quirúrgico de una manera clandestina y sin la aplicación de una terapia conveniente. Pareciera que más que una política penal, carente de efectos prácticos, se trata de una cuestión de educación sexual, en un país donde la libertad sexual es muy amplia en la práctica social, pero sin una educación adecuada.

### B. *El derecho a la intimidad*

La intimidad está protegida, como nuevo derecho, en el texto constitucional en relación con el derecho de los periodistas al secreto de sus fuentes de información (artículo 43, tercer párrafo). No proteger esas fuentes puede llevar a la desinformación, porque nadie le dará información a un periodista si sabe que él está obligado a difundir su fuente: eventuales implicaciones judiciales o represalias determinarán que el silencio gobierne la relación periodismo con la sociedad. También el periodista se autocensurará si puede temer represalias como consecuencia de la divulgación de la fuente de donde provino la información. El periodismo no puede convertirse en un cuerpo de soplones de la justicia. Lo cierto es que el único secreto profesional protegido por la Constitución es el de los periodistas, lo cual marca un tratamiento de desigualdad legal frente a otros profesionales —médicos, abogados, sacerdotes— que hubiera sido razonable que también gozaren de equivalente protección.

## 2. *Los derechos colectivos*

### A. *El derecho a la protección del ambiente*

La Constitución establece, como nuevo derecho, que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas sa-

tisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las necesidades futuras; y tienen el deber de preservarlo” (artículo 41). El eje del derecho a la protección ambiental en esta norma está en que el ambiente debe ser sano y equilibrado. Los jueces deberán ordenar estudios de impacto ambiental para poder determinar en qué medida se justifica una demanda dirigida a prohibir una industria o a realizar inversiones apropiadas para que produzcan sin contaminación.

Cuando el artículo 41 establece que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley” no quiere decir que un industrial deba responder por obligaciones a las que no estaba obligado por la ley. Solamente cuando él hubiera incumplido con determinadas obligaciones con motivo de su actividad industrial está obligado a la recomposición o a la indemnización. Asimismo, si la recomposición ambiental ya no es factible, por razones biogénicas, no quedará otro camino que la indemnización, siempre que al industrial le cupiera responsabilidad.

La “prohibición de ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos” es una norma operativa, que difícilmente pueda la ley limitar en su alcance dada la forma clara y explícita en que ha sido formulada. Por supuesto que se trata de una obligación tanto de los particulares como del Estado.

## B. *El derecho de los consumidores y usuarios*

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos” (artículo 42). Esta norma constitucional tiene carácter operativo y podrá ser tutelada a partir de la legitimación que se le reconoce al defensor del pueblo, y las asociaciones de consumidores y usuarios reconocidas (artículo 43). Se afecta la salud si un producto es nocivo y ello no es difícil de probar en el trámite del amparo. Se afecta la seguridad si un servicio es inseguro (un transporte, por ejemplo) y ello tampoco es difícil de probar. Se afecta un interés económico si el contrato de adhesión que un comerciante la hace firmar a quien compra a crédito es “leonino”, y ello también es de fácil comprobación. La doctrina hoy tiene por reconocido que el error y la inexperiencia en los contratos (artículo 954 del Código Civil) se repite con tanta frecuencia que se puede lle-

gar a afirmar que los consumidores son virtualmente incapaces para realizar contratos válidos (Moisset y Espanés).

Los consumidores y usuarios también tienen derecho a “una información adecuada y veraz” acerca de los productos materia de su consumo o de los servicios que se les presta, con objeto de poder determinar la salubridad, seguridad o competitividad de los mismos. Asimismo, tienen derecho a libertad de elección de los bienes que consumen y de los servicios que se les preste, lo cual implica que pueden interponer acción de amparo frente a los vicios de la competencia, a la distorsión de los mercados y al control de los monopolios, que pueden ser naturales (cuando la explotación sólo la puede hacer una empresa: la explotación hidroeléctrica de una usina) o legales (una concesión de un transporte automotor) (artículo 42).

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo [...] a la calidad y eficiencia de los servicios públicos y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios [...] La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Norma ésta que tiene inequívoco carácter programático, pero que define, claramente, la política del Estado en defensa de los consumidores y usuarios.

### C. *Los derechos de los pueblos indígenas*

La Constitución reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Este tema ya ha sido considerado cuando estudiamos las atribuciones del Congreso.

## 3. *Los derechos políticos*

### A. *A formar asociaciones políticas*

Asociarse con fines útiles implica compartir éxitos y desventuras, entre dos o más personas, sin fines comerciales, para no configurar

una corporación de intereses, y sin fines políticos, para no constituir un partido político. La asociación puede tener o no personalidad jurídica, según lo exija la ley. La personalidad jurídica de las asociaciones es un registro legal, con determinación de sus finalidades, para poder asumir la responsabilidad por lo que hace. Para poder estar legitimadas para interponer amparos en defensa de los derechos las asociaciones deben estar registradas y cumplir los requisitos de organización que le marque la ley (artículo 43).

Implícito este derecho en el derecho de asociación durante toda la vigencia de la Constitución de 1853, ahora tiene reconocimiento expreso en el artículo 38.

Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático [...] Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidaturas a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas.

Que sean instituciones fundamentales del sistema democrático significa que son personas jurídicas necesarias reconocidas en la Constitución. Que se garantice su organización y funcionamiento democráticos no significa que se les exija en sus plataformas no promover el cambio de la forma de gobierno o de Estado de nuestra Constitución; pueden haber partidos monárquicos, unitarios o colectivistas, porque el control ideológico de los partidos no está dispuesto en la Constitución. Solamente deben organizarse internamente en forma democrática, respetando la representación de las minorías en sus cuerpos de gobierno. Que sean competentes para postular candidaturas no significa que esté expresamente constitucionalizado el monopolio de las mismas: la ley puede habilitar la existencia de candidaturas independientes cuando políticamente le parezca conveniente al Congreso.

La ley debe garantizar a los partidos un amplio acceso a los medios de comunicación social. Sobre todo porque dicha prensa —no lo escrita— se ejerce como consecuencia de la utilización de magnitudes de ondas que, estando en el dominio público, las reciben en concesión. Mayor razón para tener que sufrir esos medios audiovisuales la carga pública de brindar sus espacios para formar la voluntad



política de la población. Mariano Fraguero, el siglo pasado, ya nos enseñaba que la prensa era como un “crédito público”, que no debía estar gobernada por intereses comerciales. A nuestro juicio, ello vale hoy para la televisión abierta, pudiendo el cable continuar con el régimen comercial que lo rige.

El Estado contribuye (está obligado a ello) al sostenimiento económico del desenvolvimiento de los partidos y de la capacitación de sus dirigentes. Pero no podrá intervenir, a partir de las propias ideas políticas del partido gobernante, en dicha capacitación. El dinero estatal debe ser dado sin condicionamiento alguno. Los partidos deberán dar a la publicidad el origen y destino de sus fondos y patrimonio, para, en el caso de recibirlo de empresas privadas, poder controlar que, una vez llegado al gobierno, el partido no favorezca a sus contribuyentes, en perjuicio de terceros con mejor derecho.

### B. *Los derechos electorales*

Los ciudadanos, a partir de los 18 años, sean nativos o extranjeros naturalizados, tienen el derecho a elegir y de ser elegidos. Es decir, son titulares de los derechos políticos. La “Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en su consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio” (artículo 37). De este modo se ha llevado al texto constitucional los clásicos postulados electorales contenidos en la ley Yrigoyen-Sáenz Peña, producto del acuerdo político entre el caudillo radical y el entonces presidente de la República.

Que sea universal el sufragio implica que tienen derecho al voto todos los habitantes, sin distinción ni discriminación alguna. Solamente no pueden hacerlo los incapaces de hecho (dementes, sordomudos que no sepan darse a entender por escrito y los detenidos o asilados mientras dure su situación) y los incapaces de derecho (eclesiásticos regulares, los conscriptos y los agentes de las fuerzas de seguridad, así como los alumnos de institutos de reclutamiento [Ley 1995]).

Que sea igual el voto implica que cada ciudadano tendrá igualdad de derechos con los demás. Pero el voto podrá ser único o reforzado, según sea el sistema electoral que se aplique: en el sistema mixto

alemán, cada ciudadano tiene dos votos, uno lo aplica a la elección por circunscripciones y el otro a la proporcional.

Que sea secreto, a diferencia del voto cantado, garantiza la reserva de cada ciudadano para votar por quien desee en el cuarto oscuro, sin el temor de sufrir presiones ni represalias posteriores.

La obligatoriedad del voto, una tradición en la Argentina desde 1912 (Ley Yrigoyen-Sáenz Peña), implica garantizar la representatividad de los gobernantes. En Estados Unidos o en Colombia, donde el voto no es obligatorio, no concurren al sufragio mucho más del cincuenta por ciento de los empadronados, dejando la responsabilidad de la formación del gobierno, a las franjas participativas de la sociedad. La voz de los anónimos políticos no está representada en el gobierno.

La Constitución no se ha pronunciado por ningún sistema electoral, siguiendo en esto el sabio consejo de Alberdi, en el sentido de que ese era un tema contingente que no debía estar cristalizado en la rigidez de la ley suprema. En nuestro país se aplica para la elección de legisladores nacionales (diputados y senadores), el sistema proporcional D'Ont (para obtener el cociente electoral se divide el total de votos obtenidos por cada partido, sucesivamente, a partir de la unidad, tantas veces como sean las bancas a cubrir; luego todos los cocientes obtenidos se ordenan en forma decreciente; el cociente que coincida con la división perteneciente al número de bancas a cubrir es el cociente repartidor; luego se divide la cantidad de votos que obtuvo cada partido por el cociente repartidor y el resultado de la cantidad de bancas a cubrir por cada partido. El sistema se aplica desde la elección del presidente Illia en 1963).

La Constitución también establece que “la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral” (artículo 37, segundo párrafo). Y la segunda cláusula transitoria agrega que dichas acciones positivas no podrán ser inferiores a las vigentes al tiempo de sancionarse esta Constitución y durarán lo que la ley determine. De este modo el cupo del treinta por ciento, a favor de las mujeres, en las listas de candidatas de las elecciones nacionales deberá ser respetado sin que la ley pueda bajar dicho porcentaje. Lo que se advierte es

que el cupo beneficia tanto a mujeres como a varones, dejando de lado la desigualdad de trato de la ley vigente.

### C. *Los derechos a la participación social: la iniciativa y la consulta popular*

La gran posibilidad que tenemos los argentinos desde ahora es dejar de ser una sociedad pasiva, como ha sido tradicional entre nosotros, y convertirnos en una sociedad activa y participativa. El amparo de los derechos colectivos es una vía. Las formas semidirectas de democracia es otra. “El Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley”, cuyo resultado tendrá carácter vinculante para el órgano legislativo, porque “el voto afirmativo del proyecto por el pueblo lo convertirá en ley y su promulgación será automática”. “La ley de convocatoria no podrá ser vetada” (artículo 40). Este tipo de consultas —virtualmente un referéndum legislativo— no tiene restricción de materias en el texto constitucional. El voto popular será obligatorio.

La consulta popular puede ser también “no vinculante” cuando así lo dispongan, o el Congreso o el Ejecutivo. En este caso el voto no será obligatorio (artículo 40, segundo párrafo). Lo grave en este caso es que no haya limitación de materias para hacer estas consultas, de modo tal que el Ejecutivo, por un procedimiento no reglado en la Constitución y que depende de una ley, podría consultar sobre su gestión de gobierno y manipular, de tal modo, la voluntad popular ante la inminencia de elecciones generales. Esto, a nuestro juicio, es impropio del sistema democrático, y la ley debe restringir con precisión esta potestad del Ejecutivo, para no caer en los excesos de bonapartismo.

La nueva Constitución ha institucionalizado una forma muy concreta de petionar a las autoridades: la iniciativa popular (artículo 39). A través de ellas los ciudadanos pueden presentar proyectos de ley ante la Cámara de Diputados (no cabe su iniciativa ante el Senado). El Congreso le debe dar expreso tratamiento al proyecto dentro de los doce meses de concluida la recolección de las firmas. El procedimiento para presentar la iniciativa popular no está reglado en la Constitución: una ley del Congreso lo deberá hacer, pero no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional en las fir-

mas a recolectar; también se indica que la ley deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa (debió decir “en las firmas para suscribir la iniciativa”).

La Constitución prohíbe iniciativas populares sobre leyes en materia de reforma constitucional, en tratados internacionales, sobre tributos y presupuesto, y en materia penal (segundo párrafo del artículo 39). Ningún justificativo existió para restringirle al pueblo su derecho de iniciativa en esas materias. Debió haberse reconocido este derecho sin limitación alguna. De todos modos el Congreso debe tratar el proyecto, pero no está obligado (las iniciativas no son vinculantes) a darle aprobación.

#### *D. Los derechos públicos subjetivos de la sociedad en la nueva Constitución*

La nueva Constitución se ha hecho cargo de estos conceptos, cuando ha dicho que al Congreso le corresponde proveer lo conducente al desarrollo humano y a la formación profesional de los trabajadores, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento (primer párrafo del inciso 19, del artículo 75). La formación profesional que no enseñe a los trabajadores a organizar su actividad, su desarrollo humano y su productividad, será una formación extrañada de las necesidades de nuestro tiempo.

La libertad de enseñar implica la libertad y el pluralismo de cátedra. Libertad de aprender implica no ser obligado a recibir una enseñanza determinada. Ambas libertades repudian el totalitarismo educativo y el monopolio cultural. Pero esta libertad no es absoluta, de modo tal que el Congreso puede planificar la educación y establecer exigencias curriculares de estudios, como condición para obtener la promoción en cada etapa del aprendizaje.

La organización de la educación se encuentra en la Constitución gobernada por los principios de descentralización y de autonomía. Las leyes federales sobre educación deben consolidar la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales (municipales). El Congreso debe dictar leyes de “organización” y de “base” y bases legislativas que deberán ser complementadas por leyes provinciales. La organización de esos órganos federales podrá disponer que los mismos tienen amplias competencias legislativas (no olvide-

mos que está prohibida la delegación legislativa a favor del Ejecutivo, pero no a favor de órganos descentralizados, como pueden ser los de educación), administrativas y jurisdiccionales, de acuerdo con un análisis de conveniencia competencial. Dichas leyes de organización y de base deben asegurar la responsabilidad indelegable del Estado en materia de educación (no es delegable la planificación de los contenidos mínimos y el control de eficiencia del sistema); también deben asegurar la participación de la familia y de la sociedad (en la educación informal), sin discriminación alguna (artículo 75, inciso 19, tercer párrafo).

Enfáticamente la Constitución establece que el Congreso debe “garantizar los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal”. Garantizar significa la máxima tutela que el derecho dispensa a los derechos (el amparo); principios es como decir derechos (Hauriou enseñó que los derechos constitucionales se formulan como derechos), gratuidad y equidad implica no sólo no pagar sino recibir apoyo del Estado para poder subsistir durante el tiempo del aprendizaje. Además, equidad significa que deberá pagar el que tiene dinero, por razón de solidaridad, y no pagar el que no tiene, por necesidad de crecimiento, no sólo de cada individuo, sino de todo el país. La gratuidad y equidad está garantizada para todos los niveles de la educación, porque la Constitución no hace distinción de ningún tipo.

También está garantizada constitucionalmente la “autonomía y autarquía de las universidades nacionales”. Esto significa que las universidades nacionales (no las privadas) pueden dictarse sus propios estatutos, dentro de las bases organizacionales que dicte el Congreso. No cabe más el recurso jerárquico ante el Poder Ejecutivo para apelar de las decisiones finales de las autoridades universitarias: sólo habrá apelación judicial. El Estado sólo podrá controlar la aplicación de los recursos públicos presupuestados que se les transfiera a las universidades, pero no los propios obtenidos por su propia cuenta (esto es lo que implica la autarquía universitaria). Pero el Estado no podrá resignar su “responsabilidad indelegable” de sostener a las universidades nacionales, como le marca la Constitución en relación con toda la educación (artículos 75, inciso 19, tercer párrafo).

Las leyes deben proteger la “identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor (no las que estén

en el dominio público, que pueden ser restringidas en su circulación), el patrimonio artístico y los espacios culturales (el de la literatura, del teatro, de la danza, de la escultura, de la pintura, entre otros) y audiovisuales” (cuarto párrafo del inciso 19 que estamos comentando). Es decir, que la Constitución habilita al Congreso a legislar sobre medios de comunicación social, de cara al nuevo tiempo en el que estamos instalados, donde gobierna la imagen, no la idea, tiempo de la cultura de la “animalidad”, del videopoder (Sartori), donde los intereses económicos prevalecen sobre los culturales instalando la más tremenda de las censuras de nuestro tiempo (Octavio Paz).

### E. *El derecho a la nacionalidad y a la ciudadanía*

La nacionalidad es la relación social en virtud de la cual los integrantes de una población se identifican como partes de un grupo social común. La nacionalidad está determinada por la unidad de lengua, la comunidad de costumbres y de tradiciones, el sentimiento religioso, un destino e intereses comunes. La nacionalidad genera a la nación como titular de la soberanía, que la ejerce el pueblo en forma originaria. Dentro de esa nación cada uno de sus integrantes tiene derecho que se reconozca un derecho a la nacionalidad, si es argentino nativo o por opción, a la naturalización, si es extranjero, o a la ciudadanía con objeto de ejercer los derechos políticos o electorales.

En ejercicio de su soberanía, “la nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte del territorio nacional” (primera disposición transitoria). Esta disposición reivindicativa de los legítimos derechos de nuestro país frente al usurpador británico tiene el carácter de transitoria, precisamente, porque deja de tener vigencia cuando se produzca la efectiva recuperación de esos territorios. Dicha recuperación, respetando el modo de vida de sus habitantes (los isleños) y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

La reforma constitucional modificó, entre las atribuciones del Congreso, aquella que decía que a él le correspondía dictar leyes sobre naturalización y ciudadanía, suprimiendo esta última expresión por “nacionalidad”, por entender que el texto histórico al hablar de ciu-

dadanía había querido decir “nacionalidad”. Pero se agregó que, además del principio de “nacionalidad natural” al que debe sujetarse la legislación, debe hacerlo al de la “nacionalidad por opción en beneficio de la argentina”. Esto ha significado llevar a nivel constitucional la previsión de la antigua Ley 346, aún vigente, según la cual son argentinos, además de los nacidos en el territorio de la república, los hijos de nativos que habiendo nacido en el extranjero optasen por la ciudadanía de origen, es decir, por la de cualquiera de sus padres si nacieron en la Argentina (F. 199: 165 y 179).

La cláusula constitucional agrega que el reconocimiento de la nacionalidad por opción se hace “en beneficio de la argentina”, lo cual significa que no podrá invocarla un argentino nativo, por el hecho de que sus padres fueran extranjeros.

#### F. *El estado del bienestar o estado de prestaciones*

La nueva Constitución le agrega a los loables propósitos de la Constitución histórica de que el Congreso deba proveer a la prosperidad del país, la condición de que dicha intervención sean para “proveer lo conducente al desarrollo humano”, de modo tal que el desarrollo económico no puede afectar nunca el desarrollo del hombre, una suerte de “desarrollo sustentable”, como lo han calificado los ecologistas. Además “el progreso económico” debe ser logrado “con justicia”, valor cimero que marcará el sentido de toda la legislación que dicte el Congreso.

También la intervención del Congreso en la economía debe tener la finalidad de lograr “la productividad de la economía nacional”, lo cual es obvio y no necesario de haberlo señalado, así como “la generación de empleo”, en términos de pleno empleo, por supuesto, y “a la defensa del valor de la moneda”. Este desarrollo predicado y buscado por la Constitución mediante la intervención del Congreso debe estar dirigido al “crecimiento armónico de la nación y al poblamiento de su territorio” para lograr el objetivo que de inmediato fija el propio texto constitucional: “equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” promoviendo “políticas diferenciadas” que lo hagan posible (prescripciones todas del inciso 19 del artículo 75).

## XII. LAS GARANTÍAS DE LOS DERECHOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

### 1. *El amparo de los derechos*

Si no estamos frente a una incompatibilidad normativa, caso de la inconstitucionalidad que ya fue estudiada, sino de un obstáculo de hecho que impide el ejercicio de un derecho, la supremacía de la Constitución está tutelada no por la declaración de inconstitucionalidad sino por la acción de amparo.

Sin embargo, la nueva Constitución sancionada en 1994 permite que en el caso, es decir, en el trámite de una acción de amparo, el juez pueda declarar la inconstitucionalidad de la norma que funde al acto u omisión que lesione el derecho constitucional que se pide el juez restituya en su plenitud de ejercicio (artículo 43). En cambio, la todavía vigente Ley 16896, en su artículo 2º, no permite la declaración de inconstitucionalidad en el trámite de la Ley de Amparo, de modo tal que frente al nuevo texto constitucional se ha tornado inconstitucional. La nueva regla del artículo 43 no hizo otra cosa que llevar a nivel de ley escrita aquello que ya la jurisprudencia había venido declarando, si bien sin mucha claridad ni persistencia, en el caso Outon de 1958 (F. 267: 215) y en el más reciente caso Peralta (*El Derecho*, 7726). Debe quedar claro que esta posibilidad de procedencia de la declaración de inconstitucionalidad en el trámite del amparo no significa que en nuestro país esté habilitada la acción directa de inconstitucionalidad: sólo procede en un trámite judicial abierto, en este caso en un amparo.

Veamos los supuestos de amparo previstos en el artículo 43 de la Constitución.

### 2. *El amparo de los derechos individuales*

1) En primer lugar tenemos el amparo de los derechos individuales, cuando toda persona, física o jurídica, y no existiendo otro medio judicial más idóneo, se encuentre con que un acto u omisión de cualquier autoridad pública (administrativa, legislativa o judicial), o de particulares hubiera producido, en forma actual o inminente (vale decir que está previsto el amparo preventivo), una lesión a un derecho de



la Constitución, de un tratado o de una ley. Esto significa que también cuando los actos administrativos desconozcan los derechos contenidos en los tratados internacionales o en las leyes de la nación, o cuando no cumplan, simplemente, con una ley, ello dará derecho, no existiendo otra vía apta de reclamación, para utilizar la vía rápida de la acción de amparo con objeto de gozar plenamente del derecho desconocido.

Es que los administrados no tenían en la Constitución histórica una protección explícita de sus derechos, pues la Constitución hablaba sólo de los derechos de los habitantes. Y siendo la burocracia administrativa el ogro devastador del Estado moderno, mucho más en la estatizada Argentina que supimos desestabilizar, era obvio que el amparo frente al desconocimiento de la ley tuviera reconocimiento constitucional. De aquí en adelante los jueces podrán, sin temor de excederse en sus competencias propias, emitir mandamientos de ejecución, como ocurre desde antaño en el derecho anglosajón, para hacer cumplir las leyes de la nación cuando el servicio administrativo las incumple.

También está previsto el amparo por omisión de cualquier autoridad pública: del legislador, cuando no dicte una ley que en forma imperativa le manda dictar la Constitución, pudiendo el tribunal interviniente disponer actos reglamentarios, aplicables sólo al caso, dirigidos a facilitar el ejercicio del derecho previsto en la Constitución y no reglamentado por el legislador. Eso hizo la Corte argentina, en el caso *Ekdmekdjian c/ Sofovich*, cuando, frente a la no reglamentación legal del derecho de réplica consagrado en el Pacto de San José de Costa Rica que es ley para los argentinos, dispuso como se debía proceder para que la persona afectada en su derecho de réplica pudiera desagradiarse públicamente. Recordemos que en el programa televisivo que conduce Sofovich, el escritor Dalmiro Sanz se había expresado sobre Jesucristo y la Virgen María con términos que Miguel Ekdmekdjian (a la sazón profesor de derecho constitucional) consideró agraviantes en su condición de católico.

### 3. *El amparo colectivo*

2) En segundo lugar está previsto el amparo colectivo de los derechos públicos que tiene la sociedad como ente moral o colectivo

(Mitre, en su arenga en la Convención de 1860), frente al Estado o grupos sociales que afecten los derechos de incidencia colectiva. De este modo la nueva Constitución le otorga reconocimiento a los impropriadamente denominados “intereses difusos” que cada ciudadano tiene en razón de pertenecer a un grupo social: como vecino para defender el ambiente, como consumidor para defenderse de los a menudo contratos leoninos contenidos en formularios que los consumidores nunca leen, como usuarios de los servicios públicos para defenderse de las tarifas erróneas o excesivas que las empresas concesionarias suelen pasarle, como jubilados para luchar en grupos por legítimos derechos, lo mismo que como docentes, alumnos, trabajadores, excombatientes de Malvinas, o como pueblos indígenas o discriminados (mujeres, menores desnutridos, o diversas clases de discapacitados), es decir, como integrantes de los múltiples grupos que integran la sociedad. El artículo 43 hace expresa referencia a los discriminados de cualquier forma, a los afectados por la violación del medio ambiente, a los usuarios o consumidores, pero en forma especial a las asociaciones registradas que propendan a la defensa de los derechos de incidencia colectiva, luego de que una ley determine los requisitos y formas de organización de esas asociaciones.

Resulta claro que la Argentina, con esta legitimación asociativa de las asociaciones representativas de grupos o sectores sociales que pueden ver desconocidos sus derechos, ingresa al primer mundo de la democracia social participativa. Es que, como observó con gran clarividencia Tocqueville en su obra cumbre *La democracia en América*, los norteamericanos consolidaron su democracia a partir del notable desarrollo que en esa sociedad tuvieron las asociaciones intermedias como agentes de control, tanto del Estado como de las corporaciones de interés. En la Argentina pasó exactamente lo contrario: fuimos individualistas cerriles y corporativos, por eso la ley nunca pudo cumplirse en beneficio de la sociedad como un todo, sino en beneficio de las corporaciones de interés. Ahora, con el nacimiento del amparo colectivo, se abre una gran esperanza de democracia participativa en nuestro país, para dejar de ser una sociedad pasiva y entrar en el dinamismo de las sociedades activas.

Si el Congreso demora en demasía la reglamentación legal de esas asociaciones para que puedan estar en juicio en defensa de los de-

rechos de incidencia colectiva, pues tribunales de justicia no podrán reconocer habilitación a toda aquella asociación que, gozando de personalidad jurídica, tengan en su finalidad institucional reconocida la misión de defender los derechos de los sectores grupales incluidos en la protección constitucional. Lo contrario importaría negar la supremacía de la Constitución por la simple voluntad omisiva del legislador.

#### 4. *El habeas data*

3. El *habeas data*, una novísima institución en el derecho argentino. Este tipo de amparo protege la intimidad y buena imagen de las personas, permitiéndoles tomar conocimiento de datos referidos a ella, cuando constaren en registros públicos o privados destinados a proveer formas, a los efectos de exigir su supresión, rectificación, confidencialidad o actualización, cuando los datos fueran falsos o estuvieren anotados con una finalidad discriminatoria (apartado tercero del artículo 43). Se trata de evitar que los registros que lleva la administración pública, sea civil o de los servicios de seguridad, tengan constancias sobre cada ciudadano que sean usadas, o puedan serlo, en perjuicio de ellos, en el supuesto de falsedad de los datos o, aun siendo verdaderos estuvieran anotados para discriminarlos en su perjuicio, por razones de raza, religión, opiniones políticas, o de cualquier otra índole, según reza el artículo 1° del Pacto de San José de Costa Rica.

También se trata de evitar que bancos de datos privados destinados a proveer informes, caso de las bolsas de trabajo o de las agencias de colocaciones que llevan registros de los antecedentes laborales de quienes buscan trabajo, contengan datos falsos o discriminatorios. En el mismo sentido, los registros de antecedentes comerciales que dan informes a las instituciones bancarias con motivo de tramitar un crédito. En estos casos el particular tendrá el derecho de corrección que le reconoce el artículo 43 o de solicitar que los mismos no se divulguen; es decir, que se respete la confidencialidad de los datos personales. Sabido es que los registros de datos no pueden tener anotaciones sobre la religión, la raza, o las opiniones políticas o filosóficas de las personas, pues la pertenencia o posesión de los mismos no puede autorizar ninguna discriminación en su perjuicio.

## 5. *El habeas corpus*

4. El *habeas corpus* es la tradicional protección jurídica, nacida del derecho inglés, según la cual cuando la libertad física (ambulatoria) se encontrare lesionada o amenazada, puede ser interpuesta por el afectado o por cualquier persona en su favor a los efectos de que el juez resuelva de inmediato sobre su situación.

La reforma en este tema fue hacer explícito lo que siempre se consideró implícito en la prohibición de arresto sin orden escrita de autoridad competente (artículo 18). Además, extendió la protección al caso de agravamiento ilegítimo en la forma y condiciones de la detención, así como al supuesto de desaparición forzada de personas. Nueva norma de nuestra Constitución que ha venido a recoger, tratando de que no se repita en el futuro, la triste historia sobre desaparición de personas vivida en el país en tiempos recientes. También procederá el *habeas corpus* durante el estado de sitio, norma constitucional que no ha hecho otra cosa que reiterar lo ya regulado por la ley nacional en la materia (número 23098).

Debemos señalar que, como la legislación procesal es materia de competencia reservada a las provincias, en el caso de que se trate de procedimientos dirigidos a tutelar los derechos constitucionales o legales, también le compete a la nación dictar su propia legislación. Caso típico de una competencia legislativa concurrente entre nación y provincias. Se impone la siguiente pregunta: ¿prevalece siempre la ley nacional de amparo sobre la provincial? No, solamente prevalecerá si el procedimiento es más favorable al titular del derecho afectado. En caso contrario, prevalece la legislación provincial.