

Conceptos

Dossier

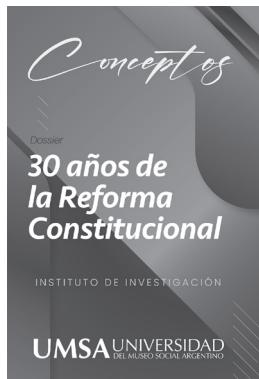
*30 años de
la Reforma
Constitucional*

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN

UMSA UNIVERSIDAD
DEL MUSEO SOCIAL ARGENTINO

CONCEPTOS

**Boletín de la Universidad
del Museo Social Argentino**
Av. Corrientes 1723
C1042AAD – CABA
Tel. (54-11) 5530-7600
Fax: (54-11) 5530-7614
Sarmiento 1565
C1042ABC – CABA
Tel. (54-11) 5217-9401/02
E-mail: conceptos@umsa.edu.ar
Año 99 / N° 522 / Diciembre 2024



AUTORIDADES

Rector Emérito
Dr. Guillermo E. Garbarini Islas †

Rector
Dr. Eduardo E. Sisco

Vicerrectorado de Posgrado e Investigación
A cargo del Sr. Rector

Secretario General
Lic. Aníbal C. Luzuriaga

Facultad de Artes

Decana Lic. Alejandra Portela

Facultad de Ciencias Económicas

Decano Dr. Luis del Prado

Facultad de Ciencias Humanas

Decano Lic. Gustavo Mäusel

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Decano Mag. Mariano Cúneo Libarona

(en uso de licencia)

Facultad de Lenguas Modernas

Decana Lic. Fabiana Lassalle

Instituto de Investigación

Director Ernesto R. B. Polotto

Secretaría Académica

Lic. Leandra Martínez Rodríguez

Director de publicación

Dr. Ernesto R. B. Polotto

Secretario de Redacción

Dr. Eduardo Tenconi Colonna

Traductora
Mag. Cristina De Ortúzar

Editor responsable
Museo Social Argentino

Sumario

Editorial

Juan Luis Amestoy

7

La trama política de la reforma

Federico Gabriel Polak

15

El artículo 41 de la Constitución Nacional a 30 años de su sanción. Reflexiones a partir del fortalecimiento del Estado de Derecho Ambiental

*Samanta Claudia Burgos
y Cristina C. Marín Henríquez*

51

Desarrollo y ambiente

Carlos Antonio Romano

79

1994: el último momento estelar de la política argentina

Juan José Herrero Ducloux

101

La potestad sancionatoria interna o disciplinaria. Con especial referencia al principio de taxatividad legal

María José Rodríguez

143

Núcleos ideológicos y aspectos políticos y educacionales en las reformas a la constitución de la provincia de Buenos Aires de 1990 y 1994

Fernando R. Klappenbach

227

La reforma del proceso administrativo 1994 – 2003. Lo hecho, lo frustrado y lo que resta por hacer

Carlos A. Botassi

277

El artículo 75 inciso 22: la incorporación de los instrumentos de derechos humanos y el discurso de odio

Miguel Oscar Berri

339

La responsabilidad por el contenido de los artículos es exclusiva de sus respectivos autores.

Editorial

*Por Juan Luis Amestoy**

En este número *Conceptos* se celebran los treinta años de la Reforma Constitucional de 1994, que fuera el producto del llamado Pacto de Olivos, suscripto en el año 1993 entre el doctor Carlos S. Menem y el doctor Raúl R. Alfonsín, líderes de los partidos mayoritarios en ese momento. Si bien las partes mencionadas precedentemente tenían objetivos diferentes, el acuerdo fue posible y la reforma también.

Sin perjuicio de lo expresado anteriormente ni restarle importancia, la ley que declaró la necesidad de la reforma fue criticada desde el inicio por haber establecido el núcleo de coincidencias básicas, que debía aprobarse o rechazarse a libro cerrado, lo cual implicaba una fuerte limitación a la Convención Constituyente.

Las reformas encaradas se establecieron, tanto en la primera parte de la Constitución como también en lo que hace a la organización y el ejercicio del poder establecido, en la segunda parte.

Considerando concretamente los cambios incorporados en la primera parte, puede apreciarse que estos estuvieron direccionados por un lado, a la incorporación de nuevos derechos y por otro, a establecer medidas de carácter institucional y a jerarquizar otras ya existentes. En este punto se percibe que por lo menos para un sector, la república y las instituciones resultaban primordiales en esa

instancia. No es menos importante recordar que en el momento en que se realizó la reforma la nueva democracia restablecida tenía pocos años y mucho para recorrer.

Entre las nuevas normas incorporadas se ve el artículo 36 que incorpora fuertes sanciones para quienes participaran en actos que conlleven a la interrupción del orden democrático y a los actos que se emitieran en su consecuencia. En otro sentido como instituciones de democracia indirecta se establecen la iniciativa y la consulta popular.

Por otro lado, y en el ámbito también de la primera parte de la Constitución se incluyen, como medio para jerarquizarlas, a las garantías constitucionales ya existentes, como el amparo y el *habeas corpus*, y la nueva *habeas data*, al igual que la inclusión de los partidos políticos que ya contaban también con su régimen propio.

En la segunda parte, son amplias las reformas incorporadas en los tres poderes del estado. Comenzando con el Poder Legislativo, en él se incorpora un tercer senador por las provincias, posibilitando así la representación política de las minorías y al mismo tiempo reduciendo sus mandatos y ampliando el período de sesiones ordinarias. Asimismo, dispone la incorporación en el artículo 75 inc. 22, una serie de tratados sobre derechos humanos y la posibilidad de agregar otros en el futuro.

En el mismo sentido de la jerarquización de algunas instituciones, se incorporan al texto constitucional

la Auditoria General de la Nación y el Defensor del Pueblo, que ya estaban establecidas mediante las respectivas leyes anteriores a 1994.

Finalmente, en el espacio del Poder Ejecutivo, a este se le reduce la duración del mandato a cuatro años con la posibilidad de una sola reelección, mediante el voto directo de la ciudadanía en doble vuelta, con lo cual se daba respuesta a una de las prioridades de esta reforma constitucional. En el mismo ámbito, se crea la figura del Jefe de Gabinete de Ministros, con la idea de que ante alguna crisis política, con el cambio de este, se solucionaría la situación, pero la realidad es que el Jefe de Gabinete, que no tiene responsabilidad política ante el Congreso, no es un jefe de gobierno, sino que se asemeja a un ministro coordinador.

El breve análisis de las reformas mencionadas precedentemente nos muestra que estas fueron logradas mediante un amplio consenso representado por distintas corrientes políticas que formaron parte de la Convención Constituyente, las cuales se exteriorizan en la incorporación de nuevos derechos de tercera generación y la jerarquización e inclusión de distintos organismos.

Podemos decir que el resultado de la reforma ha sido positivo, al mismo tiempo que es necesario reconocer que la aplicación, en muchos casos ha sido altamente deficiente ya sea por la ejecución misma o por la preponderancia que se da al aspecto político y en otros por la desidia en sancionar las normas previstas. Es decir, la política no ha sido consecuente ni eficiente en lo que hace a sus obligaciones al respecto, por el

contrario, en estos treinta años se ha ido percibiendo un serio deterioro en la calidad institucional.

Las ideas expresadas en estos párrafos constituyen la introducción a los análisis realizados en profundidad por los doctores Herrero Ducloux y Fernando Klappenbach con relación a las reformas de la Constitución Nacional y a la de la provincia de Buenos Aires.

**Abogado-Mediador
Profesor Titular Instituciones
de Derecho Público (UMSA)
Profesor Titular Derechos Humanos
y Garantías Constitucionales (UMSA)
Profesor Titular Derecho Parlamentario.(UCA)
Director de Información Parlamentaria
H. Cámara de Diputados de la Nación (1985-2012)*

Artículos

La trama política de la Reforma

Por Federico Gabriel Polak

“Triunfar tarde no es triunfar: es alcanzar al mismo tiempo la inmortalidad y la muerte”.

Benjamín Disraeli

I. Al Pacto de Olivos lo sobrevuelan dos historias. La más conocida es de los años 90, pero hay otra de origen remoto que usualmente no es abordado, ni siquiera reconocido, por la historia y la ciencia política. Ambas corren surcos similares. Las dos están enlazadas a la necesidad de una reforma constitucional. La más antigua consiste en la aparición, tras el golpe de estado del 4 de junio de 1943, de un nuevo sujeto político, el peronismo, con Juan Domingo Perón al frente del Departamento Nacional de Trabajo, que cobra cuerpo con la movilización popular del 17 de octubre de 1945, y se valida en las urnas el 24 de febrero de 1946. El surgimiento del peronismo genera enfrentamientos de gravedad extrema que cuarenta años después saldarán, en lo referido a la reforma constitucional, Carlos Menem y Raúl Alfonsín el 4 de noviembre de 1993, en una reunión reservada que precede a la celebración formal del pacto del 14 de noviembre de 1993 y al cumplimiento de las diversas etapas de discusiones políticas y jurídicas que lo sucedieron. “La primera de ellas, preparatoria del Acuerdo de Olivos, transcurrió durante las semanas previas al 14 de noviembre de 1993, fecha en que se formalizó

dicho Acuerdo. La segunda fase de las negociaciones culminó con el documento dado a conocer por los equipos técnicos el 10 de diciembre. La tercera, comenzada pocos días después de la Convención Nacional del radicalismo —que en la madrugada del 4 de diciembre convalidó los resultados alcanzados hasta ese momento— concluía el 13 de diciembre con la firma por Carlos Menem y por Raúl Alfonsín del documento denominado "Acuerdos para la reforma de la Constitución Nacional". Por último, durante el recorrido de la instancia legislativa, se introdujeron algunas modificaciones menores a dichos acuerdos en la Cámara de Diputados, y una realizada en la Cámara Alta, relativa a la duración del mandato senatorial" (García Lema, 1994, capítulo V p. 27).

El nacimiento del peronismo provoca otro nacimiento, el del antiperonismo. Uno es la consecuencia del otro. La alianza entre conservadores y radicales antipersonalistas opuesta a la Unión Cívica Radical, gestada hace un siglo y que subsistiera por más de dos décadas, dio paso a una nueva antinomia, más definida, feroz e inacabada, que exhibe ciertas particularidades que a las ciencias sociales y políticas les resulta difícil explicar. La primera deriva de que una parte de la sociedad argentina, visceralmente antiperonista, no reconoce la existencia de su adversario. Ni siquiera lo hace en los períodos en que éste ejerce el poder. Es decir, periódicamente es gobernada por un sujeto político a quien desprecia, no respeta, procura desobedecer y conspira en su contra. La segunda particularidad radica en que la sociedad en su conjunto no previó la aparición protagónica del peronismo, a pesar de que pudo haberlo hecho si hubiese prestado

atención tanto al sentimiento igualitario que anidaba en el pueblo argentino, mucho mayor al de los otros países latinoamericanos, cuanto a los vaticinios desencadenados por la desbordada movilización popular que acompañó al cementerio de la Recoleta los restos mortales de Hipólito Yrigoyen para su descanso eterno en el Panteón de los Caídos de la Revolución del Parque. “Lo que se puede decir con certeza, después de ver el espectáculo de la turbamulta suelta en el entierro de Yrigoyen, es que para el país se acerca, sin duda alguna, la hora de las masas”, escribe –un juego de palabras con la “hora de la espada” de Leopoldo Lugones– Federico Ibarguren, en su inédito “Breviario Político” (Torre y Pastoriza, 2002, p. 1). Un fenómeno que sí fue advertido por los ojos pasajeros de un observador extranjero, posados en 1942 en las zonas rurales, que percibieron la nítida desigualdad social, oculta a la ceguera de la política nativa. (Herron, 2009). La de Herron es una valiosa descripción del último año de la Argentina sin Perón, un fenómeno que se antoja inimaginable. Preanuncia lo que vendrá, en especial el Estatuto del Peón Rural de 1944 y el Estatuto del Tambero-Mediero. El primer peronismo (habrá muchos más, de ideologías tan variadas como opuestas) es el introductor de la cuestión social en el debate de la política argentina, promoviendo medidas en beneficio de la clase trabajadora y de los sectores más humildes, que alinea con estilo propio al ascenso de la working class inglesa producido por la Revolución Industrial del siglo xix, mejorado en los Estados Unidos durante el siglo xx por el New Deal de Franklin Delano Roosevelt, una materia que el periodo institucional argentino inaugurado el 1º de mayo de 1853, al aprobarse la

Constitución Nacional, jamás había abordado. Los peronistas adoptan las consignas populares que hasta entonces eran patrimonio del socialismo y el radicalismo —en especial su sector intransigente— y las hacen realidad. La Unión Cívica Radical, sorprendida y sin reflejos, implosiona. Parte de ella queda abrazada para siempre al antiperonismo, en especial desde 1948, año en que Perón impulsa la sanción de una ley que declare la necesidad de la reforma la Constitución Nacional, enmantada en la doctrina del constitucionalismo social e incorpore a sus instituciones la reelección presidencial. Algunos sectores del radicalismo se convierten al peronismo —por caso FORJA, Fuerza de Orientación Radical de la Joven Argentina— en tanto el núcleo central del partido ejerce la oposición a través del célebre bloque de diputados de los 44.

Es necesario detenerse en este punto preciso: las cuatro décadas de desencuentros (que nunca finalizaron, se fueron actualizado con matices diversos, hoy exhiben tanta fiereza como entonces) desde su inicio quedaron encuadrados en la disputa sobre las características de una reforma, cambio o remodelación constitucional. En el tablero, quien primero movió la ficha fue el Partido Justicialista, pero tanto peronistas como antiperonistas concordaron invariablemente en la necesidad de una reforma, aunque tuvieran sobre ella miradas diferentes. “La Unión Cívica Radical siempre estuvo de acuerdo con una reforma de la Constitución nacional, para adaptarla a las transformaciones y las necesidades políticas, económicas y sociales de la segunda mitad del siglo xx. Así lo había resuelto la Convención Nacional del partido y así lo sostuvieron sus diputados en el Congreso, cuando el peronismo

planteó, sorpresivamente y sin tiempo para el análisis y el debate, la declaración de la necesidad de la reforma, en agosto de 1948" (Alfonsín, 2004, p. 160).

La reforma de 1949 incorpora a la Constitución derechos propios del constitucionalismo social, precedidos por experiencias extranjeras, en especial la de México, y también locales, habidas en las provincias de Santa Fe, San Juan, Buenos Aires y Entre Ríos. Incluso la antecedieron proyectos de leyes presentados por socialistas y radicales que proponían elevar a rango constitucional derechos sociales que ya contenía la legislación común. El 27 de agosto de 1948 se sanciona la ley 13233, promulgada el 8 de septiembre, que "declara necesaria la revisión y reforma de la Constitución Nacional, a los efectos de suprimir, modificar, agregar y corregir sus disposiciones, para la mejor defensa de los derechos del pueblo y del bienestar de la Nación", y convoca al pueblo de la República a elegir una "Convención que ha de reformar la Carta Fundamental, dentro de los 180 días de promulgada la presente". El llamado a sesión para debatir la ley es tan sorpresivo que toma desprevenido al radicalismo. La ley se sanciona con el voto de los dos tercios de los miembros del Congreso presentes, no de la totalidad de los miembros, una interpretación del artículo 30 de la Constitución de 1853 que escandaliza a la oposición y a la mayor parte de la doctrina constitucionalista tradicional que cuestionan la legitimidad de origen de la reforma. El peronismo probablemente hubiera podido alcanzar los dos tercios de los miembros, pero previendo ausencias, defeciones o enfermedades, transitó un camino diferente, munido de antecedentes históricos que lo habilitaban. La ley 234 de la Confederación,

que convocó a la reforma de 1860, y la ley 171 a la de 1866, fueron sancionadas con el voto de los dos tercios de los miembros presentes, no de la totalidad de los integrantes de ambos cuerpos, sin que ninguna facción política las objetara. Por cierto, se trataba de precedentes valiosos, aunque parte de la doctrina constitucionalista considera que las reformas fueron solo formales, por lo que no era necesario atenerse al texto literal de la norma, argumento que carece de toda solidez, porque siempre debe cumplirse lo que la constitución manda y además había substancia en las reformas; es más, sus textos fueron necesarios para consolidar a la República Argentina como nación, poniendo punto final a la disgregación. En 1860 se incorpora la provincia de Buenos Aires a la Confederación Argentina, se suprime el mecanismo de control político sobre las provincias, se les prohíbe que declaren o hagan la guerra entre sí y los gobernadores se convierten en agentes del Gobierno Federal. En 1866 se nacionalizan las aduanas y se reestablecen los impuestos a las exportaciones como facultad del Congreso. Algo más: la convención para la reforma de 1860 fue convocada siete años después de dictada la constitución, violando justamente la norma objetada en 1949. “El artículo 30 de la CN de 1853 establecía la posibilidad de reforma cada 10 años, por lo que la reforma de 1860 presentaba restricciones constitucionales insoslayables. De todos modos, es importante detenernos a analizar porqué se avanzó en la reforma existiendo semejante límite. Algunas menciones que justificaban su realización: i) La realidad política y económica la hacía posible. La cláusula del artículo 30 no se cumplió atento a que la realidad política y económica pujaba para la unidad con Buenos Aires siendo el fin el de dar estabilidad

institucional a la Argentina. Como afirma la profesora Gelli, toda reforma constitucional, aunque se opere por medio de normas, constituye una acción esencialmente política, sobre todo porque en la Constitución de 1853 se establecía a Buenos Aires como capital de la Confederación; ii) En 1860 no se lleva adelante un acto de reforma sino que esta forma parte de un proceso de conformación y Constitución del Estado Nación y que en ese marco, se integra al proceso de constitución fundacional del Estado; iii) el poder constituyente originario es de 1860 y no de 1853, como una expresión de la Nación a partir del Pacto de San José de Flores y el acuerdo entre dos estados independientes y constitucionalizados. Más allá de la posición que justifique la realización de la reforma de 1860, esta no es solo un acontecimiento histórico, es un hecho político con efectos económicos que genera importantes enseñanzas respecto a la comprensión de nuestra realidad económica, político y socio jurídica" (Laprovitta, 2023 , pp.5 y 6).

La reforma de 1949 no solamente fue cuestionada por la forma en que se sancionó la ley de convocatoria a la convención, sino también porque removió las barreras constitucionales existentes para la reelección de Perón, y consagró un modelo tildado de populismo constitucional, que se convirtió en la plataforma legal de un régimen político que iba tornándose progresivamente más autoritario. (VIta, 2020, p. 9) Esta interpretación, común dentro de la doctrina jurídica y de la historia constitucional clásica, obstruyó el estudio de los argumentos vertidos en la deliberación de la convención, al ser catalogada como una reforma nula -así los dispuso efectivamente una proclama militar del gobierno

de la Revolución Libertadora en 1956- quitándole entidad como antecedente jurídico. No solo su texto no se encuentra vigente, ni siquiera fue reivindicado por las reformas posteriores, en especial por la última: la ley 24430 de 1994, sancionada con el peronismo en el poder, y el aval de la representación en ambas cámaras del radicalismo y de otras fuerzas políticas, no la menciona siquiera como antecedente al ordenar la publicación “del texto oficial de la Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994)”. Así, el contenido de la Constitución de 1949 se estacionó afuera de la historia política, incluso de la mayoría de los estudios específicos sobre el peronismo, e irónicamente fue ignorado por su impulsor original y beneficiario final. “En 1974, al cumplirse el primer cuarto de siglo de la sanción del dictum de 1949, Perón ejercía nuevamente la presidencia de la República. No respaldó ni auspició ni promovió ningún recordatorio; y menos aún, homenaje alguno”. (Lambruschini, 2020, p. 123).

La reforma únicamente permanece en la historia del derecho y en la historia de las ideas. Se conoce muy poco sobre el proceso constituyente porque el enfrentamiento peronismo y antiperonismo obturó el intercambio de ideas sobre el constitucionalismo social (concentración financiera, deterioro de los términos del intercambio, monopolios mundiales, mito de la libertad política por sobre la libertad económica). Tampoco fueron objeto de indagación sus fuentes jurídicas y el impacto que tuvo en el derecho común. Incluso, la antinomia dejó preguntas sin responder referidas a los actores involucrados y a las tensiones del proceso constituyente, en especial las peticiones que individuos, instituciones y asociaciones de la

sociedad civil presentaron a los convencionales constituyentes reunidos en Buenos Aires. Entre enero y marzo de 1949 llegaron a la convención más de 200 peticiones individuales y grupales, solicitando que determinados derechos fueran incluidos en la reforma, a través de cartas, telegramas y formularios que fueron ingresados como expedientes que, estar a la transcripción de los debates de la constituyente y sus actas internas, circularon por las subcomisiones de la Asamblea. El acervo documental consta de 228 expedientes remitidos a la Asamblea Constituyente entre enero y marzo de 1949. Los primeros son del 31 de enero y los últimos del 17 de marzo de 1949. La Asamblea Constituyente sesionó del 24 de enero al 16 de marzo, aunque es posible rastrear peticiones relativas a modificaciones constitucionales desde el 5 de mayo de 1948 dirigidas al Congreso Nacional, lo que sugiere que estuvieron inmersas en el desarrollo de un proceso de “democratización del bienestar” (Torre y Pastoriza, 2002, pp. 1 y ss.) que se movilizó y organizó para hacer oír su voz. Se trató de un proceso espontáneo que no fue orquestado por el régimen peronista para legitimar una reforma que desde sus inicios fue tachada por amplios sectores de la oposición como nula de nulidad absoluta (Vita, 2020, pp. 12 y 13.). Una lectura posterior efectuada por uno de los redactores de la Enmienda Constitucional de 1972, si bien critica el contenido de las disposiciones que se relacionan con el constitucionalismo social en el texto de 1949, no hace hincapié en las impugnaciones de nulidad, limitándose a narrar los acontecimientos. Incluso recuerda los intentos del presidente Marcelo Torcuato de Alvear por introducir enmiendas en el texto constitucional con proyectos de leyes para declarar la necesidad de la reforma, a diferencia

del presidente Hipólito Yrigoyen que consideraba a la constitución su programa de gobierno (Vanossi, 2005, p. 11). He aquí una coincidencia para remarcar: tanto para Yrigoyen como para Perón la constitución equivalía a sus programas de gobierno, aunque fueran textos muy diferentes. Extrañamente la reforma de 1957, cuyo origen explícitamente emana del “poder revolucionario”, por lo que no respeta el mecanismo constitucional (no funcionaban ni el Congreso ni las instituciones), no solo es tenida en cuenta por la ley y la doctrina: su art. 14 bis quedó incorporado al texto de la ley fundamental y se mantiene vigente.

Otra situación extraña que ahonda el interrogante sobre la invisibilidad de la Constitución de 1949 consiste en que la Enmienda Constitucional de 1972 (terminología tomada de las constituciones flexibles, en especial del derecho estadounidense), conocida como Estatuto Fundamental, de carácter transitorio, adoptada por la Revolución Argentina para presidir el proceso electoral de 1973, extendió su vigencia al gobierno democrático que lo sucedió bajo las presidencias de Héctor J. Cámpora, Juan Domingo Perón e Isabel Martínez de Perón, hasta su derrocamiento, sin que se registraren quejas respecto a su forma y contenido, ni siquiera por parte de los mencionados gobernantes peronistas, y persistió hasta el 24 de mayo de 1981. Más aún, gran parte de su texto fue recogido por la reforma de 1994. (Muiño, 2019, p. 1).

La sanción de la ley 13233 profundizó las divisiones en la UCR que existían desde mucho antes a la aparición del peronismo, ahondando las diferencias entre sus líneas internas. Los unionistas de centro derecha, encabezados por los integrantes de la

fórmula presidencial de la Unión Democrática que derrotara Perón en 1946, José P. Tamborini y Enrique Mosca, y por Ernesto Sammartino (a quien la historia recuerda por una expresión de 1947 que se refiere al peronismo como "el aluvión zoológico"), propusieron que el partido se abstuviera de concurrir a las elecciones constituyentes, y eventualmente no asistir a las sesiones ni jurar por la nueva constitución. En cambio, los intransigentes (Arturo Frondizi, Ricardo Balbín, Crisólogo Larralde y Moisés Lebenthal, con el acompañamiento del autónomo Amadeo Sabattini), a pesar de sus reparos sobre la conducta institucional de Perón, coincidían en la necesidad de incorporar a la constitución medidas de progreso social y nacionalismo económico, por lo que hicieron prevalecer una posición diferente: presentarse a las elecciones, asistir a la convención y esperar a que se pronunciara sobre la cuestión de las mayorías. El justicialismo ganó las elecciones que eligieron a los convencionales constituyentes con una amplia mayoría, superior al 60 %. Los convencionales radicales electos acudieron a la primera sesión, Lebenthal fue el portavoz de las impugnaciones. Cuando la convención votó validando la ley de convocatoria, se fueron para no regresar. La sanción de la constitución provocó otra disputa, esta referida a si los diputados radicales debían jurar o no por la nueva constitución, desconociendo su legitimidad, posición que defendió Miguel Ángel Zabala Ortiz. Primó la opinión mayoritaria del jefe de bloque Ricardo Balbín. Por ende, en 1950 todos los diputados opositores juraron por la nueva Constitución.

De todas formas, el daño estaba hecho. La antinomia no dejaba de crecer.

Un resumen breve e incompleto de los acontecimientos posteriores —intento de golpe de estado en 1951, encarcelamiento de Ricardo Balbín, bombardeo a la Plaza de Mayo, quema de iglesias, torturas y delaciones, derrocamiento de Perón— se enmarca en esa dicotomía, que un meme moderno caricaturaría en las redes sociales como el enfrentamiento de la clase trabajadora —sus grasitas como los llamaba Eva Perón— contra la gente de bien. Semejante panorama no abría la puerta a ninguna solución que superara el odio mutuo, muy exacerbado en las clases medias y medias altas. Apenas existía un grupo de dirigentes radicales que procuraban comprender al oponente —¿qué es la política sino ponerse en el lugar del otro?—. La muerte temprana de Moisés Lebenson, el caso emblemático, disfumó el esfuerzo no solo del propio juninense, sino del de sus seguidores. Aunque los contendientes tuvieran enemigos comunes —los gobiernos cívico-militares de la época de la alternancia— ni siquiera así lograron aunarse como oposición. Recién aparecerá un atisbo de cordura cuando la última dictadura dé muestras de debilidad en 1981, confluyan en la Multipartidaria junto a otras fuerzas políticas, y elaboren un programa común.

II. El 30 de octubre de 1983 Raúl Alfonsín da fin al invariable triunfo electoral del peronismo obteniendo el 52 % de los votos, contra el 41 % de su oponente, el peronista exradical Ítalo Luder. Asume el 10 de diciembre y de inmediato pone en marcha una estrategia de desarrollo institucional que incluye el reproche jurídico a la dictadura y la adopción de las medidas básicas de sustento al sistema democrático —el juzgamiento de las cúpulas militares y guerrilleras, la Ley de Defensa de la Democracia, la creación

de la CONADEP— dando un entusiasta y jubiloso arranque al período conocido como la primavera democrática, aunque el paisaje real en el que estaba inmerso era sombrío, complejo y problemático. Había hambre y pobreza, la deuda pública en default, y el cúmulo de demandas insatisfechas de la población se entremezclaba con planteos militares, algunos de los cuales escondían en un segundo plano intentonas de golpe de estado. La impronta incansable de Alfonsín se extendía a la búsqueda de la paz incluyendo el llamado a una consulta popular por el diferendo referido al Tratado de Paz y Amistad firmado con Chile por el conflicto del Beagle, en la que alineó a su lado a Carlos Menem, que gobernaba a La Rioja.

La disputa por la reforma constitucional seguía presente, pero la relación de fuerzas había cambiado. Ya no estaba Perón, no era él quien convocaba, sino Alfonsín, lo que suponía que el contenido de la reforma sería substancialmente distinto. Una digresión necesaria: la formación política de Alfonsín se había desarrollado dentro de la cultura peronismo-antiperonismo. Había llegado al poder por la conformación de una alianza implícita entre radicales y antiperonistas. Él no era solo radical, también era antiperonista. Pero, aunque siguió siendo un hombre de partido, comprendió la necesidad de poner fin a la dicotomía, dando los primeros pasos para convertirse en estadista. Decidió hacerlo todo a un tiempo, a ritmo de vértigo. Crea en 1985 el Consejo de Consolidación para la Democracia con la intención de reformar la constitución, recogiendo la opinión generalizada de la mayoría de las fuerzas políticas que coincidían en que el texto de 1853, incluido el artículo 14 bis agregado en 1957, necesitaba ser

legitimado, porque regía la constitución de 1957, que no lo era. Además, urgía su modernización. En realidad, lo que procuraba Alfonsín era la creación de una Segunda República. Ese era su objetivo central, terminar con el hiperpresidencialismo, incorporando al texto constitucional la figura del primer ministro, institución repescada de la constitución francesa de 1958, dictada para disimular un golpe de estado solapado que derivó en la creación de la V República y el regreso de Charles De Gaulle al poder, instrumento del que se valió Francia para poner fin a la inestabilidad política y a la guerra con Argelia. Parte del peronismo, sino todo, sospechó que la propuesta escondía una eventual amenaza de perpetuidad en Alfonsín (Gerchunoff, 2022, p. 259). No era un temor infundado: la propuesta corría en paralelo con la pretensión de fundar un Tercer Movimiento Histórico, superador de los dos primeros que encabezaran Yrigoyen y Perón. La Segunda República de aquellos primeros años arrolladores incluía el traslado de la capital, un rumbo de desarrollo del país hacia el sur, al frío y al mar, la reforma del Estado, la ética de la solidaridad del discurso de Parque Norte. Ya expresidente, Alfonsín se preguntaría a sí mismo si haber ido por tantos objetivos al mismo tiempo no había sido un error, si hubiese convenido desempeñar el papel únicamente de presidente de la transición, una suerte de Adolfo Suárez argentino, en especial porque le tocó gobernar durante la llamada Década Perdida para Latinoamérica. En realidad, era un interrogante vano. No estaba en su naturaleza dedicarse solo a la transición, era un hombre de acción, lo siguió siendo hasta que se acostó definitivamente en su lecho de muerte.

El peronismo renovador acompañó en un principio a Alfonsín en su impulso reformista, especialmente Antonio Cafiero. Otro renovador, Carlos Menem, lo hizo también, pero con menor enjundia, atado al destino de sus cálculos y metas personales. La idea del Tercer Movimiento Histórico quedaría pronto reducida a simples gestos, a poco de andar se fue disfumando. Alfonsín hubiera preferido ganar las elecciones de 1983 por una diferencia menor, lo que le hubiera permitido convocar a un gobierno “de salvación nacional” junto al peronismo y otras fuerzas políticas afines, para transformar la república democrática. Pero habiendo ganado en la forma contundente que lo hizo, su partido no podía permitírselo. Tanto es así, que su primer gabinete fue una repetición del de Arturo H. Illia, salvo algunas excepciones y “los que la parca había dejado en el camino” (un textual de Oscar Camilión). Extrañamente, a cuatro décadas de su aparición como nuevo sujeto político en los años 40, en el inicio de la nueva democracia, el peronismo seguía sin ser reconocido. La sociedad política argentina —el antiperonismo— jamás había aceptado su existencia como movimiento o partido democrático y republicano. Incluso había prohibido que se lo nombrase en tiempos de la Revolución Libertadora. Apenas un dirigente radical (¡junto solo!), Arturo Frondizi, le había extendido un acta o certificado de nacimiento provisorio al celebrar un pacto con Perón para las elecciones de 1958. Un acta de nacimiento que Alfonsín convertiría en carta de ciudadanía recién en 1993.

Alfonsín pretendía la sanción de una constitución consensuada entre los partidos políticos que contara

con el apoyo generalizado de todas las clases y sectores sociales y económicos. Las reformas sancionadas en 1949 y 1957 habían sido tomadas en soledad. La primera interpretando la norma del art. 30 de una manera que ahuyentó a la oposición. La segunda porque fue convocada por la fuerza, no por la ley, con el peronismo proscripto y a sala sin llenar, dado que el bloque mayoritario, el radicalismo intransigente, presidido por Oscar Alende, a instancias de Frondizi había dejado vacía la Convención. La de 1972 no llenaba ninguno de los casilleros para ser considerada seriamente, a pesar de su contenido moderno.

El 7 de octubre de 1986 el Consejo de Consolidación para la Democracia, bajo la coordinación de Carlos Nino, e integrado por Ángel Robledo, Oscar Albrieu y Jorge Taiana por el justicialismo, el desarrollista disidente Alfredo Vítoro, la democracia cristiana, el socialismo, el bloquismo, otras fuerzas provinciales y miembros eminentes de la sociedad civil, emite dictamen declarando la oportunidad de la reforma constitucional, la conveniencia de la transformación institucional de un sistema presidencialista a un sistema mixto, garantizando la genuina responsabilidad del primer ministro en la conducción política del país y en la marcha del gobierno, el otorgamiento de jerarquía constitucional a los partidos políticos, la elección directa del intendente de la Ciudad de Buenos Aires, la preeminencia de los tratados internacionales por sobre las leyes, y la institucionalización de la Defensoría del Pueblo. La UCR se unificó detrás de la propuesta, tan maciza que incluyó entre sus apoyos el de Fernando de la Rúa, quien se había opuesto con anterioridad a una iniciativa del sector de Federico

Storani. Alfonsín confiaba en que un peronismo renovado lo acompañaría y la reforma fuera una realidad antes de que terminara su mandato. Pero apenas pasado un mes del dictamen del Consejo, el PJ celebró un congreso en el cual la Renovación Peronista quedó partida. Hubo renovadores que se fueron –los que respondían a Cafiero, aliado de Alfonsín en la reforma- y otros que se quedaron sesionando, seguidores de Menem. A partir de allí se fueron acumulando las complicaciones. Fracasa la reforma económica conocida como Plan Austral, el gobierno va de tropiezo en tropiezo hasta llegar a la hiperinflación de 1989. Se abre otro horizonte, más sombrío. Alfonsín posterga la reforma para que la retome el gobierno que lo sucedería. Cafiero, por haber ganado la gobernación de la provincia de Buenos Aires en 1987, asoma poco menos como futuro presidente. Él se encargará. O de lo contrario será Angeloz, el candidato de su gobierno. La pretensión reformista plasmada en el dictamen del Consejo será una realidad en la década venidera.

III. Efectivamente el peronismo vuelve, pero encarnado por Menem, su opuesto si se lo mide en cada una de las facetas que puedan analizarse. Tiene el aspecto de un caudillo decimonónico que enarbolá los estandartes del salariazo y la revolución productiva. En realidad, en sus alforjas trae otra hiperinflación, o dos. Y un Plan Bonex. Hasta que encuentra en Domingo Cavallo la convertibilidad, el uno a uno, la desnacionalización de empresas locales privadas, las privatizaciones de las públicas. Los años 90, la frivolización, el derroche, la corrupción, tan diferentes a la década que presidiera el dirigente austero de Chascomús. Antes de perder las patillas

y el poncho, cuando nada le salía bien ¡incluso antes de asumir! el riojano confesaba sus ansias de perpetuidad, no como Alfonsín que, en el caso de haberlas tenido, nunca las había proclamado. “Carlos Menem tuvo esa reforma entre ojos desde antes de asumir la presidencia. El 18 de junio de 1989 declaró al diario Página 12 que buscaría su reelección. El país se agitaba en el caos de la hiperinflación, de los saqueos y de la sombra persistente de las asonadas castrenses”. (Moreno, 2021 p.1)

Esos deseos los sigue expresando en 1991 y 1992, en especial cuando el plan de la Convertibilidad comienza a dar frutos. Se vuelve a abrir la puerta para la reforma constitucional, aunque con un contenido diferente al dictamen del Consejo. Menem cambia de aspecto y de ideas. Proclama la libertad y la economía de mercado. Está sólidamente respaldado por un justicialismo fuerte y por las organizaciones sindicales que participan del proceso de desnacionalización y privatización. Las clases medias —¡que aún no han reconocido al peronismo como sujeto político!— lo viven y festejan, consumen, viajan, no perciben hacia dónde va la Argentina y cómo terminará. Menem sabe que es el momento de avanzar. Su movimiento está consolidado. Quiere la reforma con un objetivo central, muy concreto, su reelección. No lo anima la incorporación al texto constitucional de instituciones modernas, nuevos derechos, tratados internacionales. La cohabitación con un primer ministro está alejada de su pensamiento. Tampoco lo impulsa el hecho que la reforma constitucional fuera necesaria porque el texto vigente es el de 1957, emanado del proclamado “poder revolucionario” de un gobierno surgido de un golpe de estado, vicio de origen que no había

sido subsanado a pesar del tiempo transcurrido. Lo que quiere es su reelección. Es un invicto, jamás ha perdido ni perderá una elección, a pesar de los tres atentados —el último incluye la muerte de su hijo— la explosión de Río Tercero, la venta de armas, los sobresueldos, la pobreza, la corrupción. Su mundo de farándula permanece inalterado. El único dirigente peronista que no lo acompaña con entusiasmo en su intento reformista es Eduardo Duhalde, solo porque aspira a sucederlo.

Menem coloca las piezas en el tablero con antelación a las elecciones de medio término del 3 de octubre de 1993, que afronta bajo la consigna “Vote para adelante”. Sabe que las ganará, tanto como Alfonsín sabe que el radicalismo las perderá, a pesar de que públicamente no lo demuestre y vaya contando por televisión los días que faltan para que Menem termine su mandato. Su equipo económico, Juan Sourrouille y Adolfo Canitrot, augura que el plan de Cavallo pronto volará por el aire, lo que recién sucederá en 2001, y será a un gobierno radical al que le explote el uno a uno. En política todo llega, se puede formular un diagnóstico serio y acertado sobre lo que vendrá, basado en el conocimiento, la investigación, el estudio o la intuición. Lo que no puede preverse es cuándo sucederá lo que se predice.

Una de las primeras señales de alerta para Alfonsín se exterioriza cuando el justicialismo crea una Comisión de Juristas para estudiar una reforma constitucional. Su composición no es alentadora. Allí están Eduardo Menem, Cesar Arias, Carlos Corach, Roberto Domínguez, Roberto Dromi, Alberto García Lema, Carlos Pares, Adolfo Rodríguez Saá y Hugo

Rodríguez Sañudo. Solo permanecen algunos pocos de los constitucionalistas del Cafiero de los primeros años de la primavera democrática.

Menem tiene enfrente a un Alfonsín cuyo poder ha disminuido notablemente. Ni siquiera es el presidente de su partido. Los radicales no quieren que aparezca, le piden que no hable, susurran por lo bajo que es un pianta votos. Los ha hecho conocer las luces del centro en 1983 y algunos aprovecharon para salir de pobres, pero ahora lo niegan. Alfonsín debe someterse a elecciones internas para ser elegido delegado al Comité Nacional si quiere presidir el partido nuevamente. E incluso está a punto de perderlas. No parece haber equivalencia entre los dos jefes partidarios. Cuando en julio se presenta en el senado un proyecto de ley sobre la necesidad de la reforma con el mismo vicio de la de 1949, el alboroto político que produce traerá una consecuencia no querida, o al menos no prevista: finalmente la sociedad política concederá la carta de ciudadanía al peronismo, cuando celebre más tarde el Pacto de Olivos. Pero eso por ahora no está siquiera en discusión. Todavía Alfonsín llama “loco moral” a Menem, y lo acusa de querer una “democracia a la paraguaya”.

Varios gobernadores radicales, cuidando los intereses de sus provincias y los suyos propios, insinúan su apoyo a la pretensión de Menem. Se suceden los proyectos de ley que interpretan el artículo 30 haciendo referencia a los miembros presentes, no a la totalidad de los miembros de ambas cámaras. Francisco Durañona y Vedia, Álvaro Alsogaray, Jorge Aguado se suman desde su propia ideología. No iba a

quedarse afuera el conservadurismo, viejo adversario del radicalismo. Menem firma dos decretos llamando a consultas populares. Es un aluvión que se precipita desde todos los frentes. La reelección está en el aire. Hay aviones que sobrevuelan las playas de Punta del Este con la leyenda “Menem 1995” en los primeros días de calor de 1993 que anticipan el verano de 1994.

La única señal alentadora consiste en que el justicialismo pospone el tratamiento del proyecto en el Senado hasta pasadas las elecciones que, al celebrarse, arrojan una amplia ventaja al oficialismo. Menem esa misma noche anuncia que buscará la reforma de la constitución para permitir su reelección. Alguna luz queda prendida para que Alfonsín pueda recuperar el liderazgo de su partido, porque De la Rúa pierde en la capital. Alfonsín se opone con ferocidad a la reforma constitucional. Es su primer contradictor. Hay una constante en él que lo transforma –no solo esta vez, sino en tantas otras– en un general que ordena a su estado mayor marchar hacia el sur, cuando de repente él se dirige hacia el norte, esperando que su ejército cambie el rumbo. Lo hará ahora con el Pacto de Olivos, lo volverá a hacer unos años más tarde con el Pacto de Palermo. El primero posibilita la reelección de Menem; el segundo es el principio del fin de la jefatura del riojano dentro del peronismo.

La UCR está a punto de implosionar. Horacio Massaccesi, gobernador de Río Negro, apoya a Menem en el plebiscito, una consulta popular no vinculante e incluso planea compartir la boleta para que tenga efectos también en su propia reelección. José Zavalía, senador por Santiago del Estero se expresa

en sentido similar, igual que su par Oscar Castillo de Catamarca. Carlos Maestro, gobernador de Chubut se alinea con Massaccesi. El gobernador de Córdoba, Eduardo Angeloz calla y consiente complacido. Los gobernadores radicales ven espejadas en la reelección de Menem las suyas propias.

En cambio, Alfonsín ve el cuadro completo. No ceja públicamente en su oposición, pero advierte que debe hacer algo para que no se repita deformada la situación de 1949, esta vez con un texto constitucional también reeleccionista, pero neoliberal.

Se van armando distintos campamentos en los dos partidos; Argentina conserva en esa época un sistema de partidos dominado por el justicialismo y el radicalismo. En el radicalismo hay al menos dos campamentos dispuestos a la pelea por la conducción del partido y con distintas miradas sobre la reelección. En el peronismo también hay dos, aunque ambos reconozcan la jefatura de Menem. Los Rojo Punzó que quieren aprobar el proyecto en soledad, sin acordar con el radicalismo, y los Celestes que encabeza Eduardo Menem, inclinados a la negociación. Pero ninguno de los dos se opone a la reelección; a todos les va bien con Menem, que cuenta con el apoyo popular. El único perjudicado es Eduardo Duhalde, gobernador de la provincia de Buenos Aires y candidato natural a la presidencia, que mantiene aún la calma porque se ha reunido con Mario Lozada, presidente del Comité Nacional de la UCR, que lo ha tranquilizado diciéndole, de buena fe, que no existe ninguna negociación por la reforma. Raúl Baglini, presidente del bloque de diputados de la UCR le dice a Alfonsín que ya no puede contener

a sus miembros, que quieren pegar el salto porque responden a los intereses de sus provincias, aunque representen al pueblo de la Nación. “Yo le entrego la llave del bloque porque Menem me los va a arriar a todos” (Gerchunoff, 2022, p. 341)

El 14 de octubre Menem sufre la obstrucción de la arteria carótida interna derecha, es internado y sometido a curación por cateterismo. No habrá consecuencias posteriores para su salud, pero deberá permanecer internado cuatro días. El episodio tiene un fuerte impacto mediático y causa incertidumbre en los mercados financieros. El día 16 Alfonsín lo visita en el Instituto Cardiovascular de Buenos Aires. No va solo para cumplir una obligación protocolar como expresidente. Es un tanteo político avizorando una solución que impida que el proyecto de reforma avance y se transforme en imparable. El factor personal en política es decisivo. La empatía juega un rol fundamental en las relaciones entre los hombres, mucho más en la función pública. Los acuerdos argentino-brasileños de 1985 y 1986, que abrieron la puerta al Mercosur en 1991, surgieron de la espontánea y férrea relación que forjaron Sarney y Alfonsín. Este caso es diferente. Menem y Alfonsín no se querían ni eran amigos, ni lo fueron después, pero el gesto cordial sirvió para mostrar la baraja de un mazo que se pondrá en el paño verde de las negociaciones posteriores. Incluso en esa visita, ante un único testigo, el senador Eduardo Menem, Alfonsín da una opinión favorable a la reforma. (Concuerdan Yofre, 2023, p. 1 y Muiño, 2013 p. 309).

El 21 octubre se aprueba el proyecto en el Senado y al día siguiente Menem convoca a un plebiscito

no vinculante para el domingo 21 de noviembre. Las cartas están echadas. Alfonsín debe ser elegido presidente del Comité Nacional en Parque Norte recién el 12 de noviembre si alcanza los votos necesarios. Hasta entonces carece de legitimidad para titularizar una salida a la encerrona oficialista. El 3 de noviembre *Ámbito Financiero* publica una nota de opinión de quien años más tarde será su último vocero. La nota contiene fuertes críticos al radicalismo, una cerrada defensa de Alfonsín e insinúa veladamente la posibilidad de un acuerdo. Esa tarde Alfonsín le muestra una carta que enviará a los delegados, cuyo texto bien leído expone la necesidad de acordar. Son días vertiginosos durante los cuales Alfonsín llama a su tropa histórica para alistarla para darle pelea a Menem, cuando en realidad él hace lo contrario. Es el general que confunde a su estado mayor. “Alfonsín convoca a Changui (Cáceres). ‘Me convence de que salgamos con el no a la reelección. Yo viajo a Santa Fe. Horacio Usandizaga estaba por el sí. Le doy vuelta el comité. Al otro día salgo para Entre Ríos; Sergio Montiel me recibe en una casa que estaba estrenando y acordamos el Comando del No... A la mañana siguiente me despierto y me entero del Pacto de Olivos...’” Muiño, 2013, p. 311).

IV. El 4 de noviembre a las nueve de la mañana se concreta la célebre reunión promovida por Alfonsín en la casa del excanciller Dante Caputo en Olivos, a metros de la residencia presidencial. Es una charla de dos horas, que sienta las bases del pacto. De inmediato ambas partes comienzan el trabajo de elaboración de lo que se convertiría en el Núcleo de Coincidencias Básicas, un conjunto de reformas que se votarían en bloque por la negativa o por

la afirmativa, una especie de cerrojo o corsé que aseguraría el cumplimiento de lo acordado. “Habría reelección si había reformas, habría reformas si había reelección” (Gerchunoff, 2022, p. 344). El núcleo, un hallazgo de Carlos Corach y Ricardo Gil Lavedra, fue la condición pétrea en la que se asentaron las bases del pacto y de la reforma. El armado de la reunión lo hacen Enrique Nosiglia y Luis Barriónuevo. Concurren también Mario Lozada como presidente de la UCR, Eduardo Duhalde y Eduardo Bauzá. Se han contado infinidad de anécdotas sobre los detalles que precedieron a la reunión, incompatibles. En algún caso especial se hace una narración frívola, no veraz, con aporte de datos imaginados sobre su duración y el alcance de los temas discutidos (Yofre, 2023, p. 2), por lo que no vale la pena detenerse en él. No forma parte de la historia. La historia les pertenece a Menem y a Alfonsín. Al primero porque aun cuando tenía las herramientas para imponer una reforma que hubiese retrocedido cuatro décadas el reloj de la historia prefirió una negociación que concluyó en la sanción de una constitución legítima y moderna. A Alfonsín porque cerró un acuerdo informal aun antes de ser elegido nuevamente jefe del radicalismo, tomando riesgos personales difíciles de describir, para lograr una reforma consensuada, resignando principalmente la figura del primer ministro y aceptando porcentuales de balotaje que favorecían al oponente. Riesgos de vida. Antes de que la convención de su partido ratificase el pacto, en la intimidad, muy serenamente hizo saber que, si era rechazado, se suicidaría. No hablaba retóricamente.

El 12 de noviembre en Parque Norte es elegido presidente del Comité Nacional. Legitimado, celebra

formalmente el Pacto de Olivos en la residencia presidencial, el 14 de noviembre. Otorga finalmente, desde la vereda no peronista de la sociedad, la carta de ciudadanía al peronismo. Un pacto que es conocido públicamente antes porque Ámbito Financiero lo pone en tapa el 8 de noviembre, con una nota escrita por Carlos Pagni. Uno de los asistentes del día 4 se lo había contado con lujo de detalles. No importa quién. A *La Nación* también algo le habían dicho, al menos a Claudio Escrivano, quien después de indagar sobre su veracidad se abstuvo de publicar la primicia. Es notable, pero la piedra de la discordia, el art. 30 de la Constitución, no fue alcanzado por el pacto. A su vez, la Convención Constituyente de 1994 lo dejó como estaba, sin cambio alguno. Por lo que quedó allí, expectante para volver a producir en el futuro alguna otra discordia de proporciones.

A consecuencias del pacto, ninguno de los proyectos de reforma alcanzó a la etapa previa de convocatoria a una convención reformadora. La sanción de la ley 24309, el 29 de diciembre de 1993 revirtió dicha situación. La doctrina constitucional tradicional reaccionó negativamente. Se aceptó su legalidad, aunque estuviera "precedida y seguida por un proceso político cuyas anomalías resintieron seriamente la legitimidad de la reforma que, solamente con el transcurso del tiempo y el acatamiento de la ciudadanía, será posible revertir. Semejante conclusión es fácilmente verificable a la luz de los hechos... (el proyecto de ley nunca llegó a ser resuelto) porque, en el ínterin, dos importantes figuras de la política argentina, Raúl Alfonsín y Carlos Menem, arribaron sorpresivamente a un acuerdo el 14 de noviembre de 1993 sobre el contenido que debía

tener la reforma de la Constitución. En el llamado “Pacto de Olivos”, concertado sin debate previo, sin publicidad, sin conocimiento de la ciudadanía y a espaldas de los partidos políticos que aquellos representaban, quedaron especificados los temas para la reforma... Todo parecía circunscribirse al problema de la reelección presidencial con explícita referencia a la persona que ejercía la Presidencia de la Nación y a la necesidad de preservar su protagonismo político por parte de un ex presidente de la República. Esa situación resintió la legitimidad del proceso reformador con los alcances asignados por la ley 24309, porque el concepto de legitimidad es de carácter político y no aritmético. Refleja un consenso manifiesto del pueblo sobre la oportunidad y necesidad de introducir ciertas modificaciones en la Constitución para suprimir los obstáculos que impiden alcanzar los fines perseguidos por una comunidad nacional. Pero mal puede existir ese consenso cuando no se conoce debidamente la Constitución ni el contenido y efectos de la reforma propiciada. Esto no significa que el proceso estuviera viciado de ilegitimidad, sino que carecía de la suficiente legitimidad —sin perjuicio de su validez jurídica— como para concluir en una Ley Fundamental perdurable, eficaz y consentida”. (Badeni, 2006, Tomo 2, p. 203). Es una crítica vacía porque no tiene en cuenta las circunstancias políticas que derivaron en el Núcleo de Coincidencias Básicas, un paquete cerrado que solo podía rechazarse o aceptarse. Era la única herramienta posible para concretar la reforma con la reducción del mandato presidencial, la elección directa que incluía el balotaje, la eliminación del requisito confesional para ser presidente, la ampliación del número de

senadores (un error innecesario), la atenuación del sistema presidencialista con la creación del cargo de jefe de gabinete (que en la práctica no sirvió a los fines en que fue concebido), la regulación de los decretos de necesidad y urgencia, que terminaron siendo utilizados para reducir la división de poderes y conceder al PEN facultades legislativas.

V. El pacto fue duramente castigado en la votación para la elección de delegados constituyentes, mermando el caudal de votos de los dos grandes partidos, en especial del radicalismo, dando lugar a la aparición de una tercera fuerza con aspiraciones de poder. Montado en esa circunstancia, Alfonsín celebraría con el FREPASO el Pacto de Palermo en 1997, con el que derrotaría en las urnas al peronismo en la provincia de Buenos Aires y llevaría en 1999 a otro dirigente radical al poder, Fernando de la Rúa, actuando de una manera similar a la de 1993, el general ordenando un rumbo para tomar otro. Se opuso hasta último momento a la concreción de la alianza, hasta que súbitamente la cerró él como protagonista.

El objetivo de Menem de ser reelegido una y otra vez no declinó. Intentó una interpretación insólita de la renovada constitución impulsando para sí otra reelección, dando el debate su principal espada jurídica, Rodolfo Barra. Convocó a una denominada Plaza del Sí que lo habilitase, pero fracasó. Sin embargo, en 2003, habilitado para competir, volvió a aspirar a ser presidente, ganó la primera vuelta, pero no se presentó al balotaje, dando lugar al nacimiento de un nuevo peronismo, más parecido al original ideológicamente.

El Pacto de Olivos produjo además alguna curiosidad insólita. Uno de los asesores más próximos a Alfonsín como convencional en Santa Fe, Carlos Fernando Rosenkrantz, en el siglo XXI, designado ministro de la Corte Suprema de Justicia, al expedirse en el caso Schiffrin, que trató la validez de la cláusula del art. 99, inc. 4, tercer párrafo de la constitución fundó su voto invocando la necesidad de una asamblea preconstituyente, agregando que “ya bastante tuvo de oscuridad la reforma constitucional de 1994 con el nefasto Pacto de Olivos”. Desconoció no solo la historia constitucional, sino también su propia historia personal.

Como colofón, con el pacto Alfonsín logró una de las metas centrales que se propuso como hombre público: la sanción de una nueva carta magna legítima, de contenido moderno que contiene tanto normas del constitucionalismo liberal como de constitucionalismo social, da a los partidos políticos rango constitucional y acentúa el carácter federal de la Nación Argentina.

Por cierto, lo hizo a destiempo y debió aceptar en la negociación la pérdida de algunas piezas claves, en especial la figura de la cohabitación. La constitución ideal solo la hubiera logrado si se hubiese dictado durante su mandato presidencial.

Pero guardó en su tallega algo infinitamente más valioso. Al triunfar tarde no triunfó, porque “triunfar tarde no es triunfar: es alcanzar al mismo tiempo la inmortalidad y la muerte”.

Bibliografía

Libros

Alfonsín, Raúl Ricardo. *Democracia y Consenso. A propósito de la reforma constitucional*. Buenos Aires. Corregidor. Tiempo de ideas. 1996

Alfonsín, Raúl Ricardo. *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*. Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica, 2004.

Alfonsín, Raúl Ricardo. *Fundamentos de la república democrática. Curso de teoría del Estado*. Buenos Aires. EUDEBA. 2006.

Badeni, Gregorio. *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo II*. Tercera edición. Buenos Aires. La Ley. 2006.

Bidart Campos, Germán. *Derecho Constitucional. Tomo I*. Buenos Aires. Ediar. 1964.

Amorosino, Mauro. *La reforma constitucional inconclusa. Consensos imposibles en la prehistoria del Pacto de Olivos (1983-1989)* [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella]. Buenos Aires. Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella.2023.

Carretoni, Jorge C. *De Frondizi a Alfonsín*. Buenos Aires. Catálogo SRL.1998.

Cafiero, Antonio Francisco. *Militancia sin tiempo. Mi vida en el justicialismo*. Buenos Aires. Sudamericana. 2011.

Cordeu, Mora; Mercado Silvia y Sosa Nancy. *Peronismo: la mayoría perdida.* Buenos Aires. Sudamericana. 1985.

García Lema, Alberto. *La reforma por dentro. La difícil construcción del consenso constitucional.* Buenos Aires. Planeta, 1994.

Gerchunoff, Pablo. *Raúl Alfonsín. El planisferio invertido.* Buenos Aires. Edhsa 2022.

Ferrari, Germán. 1983. *El año de la democracia.* Buenos Aires. Planeta. 2013.

Halperín Donghi, Tilio. *Argentina en el callejón.* Buenos Aires. Ariel, 1964.

Halperín Donghi, Tilio. *La larga agonía de la Argentina peronista.* Buenos Aires. Ariel, 1994.

Herron, Francis. *Cartas desde la Argentina.* Buenos Aires, Ediciones Letra Gamma, 2009

Larriqueta, Daniel. *Democracia sin República.* Buenos Aires. Ediciones Lumiere. 2010.

Mackinnon, Moira. *Los años formativos del partido peronista.* Buenos Aires. Instituto Di Tella. Siglo XXI de Argentina Editores. 2002.

Menem, Eduardo y Corach, Carlos (compiladores). *Los Noventa. La Argentina de Menem.* Buenos Aires. Sudamericana. 2021.

Muiño, Oscar. *Alfonsín. Mitos y verdades del padre de la democracia*. Buenos Aires. Aguilar. 2013.

Nino, Carlos Santiago. *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones de derechos humanos?* Edición ampliada. Buenos Aires. Siglo XXI. 2015.

Novaro, Marcos. *Argentina en el fin de siglo. Democracia, mercado y nación (1983-2001)*. Buenos Aires. Paidós. 2009.

Polak, Federico Gabriel. *Un Viejo diccionario español. La tontería del desarrollo argentino*. Buenos Aires. Corregidor. 2005.

Rougier, Marcelo y Sowter Leandro. Selección de textos y estudio introductorio. *Antonio Cafiero. Una crítica peronista al liberalismo económico argentino*. Buenos Aires. Imago Mundi. 2024.

Vita, Leticia Jesica. *La reforma negada: la interpretación de la doctrina constitucional argentina contemporánea sobre la Constitución de 1949*. José C. Paz. Universidad Nacional de José C. Paz. 2019.

Ensayos de doctrina jurídica-política y artículos periodísticos.

Beraza Martín y Szwarstein Matías. 1993. "El Pacto de Olivos". Buenos Aires. Publicable. El diario de TEA. 31 de octubre de 2023.

Basombrío, Cristina. "Intelectuales y poder: la influencia de Carlos Nino en la presidencia de

Alfonsín". Buenos Aires. Repositorio institucional. Revistas de la Universidad. Temas de historia argentina y americana. TEM 2008. N° 12. Universidad Católica Argentina.

Carrizo, Carla. "Entre el consenso coactivo y el pluralismo político: La Hora del Pueblo y el Pacto de Olivos (1973-1993)". Buenos Aires. Desarrollo Económico. Volumen 37. N° 147. Octubre-diciembre 1997.

García Lema, Alberto. "Una reforma consensuada progresivamente". Buenos Aires. Blog Alberto Manuel García Lema. 2019.

Herrera, Carlos Miguel. "En los orígenes del constitucionalismo social argentino: discursos en torno a la Constitución de 1949". Programa Interuniversitario de Historia Política. Buenos Aires. Boletín de la Biblioteca del Congreso N° 132. 2020.

Lambruschini, Sergio A. "70 años de la Constitución del '49. 25 años de la reforma constitucional del '94". Junín. Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA). Revista de Abogacía. Año IV. Número 6. mayo de 2020.

Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires (UNNOBA) Laprovitta, Ataliva G. Aspectos económicos de la de la reforma constitucional de 1860". Corrientes. Exposición en el III Congreso Nacional de Historia del Derecho en la Universidad Nacional del Nordeste. Agosto de 2023.

López, José Ignacio. “Tres décadas de la reforma constitucional de 1994”. Buenos Aires. Blog Palabras del Derecho. 21 de agosto de 2024.

Moreno, Edgardo R. “Pacto de Olivos, ¿el último gran acuerdo?”. Córdoba. La Voz. 15 de febrero de 2021.

Muiño, Oscar. “La lección de 1973: de la enmienda Lanusse al Pacto de Olivos”. Buenos Aires. El Estadista. 28 marzo de 2019.

Polak, Federico Gabriel. “Alfonsín expía injustas culpas de su partido”. Buenos Aires. Ámbito Financiero, p. 8. 3 de noviembre de 1993.

Recalt, Rodis. “Reforma del 94: el día que un custodio de Menem reescribió el Pacto de Olivos”. Buenos Aires. Revista Noticias. 15 de mayo de 2024.

Torre, Juan Carlos y Pastoriza, Elisa. “La democratización del bienestar” en Torre, Juan Carlos (coordinador) “Los años peronistas (1943-1955)”, Tomo V, NHA, Buenos Aires, Sudamericana. 2002.

Valdés, Eduardo. “El Cafiero que yo recuerdo”. Buenos Aires. Página 12. 14 de octubre de 2014.

Vanossi, Jorge Reinaldo, “La Constitución Nacional de 1949”. Comunicación del académico Dr. Jorge Reinaldo Vanossi, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de noviembre de 2005.

Vita, Leticia. “El pueblo a la Constitución. La reforma constitucional de 1949 a la luz de las peticiones a la asamblea constituyente”. Programa Interuniversitario de Historia Política. Buenos Aires. Boletín de la Biblioteca del Congreso N° 132. 2020.

Yofre, Juan Bautista. “La historia secreta del Pacto de Olivos, el acuerdo entre Menem y Alfonsín que hizo posible la reelección”. Buenos Aires. Infobae. 14 de noviembre de 2022.

Federico Gabriel Polak

Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Profesor universitario.

Desempeñó la función pública en diferentes gobiernos nacionales desde 1983 a 2021.

Vocero del expresidente Raúl R. Alfonsín.

Autor de doctrina jurídica, ensayos políticos y literatura de ficción

El artículo 41 de la Constitución Nacional a 30 años de su sanción. Reflexiones a partir del fortalecimiento del Estado de Derecho Ambiental

*Por Samanta Claudia Burgos
y Cristina C. Marin Henríquez*

Introducción

La reforma constitucional de 1994 implico un hito clave en la consagración expresa de los derechos de tercera generación en general y del derecho al ambiente en particular.

Si bien el derecho al ambiente ya era reconocido de modo implícito a nivel nacional y expreso en ciertas constituciones provinciales, teniendo en cuenta las tendencias mundiales, el desarrollo de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos de tercera generación y una ciudadanía cada vez más consciente y alerta por los daños palmarios a la naturaleza, el Congreso Nacional habilitó su incorporación a la reforma de la constitución nacional.

Sin embargo, conforme los testimonios de sus propios protagonistas, los referentes del sector y los documentos de la Convención Constituyente, su incorporación no estuvo exenta de un fructífero debate, en particular por la cantidad y diversidad de proyectos presentados para regular la temática ambiental con raigambre constitucional.

En efecto, la constitucionalización del derecho al ambiente implicó sentar las bases mínimas de respeto y cuidado al ambiente. Sin embargo, los consensos respecto de los conceptos utilizados, la incorporación de novedosas categorías jurídicas, el uso de cierta técnica legislativa e incluso cuestiones de filosofía política fueron ejes de profundo debate.

En las próximas páginas se realizará de modo descriptivo un breve análisis respecto del grado de cumplimiento, concreción e implementación de las normas y principios ambientales consagrados expresamente en nuestra Carta Magna hace 30 años. Al respecto, se tomarán para la reflexión no solo los avances normativos y jurisprudenciales en materia ambiental sino también una breve reflexión tomando como referencia y valor el fortalecimiento del Estado de Derecho Ambiental

Antecedente

Antes de la sanción de la Constitución de 1994 podemos vislumbrar que el derecho ambiental se encontraba en el artículo 33 de la Constitución como uno de los derechos implícitos.

A partir del análisis y la reforma de la Constitución de 1853 los constituyentes tuvieron la oportunidad de incorporarlo como un nuevo derecho: el derecho a un ambiente sano.

Reforma constitucional y debate legislativo¹

¹ Diario de Debate. Convención Constituyente 1994. HCDN.

La toma de esa conciencia ambiental ha tenido manifestaciones previas, en particular comenzando por acciones de las Naciones Unidas, en las que los gobiernos, por ejemplo, a través de la Conferencia de Estocolmo de 1972, empezaron la discusión de lo que en aquel momento se llamó la “Conferencia del hombre y la biosfera”, es decir, las relaciones del hombre con el planeta.

Durante el período que va de 1972 a 1992, año en que se realiza la Cumbre de Río de Janeiro, una muy importante acción científica clarificó muchos de los problemas que estaban afectando a la Tierra. Allí, sobre la base de un informe muy conocido —el informe Brundtland— se pudo establecer un conjunto de principios y se prepararon varios convenios que fueron suscriptos por los casi ciento cincuenta jefes de Estado que asistieron a dicha Cumbre. En primer lugar, la Declaración de Río sobre Ambiente y Desarrollo; en segundo lugar, la “Agenda XXI”; en tercer lugar el Convenio sobre las Forestas; en cuarto lugar el Convenio sobre el Cambio Climático; y, por último, el Convenio sobre la Biodiversidad.

En esa primera Declaración sobre Ambiente y Desarrollo se estableció lo que puede ser considerado un principio fundamental, es decir, el derecho del hombre a una vida saludable y productiva, en armonía con la naturaleza.

En esta línea, todas las reformas constituciones recientes —España, Portugal, Perú— y las constituciones provinciales reformadas después de 1993 contienen el tema.

La incorporación del artículo 41 a la Constitución de 1994 dio un gran impulso a la legislación ambiental a pesar que ya contaba nuestro país con normativa que trataba determinados aspectos en cuanto al daño ambiental.²

A partir de la sanción de nuestra Carta Magna de 1994 se dictaron en consecuencia, una serie de normas conocidas como “presupuestos mínimos” es decir que en la actualidad contamos con aproximada con 12 normas de presupuestos mínimos que hoy conforman el abanico de este derecho ambiental.³

En el debate parlamentario sobre la incorporación de la cláusula ambiental, podemos observar las distintas posturas que se expusieron en la Asamblea Constituyente. La discusión giró principalmente respecto a definir qué se conceptualizaba como “ambiente sano” incluyendo dentro del mismo no solo el aspecto material sino también el ambiente cultural.

El concepto de sano no solamente tiene que ver con la preservación y no contaminación de los elementos,

2 Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Ameazadas de Fauna y Flora Silvestre, conocida como “CITES”, aprobada por Ley 22.344, BO: 1/10/1982, (b) Convenio sobre la Diversidad Biológica, conocida como “CDB”, aprobado por Ley 24.375, BO: 6/10/1994.

3 Alonso, Santiago, El estado de la normativa ambiental en Argentina. Perspectivas regulatorias y deudas notorias, El Derecho , Nro 2022, Buenos Aires

como el aire que respiramos, el agua que bebemos o el suelo del cual podemos obtener los alimentos, sino además con todos aquellos ámbitos construidos por el hombre. Sano significa una ciudad con cloacas, con agua corriente, control del ruido y de las emanaciones, y con espacios verdes suficientes en relación con el espacio construido. Sano significa una vivienda adecuada, seca, aislada y luminosa; un ámbito de trabajo —ya sea una fábrica o una oficina— adecuado a su función, seguro y confortable. Sano significa que las escuelas donde los niños y los adolescentes pasan una gran parte de su vida tengan este mismo tipo de condiciones, pudiendo hacer extensivo lo mismo a los hospitales, las cárceles, etcétera.

La segunda calidad de ese ambiente que queremos garantizar es la del equilibrio, que no es una noción que se refiere a los equilibrios naturales del ambiente intangible, aquel donde el hombre no ha tenido ninguna actividad. Significa el equilibrio de los ambientes transformados por el hombre, lo que quiere decir que a las modificaciones a que se somete ese ambiente se le deben buscar respuestas que sean equivalentes, en condiciones aceptables, a las que resultan de la propia actividad del hombre.

En la medida en que se establece un derecho, los ciudadanos tienen a su vez el deber de preservarlo. Esto es lo que establece también el primer párrafo del despacho que se encuentra en consideración.⁴

4 Convención Nacional Constituyente, Julio 20 y 21 de 1994. https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/index.html

En el segundo párrafo del despacho se establecen las obligaciones del Estado, expresándose: “El Estado proveerá a la protección de este derecho...” Se ha utilizado la expresión “proveerá” por corresponder a un término utilizado en la Constitución de 1853 y que la comisión consideró importante mantener.

La frase “El Estado también deberá proveer a la utilización racional de los recursos naturales”, implica conocer dichos recursos para poder establecer previamente la razonabilidad de su uso, porque cuando no hay conocimiento previo a la utilización, ésta puede ser dañina y producir perjuicios irreversibles.

También se consagra la obligación del Estado de proveer a la preservación del patrimonio natural, entendiendo por tal el conjunto de los paisajes, restos fósiles, aerolitos, meteoritos y demás cuerpos celestes que constituyen no solo bienes naturales sino un patrimonio de valor científico muy importante para nuestro país.

La crisis ecológica que está provocando la destrucción sistemática de la vida nos obliga a crear una nueva concepción del hombre que asocie la libertad con la responsabilidad social corrigiendo así la causa ideológica de este despropósito de la Humanidad, dando nacimiento a la recuperación para que el medio ambiente vital tenga condiciones naturales necesarias para lograr un planeta ecológicamente sostenible.

El artículo 41, consagración expresa del derecho al ambiente. Concreciones y desafíos

La cuestión ambiental en la reforma constitucional abarca la consagración expresa en el capítulo “Nuevos Derechos y Garantías” de derechos de tercera generación en dos artículos fundamentales: el artículo 41 y el artículo 43. Estos derechos se consolidan con la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75.22⁵. Además, la incorporación del artículo 124 sobre el dominio originario de los recursos naturales ha tenido numerosas implicancias en materia ambiental en lo que respecta a las competencias de las jurisdicciones provinciales.

El artículo 41 en su redacción final contiene cuatro párrafos de contenido ambiental variado, complejo e innovador. A partir de la consagración expresa del derecho ambiental se han generado diferentes derechos y obligaciones para el Estado, sector privado y sociedad civil. Con finalidad didáctica y siguiendo la metodología de expertos en la materia, se separan en párrafos para su respectivo análisis:

Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.

5 En este sentido los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y recientemente el Acuerdo de Escazú.

El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.

Si bien otrora contenido dentro del artículo 33 como derecho implícito preexistente, la consagración del derecho de todos los habitantes de la República Argentina a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano ha implicado a lo largo de estos 30 años, numerosas y crecientes implicancias para todos los actores involucrados.

El concepto de ambiente ha sido caracterizado y conceptualizado por la doctrina local, regional e internacional de modo variado y fecundo, así como la adjetivación de sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano.⁶

Consecuentemente, el derecho al ambiente ha sido catalogado por la jurisprudencia como “un derecho de incidencia colectiva que tiene por objeto la defensa de un bien colectivo que pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión de titularidad alguna.” “Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno”.⁷

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos

6 En este sentido: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) <https://www.undp.org/es/argentina/marco-legal>.

7 CSJN, “Halabi Ernesto c/ P.E.N.-LEY 25873-DTO. 1563/04 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 332:111, sentencia del 24 de febrero de 2009, considerando 11. 10. Cf. art. 43, Constitución Nacional

Humanos ha señalado que el derecho a un medio ambiente sano posee dos dimensiones: una colectiva y otra individual. La primera “constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras”. Por su parte, sobre la faz individual consideró que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas en virtud de su conexidad con otros derechos, como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros.⁸

El concepto de desarrollo sostenible al que alude la norma, continua treinta años después siendo objeto de estudio y debate, debido en parte a gran cantidad de significados que ha acuñado el concepto por los diversos enfoques provenientes de discursos económicos, políticos, sociales e ideológicos. Actualmente hay cierta aceptación que el concepto abarca al menos tres grandes áreas: la económica, ambiental y social. La ponderación, preeminencia y equilibrio entre ellas no obstante continúa siendo tema de constante de debate.⁹

Además, la noción de desarrollo sostenible no sólo concierne al Estado, sino que también impone obligaciones para el sector privado mediante el control, planificación, reportes, permisos ambientales, políticas internas y creación de departamentos de sostenibilidad, entre otros. La tendencia de implicar

8 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-23/17, párr. 62.

9 Entre ellas Desarrollo sustentable o sostenible: una definición conceptual Carlos David López Ricalde* Eduardo Salvador López-Hernández** Ignacio Ancona Peniche

al sector privado con el desarrollo sostenible, en su triple dimensión, y con los derechos humanos en general es imperiosa en el contexto mundial actual.

En este sentido, desde el 2015 la nueva Agenda 2030 y los Objetivos para el Desarrollo Sostenible (ODS) consolidan los compromisos conjuntos y necesarios que deben llevar de modo coordinado los estados miembros de la Organización de Naciones Unidas (ONU), empresas y sociedad civil para implementar 17 Objetivos y 169 metas. En el caso del ambiente puntualmente ODS 6, 7, 11, 12, 13, 14 y 15.¹⁰

Finalmente, la referencia al daño ambiental y la obligación de recomposición será desarrollado en el título siguiente.

Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

Consagrado y definido el objeto de tutela, la norma continúa haciendo referencia a quienes serán los encargados de velar por este derecho. En este sentido, la cuestión ambiental en general y la gestión de los recursos naturales, y culturales requieren al menos de políticas de concertación y coordinación hacia un federalismo cooperativo.¹¹

10 Objetivos y metas de desarrollo sostenible - Desarrollo Sostenible (un.org)

11 En este sentido, Gelli M.A Constitución de la Nación Argentino

En efecto, las Políticas Públicas son las acciones de gobierno que buscan cómo dar respuestas a las diversas demandas de la sociedad. Es un proceso decisional, generado en el marco de procedimientos, instituciones y organizaciones gubernamentales. En este sentido:

Las políticas públicas ambientales implican la necesidad de crear los espacios para forjar una ciudadanía que se sienta dueña del espacio público, responsable del éxito o fracaso de la sociedad y que vea a las autoridades como su instrumento y colaborador, y no como un obstáculo. En dicho esquema deben ser compatibles diversos grupos y sus intereses variados e incluso opuestos, y debe ser posible llegar a un consenso que tal vez no satisfaga por completo a ninguno, pero que sin embargo sea aceptable a todos (Montes de Oca, 1998).

En definitiva, son la base para el desarrollo y fortalecimiento de un Estado de Derecho ambiental.

La democracia participativa en cuestiones ambientales se ha reforzado con la adhesión del Estado Argentino al Acuerdo de Escazú en 2021, siendo el primer Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe. La aplicación de este Tratado sin duda plantea interrogantes y desafíos para las autoridades administrativas y judiciales a la vez que demanda por mayores niveles de capacitación ambiental en

las estructuras estatales y de educación ambiental en todos los niveles educativo para la ciudadanía.¹²

En lo que respecta a la autoridad de Aplicación, hasta diciembre de 2023 el Ministerio De Ambiente y Desarrollo Sostenible era el organismo con mayor jerarquía en materia ambiental, que tenía entre sus competencias ejecutar los planes, programas y proyectos del área de su competencia elaborados conforme las directivas que se le imparten; intervenir en el Consejo Federal de Medio Ambiente, integrando y proporcionando los instrumentos administrativos necesarios para una adecuada gestión del organismo; entender en la promoción del desarrollo sostenible de los asentamientos humanos, mediante acciones que garanticen la calidad de vida y la disponibilidad y conservación de los recursos naturales; entender en el control y fiscalización ambiental y en la prevención de la contaminación; entender en el lineamiento de estrategias de innovación ambiental que fomenten la conservación, recuperación, protección y uso sostenible de los recursos naturales y el medio ambiente; y entender en la incorporación de nuevas tecnologías e instrumentos para defender el medio ambiente.¹³

Con la entrada en vigor del Decreto 8/23 del 10 de diciembre de 2023 las funciones y obligaciones asumidos por el ex Ministerio de Ambiente están a cargo del Ministerio del Interior.

12 Por una cuestión de espacio diferimos este debate para posteriores artículos.

A partir del decreto 33/2024 el ex Ministerio de Ambiente se fusiona en una única Secretaría que concentra Turismo, Ambiente y Deportes.

Si bien en la actualidad resta observar cómo se continuará con las políticas ambientales vigentes y el diseño de las pendientes, creemos pertinente señalar los componentes claves para el desarrollo de políticas públicas sustentables, entre ellas: la creación de instituciones sólidas que permitan la participación de actores sociales deliberantes, la organización de grupos multidisciplinarios que ejerciten el control social difuso de las políticas de las instituciones gubernamentales y organismos multilaterales, la promoción de la producción de conocimientos de los ciudadanos, la generación de esferas de negociación de las agendas de gobierno, la construcción de políticas públicas que expresen la deliberación de la sociedad civil y los gobiernos, a la vez que la objetivación de los mecanismos para resolver conflictos, entre otras.

Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

En efecto la reforma constitucional viene a clarificar las atribuciones y competencias a nivel nacional respecto del dictado de la normativa ambiental mediante la introducción de un concepto novedoso y complejo como lo es el de presupuesto mínimo.

Respecto de este concepto, durante estos treinta años se ha suscitado numeroso desarrollo doctrinario

respecto de su alcance. Dicha polémica a quedado en la actualidad resuelta en parte por las propias leyes que los definen. En este sentido:

El artículo 6 de la Ley N° 25.675 establece:

“Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable”.

El artículo 1 de la Resolución del COFEMA N.º 92/2014 establece:

“Se entiende por presupuesto mínimo al umbral básico de protección ambiental que corresponde dictar a la Nación y que rige en forma uniforme en todo el territorio nacional como piso inderogable que garantiza a todo habitante una protección ambiental mínima más allá del sitio en que se encuentre. Incluye aquellos conceptos y principios rectores de protección ambiental y las normas técnicas que fijen valores que aseguren niveles mínimos de calidad. La regulación del aprovechamiento y uso de los recursos naturales, constituyen potestades reservadas por las Provincias y por ello no delegadas a la Nación. En consecuencia, el objeto de las leyes de presupuestos mínimos debe ser el de protección

mínima ambiental del recurso y no el de su gestión, potestad privativa de las provincias."

A la fecha, el Poder Legislativo Nacional ha dictado las siguientes leyes de Presupuestos Mínimos.

- Ley General del Ambiente (Ley N° 25.675)
- Ley de Gestión Integral de Residuos Industriales y Actividades de Servicios (Ley N° 25.612)
- Ley de Gestión y eliminación de PCB's (Ley N° 25.670)
- Ley de Gestión Ambiental de Aguas (Ley N° 25.688)
- Ley de Régimen de libre acceso a la información pública ambiental (Ley N° 25.831)
- Ley de Gestión de Residuos Domiciliarios (Ley N° 25.916)
- Ley de Presupuestos mínimos de los Bosques Nativos (Ley N° 26.331)
- Ley de Presupuestos Mínimos de Protección Ambiental para el Control de Actividades de Quema (Ley N° 26.562)
- Ley de Presupuestos Mínimos para la Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial (Ley N° 26.639)
- Ley de Manejo del Fuego (Ley N° 26.815)
- Ley de Gestión de Envases Vacíos de Productos Fitosanitarios (Ley N° 27.279)
- Ley de Adaptación y Mitigación al Cambio Climático Global (Ley N° 27.520)

El Poder Legislativo ha llevado adelante este mandato constitucional de manera fragmentada, parcial y con demoras significativas que merman su efectividad.

Además de las leyes de presupuestos mínimos, otras normativas relevantes a nivel nacional que conforman el orden jurídico ambiental dictadas con posterioridad a la reforma incluye:

Ley N° 24295 aprobatoria de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (1994), Ley N° 24.375 aprobatoria del Convenio sobre la Diversidad Biológica (1994), Ley N° 24.701 aprobatoria de la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África (1996), Ley N° 25.841, Ley 26221/07. Prestación del servicio de provisión de agua potable y colección de desagües cloacales. Control de la contaminación hídrica, Ley 26168/06. Crea la Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo como ente de derecho público interjurisdiccional en el ámbito de la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable aprobatoria del Acuerdo Marco sobre Medio Ambiente del MERCOSUR (2004), Ley N° 27.270 aprobatoria del Acuerdo de París (2016), Ley 26270/07. Desarrollo y Producción de la Biotecnología Moderna, ley 27566 Aprueba el Acuerdo Regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe.

Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

El problema de los residuos en general es un problema actual que excede con creces la finalidad de

este trabajo exploratorio introductorio.¹⁴ El concepto mismo de residuo peligroso ha variado en las últimas décadas.

En la Argentina la gestión de los residuos peligrosos se encuentra regulada por la ley 24051, el Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de Desechos Peligrosos y su Eliminación, el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes y el Convenio de Minamata sobre el Mercurio. La ley 24051 regula los residuos peligrosos definidos en su artículo 2, incluyendo los patológicos. Esta norma se aplica cuando hay una actividad interjurisdiccional o en una jurisdicción nacional. Esta no es una ley de presupuestos mínimos, por lo que cada provincia tiene la facultad de tomar igual criterio que Nación o regular la gestión manera diferente¹⁵

En este contexto, frente a las demandas de adaptar el concepto de residuo frente a la necesidad de implementar mecanismos cooperativos de economía

14 Basurales a cielo abierto: situación socioambiental y propuestas de solución integral | Argentina.gob.ar

La generación de grandes volúmenes de residuos sólidos urbanos (RSU) conlleva aspectos críticos en todo el país, con requerimientos para su manejo y riesgos sanitarios e impactos ambientales y sociales de relevancia que recrudecen en un modelo económico lineal —no circular— de los residuos y ante usuales limitaciones de los municipios para una gestión inclusiva y sostenible, incluyendo motivos presupuestarios, logísticos, territoriales, institucionales y de participación comunitaria

15 Informe del estado del ambiente.

circular, se ha dictado el Decreto 392/2023 sobre Residuos No Peligrosos Valorizados en vistas a regular en materia de importación de residuos, fomentando el aprovechamiento de los residuos no peligrosos valorizados que se encuentran disponibles en la República Argentina, promoviendo los principios que sustenta la economía circular. Sí, la aplicación efectiva del bloque de legalidad ambiental ha corrido suertes variables, según la materia, pero se observa en general una cierta morosidad en el dictado de las regulaciones necesarias para afianzar su plena vigencia. Con todo, la fragilidad institucional de las autoridades de aplicación se ha visto compensada, en alguna medida, por un creciente activismo judicial. Si bien es deseable que, en el menor plazo posible, se subsanen estos déficits del sistema jurídico-institucional, es encomiable la labor judicial en la protección de los derechos de incidencia colectiva consagrados por el constituyente de 1994.

Pendientes ambientales y estado de derecho ambiental

Si bien a treinta años de la reforma se evidencian notorios avances en el dictado de la normativa¹⁶,

16 En los últimos tres decenios el número de leyes ambientales aprobadas ha aumentado significativamente, en la medida en que los países han llegado a comprender los vínculos esenciales entre medio ambiente, crecimiento económico, salud pública, cohesión social y seguridad. A 2017, 176 países contaban con leyes marco en el ámbito del medio ambiente; 150 países habían consagrado la protección del medio ambiente o el derecho a un

amplios sectores aun manifiestan su descontento frente a la eficacia e implementación de estas frente a un panorama ambiental complejo y desafiante para los próximos años en los que el debate entre desarrollo económico y social y cuidado del ambiente continúa siendo abordado por momentos como dicotómicos e incompatibles en discursos en los que se conviven conceptos y preconceptos políticos, técnicos, jurídicos e ideológicos.

En lo que respecta a las leyes dictadas con posterioridad a la reforma, si bien Argentina cuenta con un amplio marco normativo que protege al ambiente lo cual sin duda constituye un avance positivo (a pesar de su proliferación, superposición o contradicción) aún son insuficientes para concretar la protección ambiental. Además, la legislación existente requiere actualizaciones, decretos y resoluciones para garantizar su aplicabilidad.

En el ámbito de lo pendiente, hay muchos proyectos de ley que ya fueron debatidos en numerosas oportunidades, sin éxito, mientras que otros son

medio ambiente sano en sus constituciones; y 164 países habían creado órganos a nivel de gobierno encargados de la protección ambiental. Estas y otras leyes, derechos e instituciones ambientales han contribuido a contener –y en algunos casos revertir– la degradación del medio ambiente y a lograr numerosos beneficios en materia de salud pública, desarrollo económico y social y derechos humanos, que se derivan de la protección del medio ambiente. (Environmental Rule of Law (Estado de Derecho Ambiental: Primer Informe Global).. 2019 United Nations Environment Programme)

sistemáticamente cajoneados y pierden estado parlamentario, otros ni siquiera están en agenda a corto plazo. A 30 años de la reforma, increíblemente aún resta legislar sobre presupuestos mínimos.¹⁷

Entre aquellos temas que requieren respuestas legislativas prioritarias se destacan:

- Calidad de los recursos hídricos y efluentes líquidos
- Calidad de suelos, sitios contaminados y pasivos ambientales
- Calidad de aire y límites de emisiones
- Evaluación de impacto ambiental estratégica
- Residuos peligrosos
- Delitos ambientales
- Humedales
- Hidrocarburos
- Áreas protegidas
- Biodiversidad
- Cambio climático¹⁸

Respecto de las características de las leyes ambientales existentes en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina señala no solo algunos problemas de competencia, interpretación y técnica legislativa sino además su operatividad diferenciada según la jurisdicción o en el peor de los escenarios una nula aplicación.

17 Los proyectos que están en el Congreso y podrían ayudar a conservar la naturaleza - LA NACION

18 Al respecto a mayor abundamiento: Alonso Santiago: El estado de la normativa ambiental en Argentina. Perspectivas regulatorias y deudas notorias

Además, en lo que respecta a su eficacia y enforcement, la aplicación efectiva del ordenamiento jurídico ambiental a lo largo de estos 30 años ha sido profundamente asimétrica.

Frente a este panorama cosa vital importancia tomar medidas para robustecer nuestro Estado de Derecho Ambiental, a los efectos de lograr un efectivo acatamiento, implementación y concientización de la temática ambiental.

En este sentido el primer informe global sobre el Estado de Derecho Ambiental realizado por la ONU en 2019 indica:

“Si la sociedad humana quiere mantenerse dentro de los límites de los umbrales ecológicos críticos, es indispensable que comprenda, respete y haga cumplir ampliamente las leyes ambientales, y que las personas y el planeta puedan disfrutar de los beneficios que aporta la protección del medio ambiente. El estado de derecho ambiental ofrece un marco para abordar la disparidad de las leyes ambientales en los libros y en la práctica y es fundamental para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible.”.¹⁹

En esta línea, algunas de las medidas clave que deben reforzarse para propender a una efectiva aplicación

19 Environmental Rule of Law (Estado de Derecho Ambiental: Primer Informe Global).. 2019 United Nations Environment Programme

de las leyes y consecuentemente al fortalecimiento del estado de derecho ambiental a futuro incluyen:

- Aumentar la coordinación y cooperación entre organismos intergubernamentales y actores de la sociedad civil.
- Fortalecer las instituciones y dotar a los organismos de control de capacitación y financiamiento,
- Garantizar el acceso a la información pública ambiental.
- Capacitar y reforzar la educación ambiental en todos los niveles para todos los sectores, incluyendo el desarrollo de carreras técnico-ambientales.
- Investigar y sancionar los delitos de corrupción.
- Permitir y garantizar la participación ciudad en temas ambientales.

Para todos estos ejes se están desarrollando en la actualidad diversas propuestas. Para el caso de la participación ciudadana y acceso a la información pública, El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (“Acuerdo de Escazú”) es el primer tratado regional ambiental de América Latina y el Caribe. La Argentina ratificó este Acuerdo en 2020 (ley 27566), y el mismo entró en vigor el 22 de abril de 2021. El Acuerdo de Escazú garantiza el derecho a acceder a la información ambiental y participar en la toma de decisiones ambientales. Adicionalmente, establece que cada Estado Parte garantizará el acceso a la justicia y, deberá tomar las medidas adecuadas

y efectivas para reconocer, proteger y promover el acceso a la justicia.²⁰

Litigios ambientales

La notoria morosidad en el dictado de normas en los planos jurídico e institucional ha sido compensando en parte por el creciente activismo judicial que ha mostrado nuestra Corte Suprema de Justicia en sus pronunciamientos para la protección de los derechos de incidencia colectiva consagrados por el constituyente de 1994.²¹

Recordamos que la introducción del artículo 43 fue clave para poder proteger los nuevos derechos y garantías mediante la consagración expresada de la acción de amparo dotando de amplia legitimidad activa para su interposición. Consecuencia de ello ha sido un crecimiento sostenido de los conflictos ambientales²² cuya judicialización presenta numerosos desafíos para un poder judicial que requiere de instrumentos y herramientas tecnológicas, profesionales técnicos, tribunales especializados y partidas presupuestarias

20 El Acuerdo de Escazú y la situación de las personas defensoras del ambiente en Argentina

21 Solo referenciamos en este punto la labor de la Corte como garante del control de constitucionalidad en nuestro país, si bien hay números fallos de tribunales inferiores que no han llegado a esta instancia y han contribuido enormemente a la certeza y consagración del derecho.

22 Casos de litigio climático en América Latina y el Caribe | Plataforma de litigio climático para Latinoamérica (litigioclimatico.com)

robustas para poder garantizar una resolución justa de la controversia.

A partir de la bisagra que resultó la causa Mendoza²³ a inicios de este siglo, la Corte Suprema dio inicio a una tendencia que se evidencia en numerosos fallos en los que ha sentado argumentos, bases y precedentes para asegurar el goce de diversos derechos y leyes ambientales, fallando sobre temáticas referidas a contaminación en cuencas interjurisdiccionales²⁴, tutela de bosques nativos²⁵, humedales²⁶, glaciares²⁷, la protección del derecho humano al ambiente y al agua potable²⁸, aplicación del principio precautorio²⁹, consagración de los principios *in dubio pro natura* e *in dubio pro aqua*³⁰ entre otros.

23 Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)

24 La Pampa C/ San Juan". Causa N° 2005/2018. 27/5/2021.

25 Fallo Dino Salas y otros – CSJN 26/03/09 Salas, Dino y otros c. Provincia de Salta y Estado Nacional (cese provisional de los desmontes y talas de bosques nativos).

26 Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental. CSJ 714/2016

27 Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad. CSJ 140/2011 (47-B)/CS1 ORIGINARIO

28 Kersieh,JuanGabriel y otros amparo CSJ42/2013(49-K

29 Godoy, Alejandro David Domingo y otro c/ Santi, Alejandro Luis y otro s/ sumarísimo MP 21091802/2010/6/RH1

30 Majul, Julio Jesús c/ Municipalidad de Pueblo General Belgrano y otros s/ acción de amparo ambiental. CSJ 714/2016

Mas recientemente, sin embargo, algunas voces se han levantado para señalar cierta ralentización o bien cierto activismo selectivo al rechazar recursos extraordinarios interpuesto en causas de temática ambiental critica³¹. Al margen del espacio acotado de este trabajo, podemos concluir preliminarmente que a lo largo de estos treinta años la labor de la Corte en la temática ha sido, con sus aciertos y controversias, sumamente prolífica, y se ha convertido es uno de los actores más relevantes para evaluar la eficacia y velar por la concreción de los derechos contenidos en la norma suprema.

Conclusiones

A treinta años de la reforma constitucional podemos concluir que la consagración expresa de la normativa ambiental y su incorporación en todos los niveles del ordenamiento jurídico, sin dudas ha fortalecido nuestro Estado de Derecho Ambiental a la vez que reforzado la conciencia y control de las acciones humanas que impactan en el ambiente. En este sentido, el llamado Federalismo de Concertación es una idea clave para para contribuir en el desarrollo y fortalecimiento del derecho ambiental en nuestro país.

Sin embargo, el trayecto esta lejos de concluir. Durante estos treinta años, frente a una realidad que desafía, sorprende y en muchos supera al Derecho, es posible evidenciar el largo camino que aún resta por transitar en el ámbito jurídico. En este sentido, en el

31 Foro Ecologista de Paraná y otro c/ Superior Gobierno de la Provincia. Causa 170/2020/RH1

plazo normativo resta legislar sobre temas críticos de protección ambiental. Asimismo, en lo que respecta al cumplimiento y efectividad de las normas existentes se requiere de acciones mancomunadas de todos los actores involucrados y con plena responsabilidad solidaria e individual, en este sentido:

“¿Qué tipo de mundo queremos dejar a quienes nos sucedan? Lo que está en juego es nuestra propia dignidad. Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá”
Papa Francisco

Bibliografía

El derecho a un medio ambiente sano Dictámenes del Ministerio Público Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012 - 2018) DDHH-cuadernillo-10-Medio-ambiente-sano.pdf (mpf.gob.ar)

Halabi Ernesto c/ P.E.N.-LEY 25873-DTO. 1563/04 s/ amparo ley 16986

Ricalde, C., y otros, Desarrollo sustentable o sostenible: una definición conceptual.

Gutierrez Ricardo y otros, Construir el ambiente, Sociedad, Estado y Políticas ambientales en Argentina, Teseo, 2018

Casos ambientales Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

—— Burgos, S. C. y Marin Enríquez, C. C. *El artículo 41...* (51-78)

Casos de litigio climático en América Latina y el Caribe | Plataforma de litigio climático para Latinoamérica (litigioclimatico.com)

Corte Suprema de Justicia de la Nación Ambiente. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 2021. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2021

Defensoría del Pueblo de la Nación Mayo El Acuerdo de Escazú y la situación de las personas defensoras del ambiente en Argentina Encuesta “COP2 de Escazú: dejanos tu voz!” 202320231002_33065_558742.pdf (dpn.gob.ar)

Informe ambiental 2024 Contra la corriente Perspectivas para garantizar el derecho al ambiente sano IAF_2024_COMPLETO_digital_v2.pdf (farn.org.ar)

CIPPEC - #40D: Lograr una transición verde justa (cippec.org)

Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Informe del Estado del ambiente IEA2021_digital.pdf (ambiente.gob.ar)

Las leyes para proteger la naturaleza se han multiplicado por 38, pero han fracasado | Planeta Futuro | EL PAÍS (elpais.com)

Nonna, S. La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina

Environmental Rule of Law, First Global Report, United Nations Environment Programme, 2019

Piazz, C. Hernandez Corte Suprema con agenda verde: jueces, fallos y gestión clave ambiental(Argentina, 2008-2020) C. Derecho y Ciencias Sociales. Noviembre 2023 –Abril2024. N° 30. e117. ISSN 1852-2971. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de La Plata

Monitor Legislativo Ambiental, Qué Tan Cerca Están Los Proyectos De Convertirse En Ley, <https://www.lanacion.com.ar/comunidad/monitor-legislativo-ambiental-nid04062021/#/>

*Samanta Claudia Burgos
Abogada y Profesora de Ciencias Jurídicas (UBA)
Diplomada en Derecho Ambiental (UBA).
Posgrado en Peritaje Ambiental (UCA)
Diploma en Sostenibilidad (UTN)
Se desempeña en el ámbito privado
(Área de Recursos Naturales).*

*Cristina C. Marin Henríquez
Abogada (UBA)
Diplomada en Gestión Pública (UCC)
Diplomada en Derecho Ambiental (UBA)
Profesora protitular en Derecho Societario
y Derecho Empresario (UCA)
Directora de la carrera de Martillero Público,
Corredor (inmobiliario y mobiliario),
Administración de consorcios y tasador
Directora de la Licenciatura
en Dirección y Gestión de Bienes.(UCA).*

Desarrollo y ambiente

Por Carlos Antonio Romano

Resumen

Este trabajo proviene de una investigación cronológica hasta el presente en materia de Derecho Ambiental y en su enlace con el Derecho Internacional Humanitario con la intención de describir principios, valores y una realidad que finalmente pretende centrarse en la gravedad de hoy sumida en el cambio climático. No encierra criterio ideológico o de culpa origen, se trata de realidad informada. El trabajo apunta a solidificar el concepto de que esta humanidad urge de alertas tempranas al respecto, y necesita, como decimos en nuestras otras obras, cambiar de caminos para “encontrar el camino”.

En palabras de Hugues:

El hombre es parte de la naturaleza. Nuestra composición biológica es parte de la energía y la materia natural. Somos hábitat de otros seres vivos, nos alimentamos de otros organismos y, cuando morimos, los microorganismos intentan reutilizar la materia orgánica que formó nuestro cuerpo. En el pasado, las culturas reconocían que la naturaleza era fuente de vida y por tanto era importante preservarlo. La relación de estas sociedades primitivas con el medio ambiente estaba guiada por un conjunto de reglas y prácticas que garantizaban el uso entorno sostenible. No utilizaron más recursos de los necesarios. (...) La actividad

humana se ha intensificado y diversificado, con la industrialización y la expansión de las actividades agrícolas y ganaderas, que aumentaron presión sobre el medio ambiente. La explotación de recursos naturales, como el petróleo, gas y carbón, se intensificaron, mientras que la contaminación se convirtió en un problema creciente, afectando la calidad del aire, el agua y el suelo (Hughes, 2009)

La Conferencia Científica de las Naciones Unidas también conocida como la *Primera Cumbre para la Tierra*, celebrada en Estocolmo (Suecia) del 5 al 16 de junio de 1972, adoptó una declaración que enunciaba los principios para la conservación y mejora del medio humano y un plan de acción que contenía recomendaciones.

Al leer la *Declaración sobre el derecho al Desarrollo de ONU*¹ surge este derecho, también inalienable, en virtud del cual todo ser humano está preparado para participar en el desarrollo humano cultural, económico y político. Y a su vez se lo vincula, no sólo al cuidado de los recursos, sino también con la libre determinación de los pueblos y la justa distribución de los beneficios de ese desarrollo «integral». Los Estados tienen el deber de su progresión y atención, la *Declaración* exige «medidas» y la promoción del pleno derecho de esos principios, «considerando que la paz y la seguridad internacionales son elementos esenciales para la realización del derecho al desarrollo».

1 Adoptada por la Asamblea General en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

Es importante porque allí se invoca también el desarme y se reconoce una cuestión específica «(...) que la persona humana es el sujeto central del proceso de desarrollo» y que toda política de desarrollo debe por ello considerar al ser humano como participante y beneficiario principal del desarrollo; y agrega: «(...) admitiendo la necesidad de «un nuevo orden económico». A estos fines los Estados deben alentar la participación popular en todas las esferas, en un proceso global económico y social, con participación activa libre y —reitera— con «justa distribución de los ingresos».

Poco antes de la *Declaración sobre el derecho al desarrollo de la ONU* la Comisión Mundial del Medio Ambiente en 1984² planteaba la necesidad de una agenda global fundada en varios textos de las Naciones Unidas. Ello desembocará en el *Documento Final* de la cumbre mundial en el 2005, donde se refieren los tres componentes del desarrollo sostenible—el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente— como pilares interdependientes que se refuerzan; esto en la intención de que no haya confrontación entre desarrollo y cuidado del ambiente.

El *Informe Brundtland para las Naciones Unidas* (1987), apela a la postura del desarrollo económico junto con el de sostenibilidad ambiental, con el propósito de analizar, criticar y replantear las políticas de desarrollo económico globalizador, reconociendo que el actual avance social se estaba llevando a cabo

2 Ver informe Brundtland, Resolución A 42/427 del de 1987.

a un costo medioambiental alto. En este informe, se utilizó por primera vez el término «desarrollo sostenible» definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones.

La primera ministra de Noruega³ indicaba llevar a cabo dos tipos de restricciones: a) ecológicas, es decir, la conservación de nuestro planeta Tierra, y b) morales: renunciar a los niveles de consumo a los que no todos los individuos puedan aspirar. Y refería a: 1) el crecimiento económico en los lugares donde no se satisfacen las necesidades anteriores, es decir, en los países pobres; 2) el control demográfico, referido principalmente a las tasas de natalidad; 3) no poner en peligro los sistemas naturales que sostienen la vida en la Tierra; 4) la subordinación al bienestar humano de la conservación de los ecosistemas debe estar subordinada al bienestar humano conservación de los ecosistemas pues no todos los ecosistemas pueden ser conservados en su estado virgen; 5) la mayor eficiencia posible del uso de los recursos no renovables; y 6) el cuidado del planeta y sus alrededores.

En un orden histórico, el artículo 11 del *Protocolo de San Salvador* (1988) nos participaba del Derecho a un medio ambiente sano, es decir, a que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. Y para ello postulaba que los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

³ Gro Harlem Brundtland, quien lideró el Informe Brundtland.

Por su parte, *la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* reforzó la conciencia pública a escala mundial sobre el cambio climático. Luego los gobiernos acordaron incorporar una adición a este tratado mediante el Protocolo de Kioto (1997) —que supuso medidas más enérgicas a la vez que jurídicamente vinculantes— y una enmienda en Nairobi en 2006. También se tenía previsto adoptar un nuevo protocolo en el año 2009 en Copenhague que finalmente se retrasó y desembocará en México 2010.

El objetivo era lograr la estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impidiera interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Se sostenía que el cambio del clima era algo ya inevitable por lo cual, no sólo debían abordarse acciones preventivas (para frenar el cambio climático), sino también de adaptación a las nuevas condiciones climáticas. Siempre nos preguntamos ¿cuáles fueron los sistemas de alerta temprana (SAT)? ¿Cuántos murieron o padecieron después? Siempre nos preguntamos ¿cuáles fueron los sistemas de alerta temprana (SAT)? ¿Cuántos murieron o padecieron después?

El desarrollo sostenible tiene como principales características: lo común, la integración, la corresponsabilidad, la solidaridad, la cooperación, la precaución, la resiliencia, la no regresión de Derechos Humanos (DDHH). La relación armónica con la Naturaleza, desde siempre sostenida por muchas culturas, arriba a lo político tras advertir que la sociedad tenía más pobres y el planeta estaba más

comprometido. A esta altura, Desarrollo y Ambiente ya dejaban de ser un problema exclusivo de los países que no estaban desarrollados. Fue nuestra primera alarma en ese mandato de unir la economía al cuidado de los recursos y al futuro de nuestros hijos.

En el año 1994, la reforma constitucional argentina incorporó en el segundo párrafo del art. 41 de la Constitución Nacional la previsión de que las autoridades proveerán a la protección de este derecho. Un Estado que —creo aquí— no debe olvidar el principio protectorio, debe tener políticas normativas anticipatorias, investigar con el propósito de evitar la contaminación y reflejar un eficiente poder de policía; que debe, en virtud de este segundo párrafo: a) proveer a una utilización racional de los recursos naturales; b) proveer a la preservación del patrimonio natural, cultural y a la diversidad biológica y c) proveer a la información y educación ambiental.

En el año 2002 en la Cumbre de la Tierra en Johannesburgo se definieron principios relativos al acceso al agua, stress hídrico, la producción agrícola, la biodiversidad de las especies animales y la salud; con especial énfasis en la pobreza, los recursos naturales y su gestión como sustento de los derechos humanos en un mundo globalizado.

Recordemos que en 1984 la Comisión Mundial del Medio Ambiente comprometió una agenda global para 2005; hubo una cumbre en la Organización de Naciones Unidas en la que se deliberó sobre el reconocimiento del grave problema que supone el cambio climático y la necesidad de restablecer el compromiso de tomar medidas con arreglo a

la *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. También se determinó la prestación de asistencia a los más vulnerables y se acordó crear un sistema mundial de alerta temprana para todas las catástrofes naturales.

Como continuidad, en el año 2012 nuevamente en Río de Janeiro se buscó asegurar el compromiso renovado en dos temas: la economía verde y luego el marco institucional para el desarrollo sostenible dejando impuesto diecisiete objetivos mundiales. El 12 diciembre de 2015, en la *XXI Conferencia sobre Cambio Climático* (COP 21) de París, las partes alcanzaron un acuerdo histórico para combatir el cambio climático y acelerar e intensificar las acciones e inversiones necesarias para un futuro sostenible con bajas emisiones de carbono.

El objetivo central del *Acuerdo de París* fue reforzar la respuesta mundial a la amenaza del cambio climático manteniendo el aumento de la temperatura mundial en este siglo muy por debajo de los dos grados centígrados por encima de los niveles preindustriales.

En la *Conferencia de las Partes* (COP) de Naciones Unidas, durante dos semanas al año, representantes de todos los países se reúnen para decidir cómo encarar el mayor desafío de la historia humana reciente: la crisis climática. Cómo producimos y consumimos energía es la principal causa de la crisis que está sufriendo el planeta. Esto genera cambios de presión y temperatura que derivan en grandes problemas como sequías, inundaciones, migraciones masivas y una pérdida enorme de biodiversidad, como la probable extinción de la

mitad de las especies de animales terrestres para final de siglo. Los responsables de este problema son los que más deben pagar para arreglarlo, pero son también los que más poder tienen. Estados Unidos y la Unión Europea son responsables de casi el 50 % de las emisiones acumuladas, y China representa casi el 30 % de las emisiones actuales. Estados Unidos, China, Rusia e India no dieron señales de compromiso ante este objetivo. Cabe destacar que la ONU advirtió que deben multiplicarse por cinco los esfuerzos globales si se quiere lograr que el aumento de la temperatura quede por debajo de los 1,5 grados y multiplicarse por tres si ese incremento no supere los 2 grados. A pesar de que esta es una de las metas del Acuerdo de París, la ONU calcula que acorde a los planes hasta ahora presentados el incremento será de 3,2 grados.

En el año 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó la Opinión Consultiva Nro. 23 (OC-23/17) y entre muchas cosas:

La jurisdicción de los Estados, en cuanto a protección de los derechos humanos de las personas bajo la Convención Americana, no se limita a su espacio territorial. El término jurisdicción en la Convención Americana es más extenso que el territorio de un Estado e incluye situaciones más allá de sus límites territoriales. (104).

Los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo su jurisdicción, aunque no estén dentro de su territorio. (104.c)

Los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio. (174)

(...) Con el propósito de cumplir la obligación de prevención los Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aún cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado.. (242.b)

En esa Opinión Consultiva la Corte desentrañó dos obligaciones a destacar: a) la participación, el derecho a la consulta previa, la participación ciudadana sobre decisiones que puedan afectar el medio ambiente, y b) la salvaguarda de las tradiciones culturales. También aludió a los principios «*pro-natura*», «precaución» y «prevención». Se estableció que el derecho ambiental es de la humanidad, común a todos, no solamente individual (174 y siguientes) y que los Estados deben actuar conforme al principio de precaución a efectos de la protección del derecho a la vida y a la integridad personal, y frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente en ausencia de certeza científica.

La Corte en la OC 23 refiere también a la cosmogonía indígena y su vínculo con el ambiente. Así como para

el derecho europeo pone acento en el individuo y su relación con el hábitat —*v. gr.* OC 15 de ONU sobre derecho al agua—, para nuestra Corte el principio es en función de la comunidad (*cfr.* caso Bellomonte vs. Brasil sobre OC 23). Hace tiempo (*cfr.* Romano, 1996), al referirnos a estos temas en función de nuestra ciencia sosteníamos:

Hablamos de un orden público ambiental que irá a imponerse sobre la autonomía de la voluntad. Un Derecho Ambiental que tiene por objeto el medio ambiente. Un derecho interdisciplinario (ecología, física, química, sociología, ética, etc.). Que en su espacialidad tiene en cuenta distintos ecosistemas. (...) el Derecho Ambiental debe enmarcarse en la preservación del medio ambiente con un desarrollo orientado. La bioseguridad como responsabilidad del Estado. El protagonismo de los habitantes en pos de esa defensa mediante acciones administrativas y judiciales. (...) Nuestra Carta Magna prevé la protección del hábitat mediante el Artículo 41 CN. Tiene este precedente en declaraciones y recomendaciones de la ONU. Desde hace décadas «desarrollo» y «ecología» aparecen como términos en conflicto. Cronológicamente primera estas declaraciones hicieron hincapié en el derecho a la calidad de vida e introdujeron también después lo que se dio en llamar el desarrollo sustentable. (...) En orden al tema de la legitimación, con la opinión de que legitimados somos todos de momento que el art. 41 de la CN y 28 de la CPBA supera aun la condición del ciudadano en este caso y se enrola en referencia a los habitantes. Y la opinión restrictiva a sólo el «afectado» en aquellos que temen al caos jurídico. Aquéllos que entienden existe una

legitimación activa amplia para peticionar el cese de actividades perjudiciales al medio ambiente, y restringida en el caso del reclamo hacia una reposición integral. Un debate que en definitiva y como adelantáramos no debe reducirse a la expectativa sobre los doctrinarios, sino que habrá de esperanzarse en la previsión del conflicto y en el conflicto mismo como motores de esquemas de defensa, con una jurisprudencia sólo asequible a través de la creación de Tribunales especiales. (Romano, 1996).

En lo funcional la *Conferencia de las Partes de Naciones Unidas* (diciembre de 2019) con su lema «es tiempo de actuar» fue un claro ejemplo de lo que ocurre por su resultado, casi nulo. El secretario general de Naciones Unidas, Antonio Guterres, abrió esa cumbre diciendo: «Si no cambiamos urgentemente nuestra forma de vida, ponemos en peligro la vida misma».

Todos los seres humanos dependemos del medio ambiente en que vivimos, que debe ser seguro, saludable y sostenible para la realización de diversos derechos humanos, sin ellos no hay dignidad humana. Más allá de los acuerdos, compromisos y alianzas que se anunciaron, la suba de la temperatura promedio llegaría a 2,4 °C a fines de siglo.

Uno de los acuerdos más celebrados fue el que buscó poner fin a la era del uso del carbón. Los líderes que representaban más del 85 % de los bosques del mundo se comprometieron en la *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*(COP26, 2021) a detener y revertir la deforestación y la degradación

de la tierra para el año 2030. Se destinarían unos 12.000 millones de dólares de fondos públicos para proteger y restaurar los bosques, junto con más de 7.000 millones de dólares de inversión privada.

Por otro lado, alrededor del 30 % del calentamiento global desde la Revolución Industrial se debe a las emisiones de metano, uno de los gases que podemos cortar más rápidamente (especialmente las extracciones de petróleo y de gas). Pero no hay una hoja de ruta ni un mecanismo que indique cómo se conseguirá este objetivo, cómo hacerlo si el multilateralismo no funciona eficazmente.

La mayoría de los investigadores climáticos que formaron parte del último informe del Panel Intergubernamental del Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) cree que verán impactos catastróficos del cambio climático durante sus vidas y ven con escepticismo la posibilidad de que los gobiernos aceleren las medidas que eviten el avance del calentamiento global.

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM) ha estado reportando el aumento de migrantes en distintas regiones del planeta debido a los efectos del cambio climático: fenómenos como temperaturas extremas, aumento del nivel del mar, sequías o tormentas. Paradójicamente, las personas menos responsables del cambio climático son las más vulnerables a sus consecuencias.

Según la Cruz Roja, desde que comenzó la pandemia (Covid-19), los desastres asociados al clima afectaron gravemente la vida de al menos 139 millones de

personas y de los 25 países más vulnerables al cambio climático, hay 14 que, además, están sumidos en conflictos armados.

En lo funcional la Conferencia de las Partes de Naciones Unidas (diciembre de 2019) con su lema “es tiempo de actuar” fue un claro ejemplo de lo que ocurre por su resultado, casi nulo. El secretario general de Naciones Unidas, Antonio Guterres, abrió esa cumbre diciendo: «Si no cambiamos urgentemente nuestra forma de vida, ponemos en peligro la vida misma».

La 28^a *Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (COP28, 2023) alcanzó un acuerdo sin precedentes en cuanto al Acuerdo de París, aunque no priorizó «eliminar progresivamente los combustibles fósiles» por completo y no llega a eliminarlos. Sin embargo, la dirección es clara. Asimismo, se produjeron muchos anuncios y se evidenció el papel fundamental del sector privado; las acciones corporativas en torno a energías renovables y financiación climática tienen un papel fundamental, pero es necesario hacer mucho más: involucrar a más empresas y tener un enfoque más holístico en la acción climática. Finalmente, se concluyó que los esfuerzos globales y locales deben garantizar cambios efectivos y equitativos hacia la energía renovable. Sin embargo, no se debe dejar nadie atrás y esta transición debe ser justa y equitativa. Un desarrollo en el que las empresas cumplen un papel crucial.

El Acuerdo de Dubái sostuvo como «Objetivos 2030»: triplicar la capacidad global de energías

renovables y duplicar la tasa media anual mundial de mejora de la eficiencia energética; acelerar la disminución progresiva del uso de energía basada en carbón (reducción del carbón); avanzar hacia sistemas energéticos con emisiones netas cero a nivel mundial, utilizando combustibles de baja o nula emisión de carbono antes o alrededor de mediados de siglo (cero emisiones); dejar de utilizar combustibles fósiles en sistemas energéticos de manera justa y ordenada, acelerando la acción en la década actual para lograr cero emisiones netas en 2050 (abandono de combustibles fósiles); acelerar el desarrollo de tecnologías de emisiones cero y bajas, como energías renovables, energía nuclear, y tecnologías de captura y almacenamiento de carbono, especialmente en sectores difíciles de reducir (desarrollo de tecnologías limpias); reducir sustancialmente las emisiones de gases distintos al dióxido de carbono a nivel mundial, con un enfoque en la reducción de las emisiones de metano para 2030 (reducción de gases distintos al CO₂); acelerar la reducción de emisiones en el transporte por carretera mediante el desarrollo de infraestructuras y la rápida adopción de vehículos con cero o bajas emisiones (transporte sostenible); eliminar las subvenciones ineficientes a los combustibles fósiles que no aborden la pobreza energética ni las transiciones justas (eliminación de subvenciones ineficientes); duplicar la financiación para la adaptación respecto a los niveles de 2019 para 2025, detener y revertir la deforestación y degradación de los bosques, el establecimientos de todas las partes de planes nacionales de adaptación para 2030, reducir la escasez de agua, lograr una producción alimentaria y agrícola resistente, aumentar resiliencia de infraestructuras al cambio

climático, reducir efectos del cambio climático sobre la erradicación de la pobreza, etcétera.

En materia de cooperación internacional, reconoce el papel de las empresas y destaca la necesidad de reforzar los incentivos, normativas y condiciones para orientar las inversiones para lograr una transición mundial hacia la reducción de emisiones de CO₂. Además, el Mecanismo Tecnológico apoyará el desarrollo mediante la capacitación, el intercambio de conocimientos, la asistencia técnica y el papel de la inteligencia artificial para el cambio climático.

Por otra parte, establece que los 198 países comprometidos con el Acuerdo comunicarán cada 5 años sus contribuciones nacionales para abordar el cambio climático. Se enfatiza la transparencia y claridad en la presentación de información. Aunque el acuerdo no impone sanciones por incumplimiento, sirve como una hoja de ruta compartida para abordar la urgencia de cambiar los sistemas energéticos y comerciales para evitar consecuencias económicas y ambientales desastrosas debido al cambio climático.

En la COP 28 de Dubái, el Pacto Mundial de la ONU España se destacó por su compromiso y liderazgo en la promoción de la acción climática en el ámbito empresarial: líderes empresariales se reunieron para discutir el papel esencial de las empresas en abordar la crisis climática y Clara Arpa⁴ destacó que cada vez más empresas consideran la lucha contra el cambio

4 Presidenta del Pacto Mundial de la ONU España y ponente en la COP 28 Dubai.

climático una prioridad e instó a las empresas españolas a unirse a la iniciativa.

Según el informe del IPCC de agosto de 2021, la temperatura del planeta ya ha aumentado en promedio cerca de 1,1 °C y posiblemente llegue a 1,2 °C. En cuanto a incrementos futuros, un estudio publicado en abril de 2022 en la revista *Nature* señalaba que si se cumplieran todos los objetivos a largo plazo anunciados por los países en la COP 26 —la cumbre de cambio climático de Glasgow en 2021—, el calentamiento podría contenerse en 2 °C. Sin embargo, el secretario general de la ONU, Antonio Guterres, ha recordado, en marzo de 2023 que mantener el incremento de temperatura por debajo de 1,5 °C sigue requiriendo una reducción drástica del 45 % en las emisiones de CO₂ o dióxido de carbono de 45 % para 2030. Ha advertido que los planes actuales de los gobiernos llevarán a un aumento de casi el 14 % en las emisiones de CO₂ en esta década para finalmente sostener que «Estamos caminando sonámbulos hacia una catástrofe climática». (...) «A aquellos que se opusieron a una referencia clara a la eliminación progresiva de los combustibles fósiles en el texto de la COP28, quiero decírselos que la eliminación progresiva de los combustibles fósiles es inevitable, les guste o no».

Así las conclusiones de la 28^a *Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático* (COP28, 2023) son que ya en el *Acuerdo de París* no se deja lugar a dudas, aún estamos muy lejos de limitar el aumento de la temperatura a 1,5 °C de niveles preindustriales. Se destaca que los países en vías de desarrollo son

especialmente vulnerables a los efectos adversos del cambio climático y se necesita de opciones de mitigación viables, eficaces y de bajo coste en todos los sectores. Para limitar el calentamiento global a 1,5 °C, el acuerdo establece que se deben reducir las emisiones mundiales de gases de efecto invernadero un 43 % hasta 2030 y un 60 % hasta 2035 en relación con los niveles de 2019, y alcanzar las emisiones netas de dióxido de carbono cero para 2050.

La 29.^a *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*, desarrollada entre el 11 y el 22 de noviembre de 2024, en la ciudad de Bakú, capital de Azerbaiyán tuvo como tema principal la financiación de las pérdidas por el cambio climático y acciones claves como la transición energética, las cuales en su gran mayoría están siendo asumidas por los países más vulnerables. No cumplió con las expectativas que se tenían de este encuentro. En el texto del acuerdo quedó consignada la suma objetivo de 300.000 millones de dólares anuales en financiación climática para 2035, suma que varios asistentes consideran insuficiente, y que desdibuja la responsabilidad de los países que históricamente han emitido mayores cantidades de gases de efecto invernadero. Aunque no se consideran las repercusiones para quienes no cumplen con estos estándares se evidenció la necesidad de transparencia en los mercados de carbono.

Como conclusión a este trabajo, la humanidad debe ocuparse, hasta que la realidad no deje de hipernomalizarse dar culpas a la Naturaleza o centrarlas en la acción del hombre se vuelve una discusión ambigua, porque la humanidad se hará

cargo de la Naturaleza o ella de la humanidad. Hasta tanto el sector gobernante y la responsabilidad empresarial no sientan la presión o el apoyo por parte de la gente, la inacción seguirá siendo la regla. Es necesario un cambio en los hábitos de consumo por parte de todos, el desarrollo de políticas para la producción y consumo sustentable. Estamos en tiempo de descuento, y por eso no quiero dejar de aprovechar la oportunidad para reiterar el llamado a la acción. El sistema económico, que tiene un objetivo principalmente cuantitativo, dirige el desarrollo hacia una lógica de inadecuada acumulación y expansión que se traduce en ineficiencia social y ambiental. La monetización sin precedentes de bienes con fines de lucro ha generado tendencias de comportamiento que no solo afectan la Naturaleza, sino también a las relaciones sociales capitalistas. Se trata de analizar la economía ecológica no como pensamiento ideológico o sistema económico, sino como bisagra de salida coyuntural y/o del cambio en el comportamiento de la sociedad hacia otro estilo de vida. Cuando hablamos de desarrollo abarcamos aspectos de la sociedad sostenible destinado a integrar aspectos económicos, sociales y medioambientales en un único fin, fomentando el crecimiento sin dañar el medio ambiente y garantizando la justicia de paz sin importar el modelo que escojamos.

Para esto la actuación debe ser global, la acción local (glocal), para nuestra filosofía latinoamericana nuestro “estar siendo” debe consolidarse en actuar para ser en paz.

Referencias

Hughes, J. D. (2009). Una historia ambiental del mundo: el papel cambiante de la humanidad en la comunidad de la vida. Routledge

Romano C. A. (1996). Breve recorrida al Derecho Ambiental a nivel nacional y provincial. Revista del Colegio de Abogados de Morón, (2).

Fuentes

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2002). Observación General nº 15: el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales). https://aguaysaneamiento.cndh.org.mx/Content/doc/Normatividad/Observacion15_DESC.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva Nro. 23* (OC-23/17) https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/resumen_seriea_23_esp.pdf

Naciones Unidas (1986). *Declaración sobre el derecho al desarrollo*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-right-development>

Naciones Unidas (2005). *Documento final de la Cumbre Mundial 2005*. https://www.un.org/spanish/summit2005/fact_sheet4.pdf

Naciones Unidas (1987). *Desarrollo y cooperación económica internacional: medio ambiente. Informe de la*

Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo “Nuestro futuro común” [Informe Brundtland]. Resolución A 42/427 https://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf

Naciones Unidas (1992/1994). *Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*. Recuperado de: https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf

Naciones Unidas (1997/2005). *Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático*. <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>

Naciones Unidas (2002). *Informe de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible [Cumbre de la Tierra de Johannesburgo]*. A/CONF.199/20 <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n02/636/96/pdf/n0263696.pdf>

Naciones Unidas (2015). *21^a Conferencia de las Partes (COP) de la Convención Marco de Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC)*. París https://unfccc.int/sites/default/files/spanish_paris_agreement.pdf

Naciones Unidas (2021). *26^o Conferencia de las Partes (COP) en calidad de reunión de las Partes en el Acuerdo de París. Glasgow*. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_L16S.pdf

Naciones Unidas (2024). *29.ª Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático*

Organización de Estados Americanos (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales: “Protocolo de San Salvador”*. <https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

*Carlos Antonio Romano
Doctor en Ciencias Jurídicas y Magíster Experto
Internacional en Derechos Humanos y Derecho
Internacional Humanitario. Universidad del Museo
Social Argentino (UMSA)*

“1994: el último momento estelar de la política argentina”¹

Por Juan José Herrero Ducloux

Sumario

I.- Presentación del tema a tratar; II.- Antecedentes. a) Consejo para la Consolidación de la Democracia; b) Posición del Justicialismo; c) Circunstancias previas al inicio de las conversaciones entre el Justicialismo y el Radicalismo; d) “El Pacto de Olivos” y su origen; e) Sanción de la ley N° 24.309 Declarativa de la Necesidad de la reforma de la Constitución Nacional; f) Elección de convencionales constituyentes. Ceremonia de apertura y sesión preparatoria de la Convención Constituyente (Paraná, 25 de mayo de 1994); g) Breve descripción del ámbito espacial donde funcionó la Convención Constituyente. Destino del cuadro “Los Constituyentes de 1853” del artista Antonio Alice; h) Debate en el Plenario de la Convención Constituyente sobre el Reglamento Interno y el alcance de la ley declarativa de la reforma

1 Frase expresada por el actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien también fue convencional nacional constituyente en 1994, Dr. Horacio Rosatti, en una entrevista efectuada por el periodista Carlos Pagni, en el programa “Odisea Argentina” del canal “La Nación+”, emitido el día 12 de diciembre de 2022. <https://youtu.be/leQUST4aafM?si=nSgAI-YHH2pTh0lMU>. Ya volveré sobre los dichos de Rosatti al final del presente trabajo.

constitucional; III.- Conclusiones; IV.- Referencias bibliográficas; V.-Documentos consultados.

I.- Presentación del tema a tratar

Como cuestión de “previo y especial pronunciamiento”, manifiesto mi agradecimiento a la doctora María José Rodríguez, directora del Centro de Información Jurídica (Cljur) de la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. y al doctor Cristian Millán, quienes generosamente me invitaron a participar en este número tan importante organizado por la Universidad del Museo Social Argentino con motivo de la reforma constitucional de 1994.

La Convención Nacional Constituyente de 1994, según mi punto de vista, fue el hito institucional más importante de nuestro país desde 1983 a la fecha, habiendo tenido el aquí firmante -a sus entonces 24 años y ya recibido de abogado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de nuestra Universidad- la inmensa fortuna de haberse desempeñado como asesor en dicha convención. Desde ese lugar de testigo privilegiado es que a lo largo del presente trabajo, además de explayarme respecto de la información objetiva, aprovecharé para compartir algunos recuerdos de carácter personal, es decir de aquellos vivenciados que no suelen estar incluidos ni en los diarios de sesiones, ni en los libros de doctrina, ni mucho menos en la jurisprudencia.

Desde ese lugar presencial me considero —y permítaseme el término— con cierta autoridad para referirme no solo a la fecunda labor desarrollada

en las ciudades de Santa Fe y Paraná desde el 25 de mayo hasta fines de agosto de aquel año, sino también de los muy valiosos convencionales que la protagonizaron.

Destaco a la Convención Constituyente de 1994 no solo por la producción normativa, esto es, el texto finalmente sancionado, sino porque en ella participó, sin exclusiones ni proscripciones, la totalidad del arco político de la República Argentina con enorme tolerancia y pluralismo. No creo equivocarme cuando sostengo que se trató de la convención constituyente con mayor grado de representatividad de todas las que tuvieron lugar en nuestro país.

El respeto que existió en aquellas jornadas hacia la opinión contraria, independientemente del origen político o geográfico, fue el fiel reflejo del ambiente en el que se convivió durante los tres meses en los que funcionó aquella convención, lo que no obstdó a que al momento de ser defendida una idea o una posición política se produjeran arduos debates y discusiones con tono vehemente y con la voz elevada.

Para ir culminando, adelanto que trataré los antecedentes que desde el año 1983 condujeron a la última reforma constitucional, para luego describir algunas de las cuestiones que fueran debatidas en las primeras sesiones de la Honorable Convención Constituyente, momento en el cual, según mi opinión, tuvieron lugar los debates sobre cuestiones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas más importantes de esta convención. Finalmente compartiré algunos breves recuerdos y reflexiones a modo de conclusión.

II.- Antecedentes.

a) Consejo para la Consolidación de la Democracia.

Es dable recordar que en el inicio de este período histórico, el presidente Raúl Alfonsín a través del decreto 2446/85 creó el Consejo para la Consolidación de la Democracia, órgano de carácter asesor *ad honorem* dependiente del Poder Ejecutivo. Una vez integrado, en su seno se deliberó y debatió entre otras cuestiones, respecto de posibles reformas al sistema constitucional, y a tal fin dicho órgano emitió dos dictámenes, a través de los cuales se propusieron una serie de reformas a la Constitución Nacional.

El primer dictamen estaba compuesto por nueve capítulos, en donde luego de pronunciarse sobre la oportunidad y necesidad de la reforma (cap. II) y el procedimiento a través del cual debía llevarse a cabo (cap. III), en el mismo se efectuaron propuestas específicas para la modificación de la parte dogmática de la Constitución (cap. IV) de los poderes del gobierno federal (cap. V) del federalismo (cap. VI) de los instrumentos para mejorar la participación democrática (cap. VII) del régimen del derecho internacional (cap. VIII) y del propio mecanismo de reforma de la Constitución (cap. IX). A este primer dictamen —que fuera publicado en el año 1986— se le deben adicionar los trabajos elaborados por las cinco comisiones técnicas, como así los que a título individual confeccionaron algunos de los consejeros y asesores.

En lo referido a la necesidad de reformar la Constitución entonces vigente, los miembros de

dicho consejo asesor exteriorizaron las razones de fondo que a su entender justificaban esta iniciativa. Entendían que la causa por la que la Constitución Nacional había sido transgredida y vulnerada en tantas oportunidades y por períodos tan extensos era una directa consecuencia de las supuestas deficiencias estructurales que esta poseía.

También se sostuvo que la Ley Fundamental ostentaba algunos vicios de ilegitimidad, entre los que contabilizaban la derogación por parte de un gobierno de facto de la reforma constitucional del año 1949, fundado en presuntos defectos formales, como asimismo que en el mismo decreto se haya restablecido la vigencia del texto original de 1853 y las sucesivas reformas, excluyendo, claro está, la sancionada durante el primer gobierno del general Perón. Para seguir justificando los defectos que poseía la Constitución Nacional, recordaron en el dictamen que el mismo gobierno de facto del general Pedro E. Aramburu al año siguiente de derogar la reforma de 1949 convocó también por decreto —es decir, sin sujeción al artículo 30 de la C.N.— a una convención constituyente en el año 1957, en la cual se excluyó la participación del movimiento político entonces mayoritario, ya que ese mismo gobierno de facto dos años antes había dispuesto su proscripción (conforme decretos del PEN N.º 3855/55² 6396/55³, entre otros).

2 Decreto 3855/55 del 24-11-1955 (Anales de Legislación Argentina, Tomo XV-A, pág. 602).

3 Decreto 6396/55 del 21-12-1955 (Anales de Legislación Argentina, Tomo XV-A, pág. 634).

Surge del dictamen la necesidad de actualizar a la Constitución Nacional a la que calificaba como “de las más antiguas del mundo”, y que poseía ciertos inconvenientes que obstaculizaban los acuerdos democráticos⁴.

El Consejo para la Consolidación de la Democracia propuso también mutar ciertos elementos del sistema presidencialista por algunos propios del parlamentarismo. El objetivo buscado era hacer cesar la inestabilidad que había caracterizado a la democracia argentina en los anteriores 50 años. El segundo dictamen de este órgano fue emitido en el año 1987, también favorable a la necesidad y oportunidad de la reforma a nuestra Carta Magna, donde se ahondaron ciertas explicaciones y posibles contenidos, pero se recordó que, para lograr el objetivo reformista, previamente debían alcanzarse consensos políticos.

b) Postura del Partido Justicialista durante el gobierno de Alfonsín.

La derrota electoral del año 1983 produjo un golpe muy fuerte a la estructura nacional del Partido Justicialista, lo que derivó en un paulatino reacomodamiento en sus filas, sobre todo a partir del año 1985 a través del denominado “movimiento renovador”. Este sector tiempo después se convirtió en la conducción partidaria, a la que le correspondió pronunciarse y tomar intervención respecto de la

4 Conf. Cap II, ps. 23/30 y la reserva del consejero Puigros (ps. 30/35).

iniciativa de reforma constitucional planteada por el radicalismo gobernante.

Cabe aclarar que, en forma simultánea, la mayoría de las provincias argentinas —muchas de ellas gobernadas por el justicialismo— fueron llevando adelante reformas en sus constituciones locales. A su vez, en el Congreso de la Nación distintos senadores y diputados en forma individual fueron presentando proyectos de reforma a la Constitución Nacional. Lo expuesto indudablemente colaboró con la generación de un clima político propicio para que nuestra Ley Fundamental fuera reformada.

Alberto García Lema, un destacado protagonista del proceso histórico que aquí recuerdo, sostuvo que en los encuentros partidarios realizados en La Falda y en Bariloche durante el año 1987, el Justicialismo se había expresado en favor de la necesidad y oportunidad de la reforma constitucional “desde la base de un amplio consenso político, federal y social” (García Lema, 1993). Agrega este protagonista y autor que en el marco de los consensos partidarios que se estaban logrando, con fecha 4 de enero de 1988 se emitió un “Comunicado de Prensa” suscripto por Raúl Alfonsín y Antonio Cafiero, en sus condiciones de presidente de la Nación y gobernador de la provincia de Buenos Aires, respectivamente. A ello se le sumó la creación por parte del Comité Nacional de la Unión Cívica Radical y del Consejo Nacional del Partido Justicialista, de sendas comisiones de reforma constitucional, las que “dieron a conocer sus correspondientes conclusiones en los primeros meses de ese año 1988 y que, finalmente, se plasmaron en las plataformas electorales de los dos partidos

mayoritarios, bajo las cuales encararon las elecciones presidenciales del año 1989" (García Lema, 1993).

La grave crisis económica que tuvo inicio en aquel año 1988 produjo que por un tiempo cualquier propuesta de reforma constitucional fuera pospuesta. En forma simultánea, otros proyectos de carácter institucional también corrieron la misma suerte, como por ejemplo el proyecto de traslado de la Capital Federal a Viedma y Carmen de Patagones⁵. Claramente las necesidades y demandas sociales iban en otra dirección, y las prioridades a ser resueltas eran la cuestión económica y política. Este momento histórico tuvo su máxima expresión con el triunfo electoral del Partido Justicialista en el año 1989 y la entrega anticipada del poder por parte de Raúl Alfonsín.

c) Circunstancias previas al inicio de las conversaciones entre el Justicialismo y el Radicalismo.

Como fuera adelantado, poco tiempo después de haber asumido Carlos Menem en forma anticipada la presidencia de la Nación, empezó a instalarse nuevamente la idea de llevar adelante una reforma constitucional.

El Partido Justicialista se había transformado en la fuerza política más importante, lo que le permitió efectuar innumerables modificaciones de

⁵ Ley 23.512, sancionada el 27 de mayo de 1987. El Presidente Alfonsín había creado el Ente para la Construcción de la Nueva Capital-Empresa del Estado (Entecap), a través del decreto 1156/87.

carácter legislativo —varias de ellas con el apoyo de la oposición—, de las cuales recuerdo a título meramente ejemplificativo la sanción de la Ley de Convertibilidad, las leyes de Emergencia Económica, de Reforma del Estado, de creación de marcos regulatorios de servicios públicos, de consolidación de deudas, de aumento del número de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otras leyes sancionadas.

Respecto de la cuestión constitucional, a inicios de la década de 1990, se firmó el “Acuerdo de Reafirmación Federal” (24-05-1990) por parte del presidente de la Nación y de gran parte de los gobernadores de provincia, donde se señalaba la necesidad de que el texto constitucional fuera reformado. En sentido inverso, en aquel mismo año el electorado de la provincia de Buenos Aires rechazaba por medio del plebiscito previamente convocado, la propuesta de reforma de la constitución bonaerense.

En su reciente libro, Eduardo Menem —quien fuera el Presidente de la Convención Nacional Constituyente— explica que “después de dos años de iniciado el gobierno del presidente (Carlos) Menem volvió a instalarse en la agenda política el tema de la reforma constitucional, registrándose en el mes de marzo de 1992 una reunión del Consejo Nacional Justicialista que por unanimidad se pronunció sobre la necesidad de la misma a cuyos fines resolvió constituir una comisión de juristas para estudiar el proyecto de reforma” (Menem, 2022: 65). Esa comisión de juristas del Partido Justicialista emitió un dictamen en el cual también fueron incluidas algunas de las propuestas efectuadas a través de los

dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia, de la cual con anterioridad hice una breve reseña de su labor.

A pesar de que el oficialismo poseía mayoría absoluta en ambas cámaras, no contaba con los suficientes legisladores para lograr por si solo declarar la necesidad de la reforma constitucional. Este déficit era más notorio en la Cámara de Diputados, y no pudo tampoco ser superado ni aún luego de los importantes triunfos electorales logrados durante los años 1991 y 1993. Mientras tanto la Convención Nacional de la Unión Cívica Radical, reunida en julio de 1992, se pronunció en contra de la reforma, y en especial sobre la reelección presidencial. En forma simultánea iban a aparecer en escena dos nuevas fuerzas que tratarían de “romper” con el entonces bipartidismo: el MODIN, y el Frente Grande⁶.

Una vez iniciado el año 1993 desde el Poder Ejecutivo se volvió a insistir con la reforma constitucional. Para ello se buscó aprobar la necesidad de la reforma en el seno del Senado de la Nación, recinto en el cual el Partido Justicialista poseía amplia mayoría,

6 El primero de ellos políticamente de derecha estaba liderado por el ex coronel Aldo Rico. El segundo, afín con algunas ideas propias del progresismo de izquierda, estaba encabezado por Carlos “Chacho” Álvarez. El Frente Grande estuvo representado en la Convención Constituyente por medio de un heterogéneo grupo de dirigentes tales como Alfredo Bravo, Fernando ‘Pino’ Solanas, Mary Sánchez, Graciela Fernández Meijide, Juan Pablo Cafiero, Aníbal Ibarra, Monseñor de Nevares, Carlos Auyero y Eugenio Zaffaroni, Eduardo Barcesat, entre otros.

aunque sin llegar a tener los dos tercios del total de la cámara. Fue en esta cámara en la que el bloque de senadores del Partido Justicialista propuso un proyecto de declaración de necesidad de la reforma constitucional sobre la base de los documentos elaborados por la comisión de juristas partidarios, el cual fue aprobado por mayoría en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Senado de la Nación con fecha 23 de agosto de 1993.

El día 7 de septiembre se inició el tratamiento del proyecto en el recinto del Senado, llevándose adelante tres sesiones consecutivas, hasta que finalmente se dispuso postergar la votación para después de las elecciones parlamentarias del 3 de octubre. Se reinició el debate el día 20 de octubre, pero el bloque justicialista del Senado, cuando ya consideraba poseer el número suficiente para aprobar en esta cámara la media sanción de la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional, se topó con el inconveniente de que el senador por Mendoza, José Octavio Bordón, anticipó que iba a votar en contra del proyecto en discusión. No obstante, se logró el objetivo tiempo después gracias al voto decisivo del senador del Partido Bloquista de la Provincia de San Juan, Leopoldo Bravo, "quien condicionó su apoyo a la modificación de algunas de las cláusulas del proyecto justicialista, principalmente la que disponía la eliminación de los colegios electorales para la elección del presidente y vicepresidente de la Nación y la elección de senadores por parte de las legislaturas provinciales". Este proyecto fue aprobado en general y en particular en la sesión del día 21 de octubre, a través del voto favorable de 32 senadores en favor y 16 en contra "es decir, por los dos tercios de los

votos del total de los integrantes del Senado que en ese tiempo eran 48" (Menem, 2022:67).

Al día siguiente de esta importante aprobación por parte de la Cámara Alta, el Poder Ejecutivo llamó a un plebiscito con el objetivo de consultar a la ciudadanía si estaba a favor o no de una reforma constitucional⁷. Ello se hizo por medio del decreto 2181/93, de fecha 22 de octubre de ese año, a través del cual el presidente Carlos Menem convocó a la ciudadanía a una consulta popular de carácter no vinculante. Se fijó como fecha de realización de esa consulta el día 21 de noviembre de 1993, pero como es sabido, finalmente no se llevó a cabo.

A su vez en la Cámara de Diputados fue presentado un proyecto por el cual se pretendió que el Congreso reglamentara el alcance del artículo 30 de la Constitución Nacional, y que de esta manera quedase determinado que los dos tercios de los votos previstos en dicha norma constitucional se referían a los legisladores que —previo a alcanzarse, al menos, el *quórum* mínimo para sesionar— estuvieran presentes en el recinto al momento de hacerse la votación. El autor de esta iniciativa fue el diputado del partido Unión de Centro Democrático (UCEDE), Francisco Durañona y Vedia⁸.

7 Si bien no era un método previsto en la Constitución Nacional, fue entendido como una manera de ejercer presión.

8 Trámite parlamentario N° 122/1993 (Expediente CD N° 3338/93). En la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados ese proyecto logró obtener despacho favorable, el día 3 de noviembre de 1993.

d) "El Pacto de Olivos" y su origen.

Fue en ese momento en que se reunieron las dos figuras políticas más importantes de aquel momento y presidentes partidarios, con el objeto de consensuar una posible reforma de nuestra Carta Magna: Raúl Alfonsín y Carlos Menem.

Luego de la lógica sorpresa producida en la opinión pública cuando se tomó conocimiento del inicio de conversaciones entre los dos líderes, una parte importante de la Unión Cívica Radical decidió acompañar al expresidente Raúl Alfonsín en la negociación con el gobierno. En sentido inverso, una serie de dirigentes partidarios, por ejemplo, el senador Fernando de la Rúa y el diputado Jorge Vanossi de la Capital Federal, como asimismo Juan Manuel Casella y Federico Storani, de la provincia de Buenos Aires, y otros dirigentes reconocidos en el plano nacional, se opusieron. Alfonsín, no obstante estos obstáculos internos, condujo la negociación y logró un acuerdo con Menem sobre los contenidos de una futura reforma parcial de la Constitución, conocido como el "Pacto de Olivos". El corolario inmediato fue la suspensión del plebiscito. A comienzos de diciembre, la Convención Nacional de la UCR aprobó, con el 70 % de los votos a favor, la decisión de negociar la reforma.

El llamado "Pacto de Olivos", que debió su nombre a la reunión que tuvo lugar en la residencia presidencial ubicada en la mencionada localidad de la provincia de Buenos Aires entre Raúl Alfonsín y Carlos Menem, en sus respectivas condiciones de presidente del Comité Nacional de la UCR y del

Consejo Nacional del Partido Justicialista, incluyó, básicamente, tres documentos a saber:

i) Declaración conjunta del día 14 de noviembre de 1993, en la cual se expresó que se había tenido en especial consideración “la búsqueda de coincidencias”, tal como había sucedido con igual finalidad el día 6 de septiembre de 1988 entre ambos partidos. En ese documento se sostuvo la necesidad de:

“...impulsar un proyecto de reforma constitucional sin introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional que: 1) Consolide el sistema democrático y perfeccione el equilibrio entre los poderes del Estado... 2) Afiance la independencia de la justicia y fortalezca los órganos de control... 3) Rediseñe el régimen federal para favorecer el progreso y desarrollo económico de provincias y regiones... 4) Favorezca la integración latinoamericana y continental...” (García Lema, 1994: 343).

ii. Documento del 1.º de diciembre de 1993: En el que fueron incluidos los puntos de la futura reforma constitucional, que tuvieron origen en las propuestas formuladas por las comisiones del radicalismo y del justicialismo, luego puestas a consideración de los organismos partidarios.

En este documento se dejaron asentadas las principales coincidencias alcanzadas en dichas

reuniones, destacando que

"...el alto grado de acuerdo obtenido ha sido posible por el amplio espíritu de entendimiento y colaboración que existió en todo momento entre las partes, y el deseo de promover aquellas reformas de nuestra ley fundamental que cumplan con las finalidades de: consolidar el sistema democrático y perfeccionar el equilibrio entre los poderes del Estado, afianzar la independencia de la justicia y fortalecer los organismos de control, rediseñar el régimen federal para favorecer el progreso económico y de provincias y regiones, y alentar la integración latinoamericana...". (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, 1995: I, 65-69).

iii. "Acuerdo para la reforma de la Constitución Nacional", del día 13 de diciembre de 1993. Este fue el último de los documentos suscriptos previo a la sanción de la ley 24309, al que Eduardo Menem se refiere como "Pacto de la Casa Rosada", justamente por haber sido el lugar en el que se reunieron representantes del Partido Justicialista y de la Unión Cívica Radical, para continuar "las tratativas, y para acordar lo que se denominaba como 'la letra chica' del Pacto de Olivos" (Menem, 2022:69). En este documento conjunto se incluyó al denominado "núcleo de coincidencias básicas", los "temas que deberán ser habilitados por el Congreso Nacional para su debate por la Convención Constituyente", y los "mecanismos jurídicos y políticos para garantizar la concreción de los Acuerdos" (Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994, 1995: I, 69-74).

Uno de los compromisos importantes radicaba en que la reforma proyectada iba a ser de carácter “parcial”, y que no iban a ser alterados los principios fundamentales de la Constitución vigente incluidos en la primera parte de la Constitución Nacional, habilitándose la reforma sólo en la parte orgánica del texto fundamental.

Sostuvo García Lema que “la amplitud de los temas habilitados extendió el debate y facilitó nuevos acuerdos durante la Convención de 1994” (García Lema, 2021: 89).

e) Sanción de la Ley Declarativa de la Necesidad de la reforma de la Constitución Nacional.

Finalmente, y luego de llevarse adelante —en ambas cámaras— el debate del proyecto por el cual se declaraba la necesidad de la reforma constitucional, fue sancionada y promulgada esta ley, bajo el número 24309⁹. En ella se plasmaron los acuerdos arribados por el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical. A continuación, y en una apretada síntesis de la mencionada ley, se advierte:

- i. Que por el artículo 1 se declaró “necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957”;
- ii. Que en el artículo 2 identificaron las modificaciones que se habilitaban a realizar en la Convención

⁹ Ley 24.309. Sancionada el 29 de diciembre de 1993. Promulgada por decreto 2700/93 del 29-12-1993. Boletín Oficial 31/12/1993.

Constituyente que formaban parte del llamado "Núcleo de Coincidencias básicas".

iii. Que por medio del artículo 3 se establecieron otras modificaciones que se habilitaban a tratar en la Convención Constituyente.

iv. Que el artículo 4 prescribió que la convención constituyente se iba a reunir "con el único objeto de considerar las reformas al texto constitucional incluidas en el núcleo de coincidencias básicas y los temas que también son habilitados por el Congreso Nacional para su debate, conforme queda establecido en los artículos 2 y 3 de la presente ley de declaración".

v. Que en el artículo 5 se determinó que los temas que conformaban el denominado "núcleo de coincidencias básicas" y que estaban indicados en el artículo 2 debían ser votados conjuntamente "entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes".

vi. Que por el artículo 6 se dejaba asentado que serían "nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2 y 3 de la presente ley de declaración".

vii. Finalmente, por medio del artículo 7 se estableció la prohibición de introducir modificación alguna a

“las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidas en el Capítulo Único de la Primera parte de la Constitución Nacional”.

El procedimiento previsto en la ley de declaración de necesidad de reforma constitucional mereció impugnaciones ante la justicia, ante la cual se solicitó la declaración de nulidad de resta¹⁰, bajo el argumento de no haberse, supuestamente, respetado lo establecido en los artículos 68 y siguientes —según anterior redacción— de la Constitución Nacional 1853-60. Esta impugnación fue efectuada por medio de una acción de amparo, interpuesta por los entonces diputados nacionales Héctor Polino y Alfredo Bravo, para luego ser rechazada en ambas instancias judiciales. Finalmente, esta pretensión fue

10 La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación históricamente sostuvo la no justiciabilidad de los procesos de declaración de necesidad de reforma constitucional de la Nación. A modo de ejemplo podemos citar: “Soria de Guerrero c/ Bodegas y Viñedos Pulenta S.A.”, (Fallos 256: 559); “Gascón Cotti” y “González Bergés” (313:594 y 313:588, respectivamente) ambos del año 1990, donde se impugnaba el proceso de necesidad de reforma de constituciones provinciales. En estos últimos casos se rechazaron las acciones por falta de legitimación activa. Posteriormente en el caso “Fayt, Carlos” (Fallos 322:1616, del año 1999), el Máximo Tribunal de la Nación cambió de postura, declarando la nulidad de una cláusula de la constitución Nacional. Cabe aclarar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su actual integración dictó sentencia en el caso “Schiffelin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa”, (Fallos, 340:257, sent. 28-03-2017), a través de la cual revocó la doctrina del caso “Fayt” antes expuesta.

desestimada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación¹¹.

f) Elección de convencionales constituyentes. Ceremonia de apertura y sesión preparatoria de la Convención Constituyente (Paraná, 25 de mayo de 1994).

Durante la campaña electoral previa a los comicios de convencionales constituyentes, el radicalismo y el justicialismo intentaron convencer al electorado de las ventajas que iba a tener que el texto constitucional fuera actualizado. Por su parte, los partidos opositores a la reforma hicieron hincapié, principalmente, en el carácter "cerrado" del denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas" previsto en la ley 24309.

La elección de los convencionales constituyentes

11 Corte Suprema de Justicia, autos "Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo s/ amparo" s. 7 de abril de 1994. El señor Polino, en su condición de ciudadano y diputado de la Nación consideró que, si bien no son exigencias que no derivan del art. 30 de la Constitución pero que tampoco prohíbe esa norma- resultan de inexcusable aplicación las disposiciones del capítulo V de la segunda parte, título primero, sección primera, que regla lo atinente a la "formación y sanción de las leyes" (art. 68 y siguientes). Y que en el caso se habría privado a la Cámara de Diputados de su indispensable intervención en el trámite parlamentario pues, habiendo ésta sancionado un proyecto, la Cámara de Senadores le introdujo modificaciones que obligaban, de acuerdo con el art. 71, a su devolución a la Cámara de origen. Sin embargo, aquélla, sin más trámite, lo remitió al Poder Ejecutivo quien lo promulgó mediante el decreto 2100/93.

tuvo lugar el día 10 de abril de 1994¹². Luego de que la Justicia Electoral oficializara y diera el correspondiente título a los y las convencionales elegidos, el día 25 de mayo de ese año se llevó a cabo la ceremonia de apertura de las sesiones de la Honorable Convención Constituyente realizada en el teatro Tres de Febrero de la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos, oportunidad en la que el contador Moine en su condición de gobernador de aquella provincia mesopotámica hiciera uso de la palabra a modo de bienvenida.

Posteriormente, habló el entonces presidente de la Nación Carlos Saúl Menem, quien luego de recordar a Urquiza y a Alberdi por sus fundamentales aportes a la sanción de la Constitución de 1853 sostuvo:

“...no hubiera sido posible llegar a esta Honorable Asamblea sin los diez años de democracia que la precedieron... [...] esta Honorable Asamblea es el punto culmine de esa democracia y será para la historia del futuro el punto de inflexión entre la Argentina de los desacuerdos fundamentales y la Argentina de los acuerdos definitivos... [...] la historia nos enseña que los acuerdos básicos han sido el gran impulso del progreso de las instituciones, mientras los desacuerdos fundamentales han llevado a los períodos de involución o regresión... [...] el grado de ese acuerdo es el que traduciremos en esta reforma y la historia será implacable al juzgar aciertos y errores...” (Obra de la Convención

12 Ver escrutinio definitivo en la “*Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*”, Tomo I, p. 80/ 87.

Nacional Constituyente 1994, 1995: I, 94-96).

Alberto Rocamora, por ser el convencional constituyente de mayor edad, y tal como lo indica la costumbre parlamentaria, fue elegido para presidir en forma interina este pasaje inicial de la sesión, y por ellos fue el encargado de tomar el juramento de ley a todos convencionales constituyentes oportunamente elegidos. Luego del juramento por parte de la totalidad de los miembros de la convención, y de haber hecho uso de la palabra varios de estos flamantes integrantes, se eligió a Eduardo Menem como presidente de la Convención Nacional Constituyente. También fueron designadas las demás autoridades, y se determinó que iban a ser 28 los integrantes de la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamentos.

g) Breve descripción del ámbito espacial donde funcionó la Convención Constituyente. Destino del cuadro "Los Constituyentes de 1853" del artista Antonio Alice¹³.

Luego de la ceremonia de apertura llevada a cabo en la ciudad de Paraná, la Convención Constituyente se trasladó a la ciudad de Santa Fe, donde sesionó el plenario de la misma, como así la mayoría de las comisiones, excepto algunas comisiones a las que se les asignó como lugar de funcionamiento la ciudad de Paraná, provincia de Entre Ríos.

13 Antonio Alice (Buenos Aires, 23 de febrero de 1886-ibídem, 24 de agosto de 1943).

En forma previa me permitiré hacer, a tenor de mis recuerdos personales, una breve descripción del lugar elegido como sede de la Convención Constituyente: el edificio de la Presidencia de la Universidad Nacional del Litoral, ubicado sobre el Boulevar Pellegrini de la ciudad de Santa Fe. El plenario de la Convención sesionó en el Paraninfo de la citada universidad, esto es, el salón de ceremonias y de actos más importante de dicha casa de Altos Estudios. En ese ámbito espacial, con las adaptaciones arquitectónicas y de mobiliario necesarios, sesionó la Convención Nacional Constituyente.

A su vez, otras de las aulas y salones de dicho edificio fueron adaptados para que funcionaran las distintas comisiones, los bloques políticos, las Secretarías administrativas y parlamentarias, las oficinas de personal, y tesorería. El cuerpo de taquígrafos estuvo conformado conjuntamente por los taquígrafos de la Legislatura de la provincia de Santa Fe y por los del Congreso de la Nación. Asimismo, funcionó en forma muy eficiente la biblioteca del Congreso de la Nación, que fuera trasladada en parte hasta Santa Fe a los efectos de que cada convencional pudiera acceder a la información que pudieran necesitar en forma inmediata¹⁴. Me permito agregar que parte del éxito de la Convención Constituyente se debió también al profesionalismo, la buena predisposición y a la dedicación de muchos anónimos funcionarios

14 Téngase presente que prácticamente la internet era desconocida por todos en aquél momento. A la información se accedía sólo a través de libros o documentos o copias de carácter “físicos” y no virtuales.

y trabajadores que denodadamente pusieron lo mejor de sí durante los tres meses en la que funcionó la Convención Constituyente.

Una curiosidad de carácter ornamental que me permito relatar, pero que años después culminó con un litigio político y jurídico, tuvo lugar con motivo de haberse dispuesto el traslado desde Buenos Aires de una réplica del cuadro pintado por el artista Antonio Alice, titulado "los Constituyentes de 1853"¹⁵, cuyo original luce en el Salón de los Pasos Perdidos del Congreso de la Nación. Esta réplica fue ubicada en la antesala que precedía al recinto donde sesionaba el plenario de la Convención, esto es, en el ya mencionado Paraninfo de la Universidad del Litoral. Aclaro que esta réplica del cuadro de Alice era de un tamaño muchas veces menor que el original, ya que este último posee amplias dimensiones, esto es de 5,42 metros de ancho por 3,60 de alto. Este cuadro, según surge de una nota del diario "El Litoral", desde el año 1949 venía siendo reclamado por Santa Fe, sin éxito¹⁶.

Pero mientras estaba en funciones la Convención Constituyente de 1994 fueron presentados dos proyectos de resolución por la Mesa de Entradas provenientes de convencionales constituyentes de

15 Allí el autor representó la sesión del día 20 de abril de 1853.

16 Diario "El Litoral". "Piden 'repatriar' un histórico cuadro y que esté en el Museo de la Constitución". Santa Fe, 3-1-2019. <https://www.ellitoral.com/area-metropolitana/piden-repatrinar-historico-cuadro-museo-constitucion> [visto el 31 de octubre de 2023]

origen santafecino, a través de los cuales se proponía que el plenario de la Convención resolviera que el cuadro original, es decir, el ubicado en el Congreso de la Nación, fuera trasladado hasta Santa Fe y que fuera emplazado definitivamente en la sede de la Cámara de Diputados de esa provincia¹⁷. Estas iniciativas fueron brevemente debatidas y posteriormente aprobadas por el plenario de la Convención Constituyente por unanimidad, en la sesión del día 19 de agosto (Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, 4712 a 4714).

No obstante lo resuelto por la Convención Nacional Constituyente, el cuadro nunca fue remitido a Santa Fe¹⁸, y continúa al día de hoy en el Congreso de la Nación, pese a que fueron cursados distintos pedidos, el último efectuado por la Cámara de Diputados de la provincia de Santa Fe en el año 2017 luego de que por unanimidad se aprobara una resolución en este sentido¹⁹.

17 El primer proyecto de Resolución fue presentado en forma conjunta por los convencionales Rodríguez Sañudo e Iturraspe. El otro tuvo como autor al convencional Iván Cullen. En ambos se solicitaba el traslado a la Ciudad de Santa Fe del Cuadro 'Los Constituyentes del 53', de Antonio Alice, para ser colocado en el recinto de la Cámara de Diputados de la provincia de Santa Fe.

18 El cuadro original estuvo en el año 1973, en préstamo, con motivo de la celebración de los cuatrocientos años de la fundación de la ciudad de Santa Fe de la Vera Cruz".

19 Diario de Sesiones de la H. Cámara de Diputado de la Provincia de Santa Fe, sesión del día 1 de junio de 2017. <https://diputadosantafe.gov.ar/diputados/doc/sesiones/diario/383.pdf> [visto el 31 de octubre de 2023].

h) Debate en el Plenario de la Convención Constituyente sobre el Reglamento Interno y el alcance de la ley declarativa de la reforma constitucional.

Probablemente haya sido el momento más destacado de la Convención Constituyente, porque fue la oportunidad en la que se produjeron los mejores discursos y los más ricos debates, que sirvieron como una suerte de adelanto de las distintas posiciones que cada uno de los bloques iban a adoptar durante los tres meses que sesionó la convención reformadora.

Fue en esta etapa en la que se discutieron las más variadas y relevantes cuestiones, por ejemplo, la naturaleza preconstituyente del Pacto de Olivos, el procedimiento de sanción de la ley 24309, la forma en la que la ley de convocatoria había dispuesto la votación del "Núcleo de Coincidencias Básicas", el poder constituyente y sus límites, entre otros temas. El diario de sesiones de esta convención da plena fe de las valiosas piezas de oratoria en las que se abordaron asuntos referidos a la ciencia política, a la historia constitucional argentina, al derecho constitucional nacional y comparado, aspectos filosóficos del derecho, entre otros.

No había duda de que la mayor crítica a la ley 24309 era el modo elegido para ser votado el denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas". Esta cuestión ya había sido censurada por una importante porción de la doctrina especializada, y fue utilizada por las fuerzas opositoras para criticar a los partidos "pactistas" durante la campaña electoral de convencionales constituyentes.

Sobre el “Núcleo de Coincidencias Básicas” se cuestionó que el Congreso —en su cometido de naturaleza preconstituyente al momento de la sanción de la ley de convocatoria— no podía condicionar ni otorgar mandatos imperativos al poder constituyente, fundado esto en una cuestión de jerarquía normativa. Por lo tanto, la forma en la que fue diseñada esta cláusula de la ley declarativa de necesidad de la reforma concitó la mayor atención en esta etapa de la Convención: el carácter cerrado del denominado “Núcleo de Coincidencias Básicas”, que se lo consideraba, en forma peyorativa, como “la cláusula cerrojo” (sic). Agregaban las fuerzas opositoras que tal proceder excedía el marco de las atribuciones conferidas por el artículo 30 de la Constitución Nacional.

En el proyecto de reglamento preveía en el artículo 129²⁰ el procedimiento de votación conjunta del contenido del Núcleo, que repetía casi en forma

20 El dictamen de la mayoría de la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento previó en el artículo 129 del proyecto de Reglamento Interno lo siguiente: “Formas de votación. La votación por los convencionales se realizará de la siguiente manera: cuando después de la discusión deban votarse los temas incluidos en la artículo 2º de la ley 24.309, Núcleo de Coincidencias Básicas, puntos A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, LL, este se hará en forma conjunta, y se circunscribirá a todos los temas allí incluidos, no pudiendo separarse los artículos, temas, proposiciones o períodos contenidos. La votación por la afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas”.

textual el artículo 5 de la ley 24309 (Rosatti y otros, 1994). La Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamentos, luego de discutir el proyecto, emitió un dictamen por la mayoría y dos por la minoría. El primero repetía la fórmula del artículo 129 del proyecto, es decir, el modo en el que debía votarse el llamado Núcleo de Coincidencias Básicas previsto en la Ley de necesidad de reforma constitucional (Quiroga Lavie, 1996: 26-60).

Luego de la supresión de un par de artículos del proyecto en el plenario, finalmente quedó aprobado el reglamento interno, estableciéndose en el artículo 127²¹ el modo que debía ser votado el "Núcleo de Coincidencias Básicas", que reitero el mecanismo previsto en la ley 24309. Agrego que este mecanismo establecido en la ley declarativa fue impugnado judicialmente por un convencional constituyente, so pretexto de que las características de este y la forma prevista para su votación habrían sido violatorias de las facultades y atribuciones de los convencionales

21 No se trata de un error: El despacho de la mayoría de la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento estableció en el artículo 129 la forma en la cual se debía votar el llamado núcleo de coincidencias básicas. Luego del tratamiento en el Plenario de la Convención, oportunidad en la que también se analizaron y se debatieron los dictámenes por la minoría, se sancionó en forma definitiva el Reglamento Interno, correspondiendo finalmente al art. 127 el modo de votación del Núcleo de Coincidencias Básicas (v. el Reglamento Interno en la "Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994", citada Tomo I, p. 749/762, y el texto completo de los despachos de la mayoría y de la minoría en el mismo tomo, p. 116/156).

constituyentes.

Pero al haber sido reiterada la forma en la que iba a ser votado el Núcleo de Coincidencias Básicas por parte de la propia Convención Constituyente tornó abstracto el agravio, tal como lo entendió la Corte Suprema al dejar firme una sentencia que había rechazado un amparo por esta misma cuestión²².

El llamado “Núcleo de Coincidencias Básicas” fue también descalificado en el plenario de la Convención, al ponerse en tela juicio su condición de “sistema armónico”, cuestionándose en ese sentido la razonabilidad del modo elegido por el legislador al momento de ser votado. El Convencional Romero Feris recordó la opinión del constitucionalista Néstor Sagües, quien había expresado que “la norma objetada no supera el test de razonabilidad²³”. A ello se sumó la opinión del Convencional Barcesat, quien sostuvo que los temas del Núcleo de Coincidencias Básicas no configuraban un sistema porque entre ellos no habría relaciones de supra ordenación y de subordinación²⁴. Con agudeza Quiroga Lavié respondió que sin ninguna duda el cúmulo de reformas a la Carta Magna previstas en el Núcleo

22 Corte Suprema de Justicia de la Nación, autos “Romero Feris, s/ amparo”, Fallos 317:716 sent. 01/07/1994.

23 Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de 1994, p. 164, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1994.

24 Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de 1994, p. 275, Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1994.

de Coincidencias Básicas —establecido en la ley 24309, y luego plasmado en el Reglamento Interno sancionado— constituía un sistema, y dijo:

“Nos preguntamos: por qué debe haber entre las variables que forman un sistema, necesariamente ese tipo de relaciones [...] basta que existan relaciones de ‘covarianza’, es decir que por la variación de una variable se produce la variación de la otra [...] el requisito confesional está vinculado a la igualdad ante la ley, variable de la democracia; en tanto que la eliminación de la facultad presidencial de designar la intendente de la Capital está vinculada con la democracia del sistema; si es más democrático el sistema de gobierno por haber suprimido el requisito de la confesionalidad, también lo es por disponer la elección directa del intendente de la Capital. Ambas variantes ‘covariaron’ el mismo objeto del sistema” (Quiroga Lavié, 1996:63).

De igual forma, la cuestión del Reglamento no fue el único tema abordado en esta primera etapa de la Convención Nacional Constituyente. Así el recinto fue el ámbito donde se debatió y se repasó, en primer lugar, gran parte de la historia constitucional patria, en muchos casos proyectando la misma desde la época colonial hasta aquel momento; fueron discutidos temas tan variados como Rivadavia y el centralismo porteño, los caudillos del interior, Rosas, Urquiza, la batalla de Caseros, la Constitución de 1853, la Convención *ad hoc* de 1860, la cuestión capital, la Ley Sáenz Peña, la Reforma Constitucional de 1949, la reforma de facto a la Constitución en el año 1957, los gobiernos militares, las responsabilidades —y también complicidades— que tuvieron cada

uno de los partidos políticos en las distintas etapas del país, sean éstas democráticas o no, etc. Ahí se destacaron las intervenciones de los convencionales Raúl Alfonsín, Raúl Zaffaroni, René Orsi y Antonio Cafiero.

También se llevaron a cabo discusiones de altísimo nivel de carácter jurídico político y filosófico. Respecto del Derecho Constitucional, fue aquí donde se destacaron y participaron activamente convencionales de la talla de Juan Carlos Maqueda, Antonio M. Hernández, Rodolfo Barra, Humberto Quiroga Lavié, Horacio Rosatti, Eduardo Menem, Eugenio Zaffaroni, Miguel Ortiz Pellegrini, Juan Carlos Hitters, Eduardo Pettigiani, Alberto Natale, Iván Cullen y Juan Fernando Armagnague, entre muchos otros.

III. Algunas conclusiones

Como fuera dicho al inicio del presente, entiendo que la reforma de 1994 tuvo un gran consenso y legitimidad, como pocas veces se había dado en nuestro país a lo largo de su historia. Además, debe también destacarse que fue inobjetable todo el proceso que derivó en la sanción y jura del actual texto constitucional.

i) Respecto del período preconstituyente, es decir, el proceso que derivó en la aprobación de la declaración de necesidad de la reforma constitucional, este fue transitado con estricto cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Fundamental, y contó con una inobjetable legitimidad política y social. Y ello fue así porque:

- Fue precedida por un debate político iniciado a mediados de la década de 1980, que en gran medida se mantuvo hasta el año 1993.
- Los acuerdos fueron consensuados por los dos partidos políticos más importantes de aquel momento.
- Producto de ese diálogo se estableció una agenda de trabajo y temas a ser incluidos en una futura reforma constitucional.
- Los órganos internos de los dos partidos políticos involucrados expresaron su conformidad respecto a las negociaciones relacionadas con la reforma de la Constitución Nacional.
- El mencionado acuerdo incluyó la individualización de los preceptos constitucionales a ser incorporadas, como así aquellas normas entonces existentes que debían ser reformadas o enmendadas.
- Que una vez ingresado en el Congreso el proyecto de declaración de necesidad de la reforma constitucional fue libremente debatido entre todos los partidos políticos con representación parlamentaria, y luego aprobado. En esta etapa de carácter preconstituyente, fueron incluidos en la ley 24309 los temas "habilitados" para ser tratados por la convención, y la forma en que debían ser votados.
- Que dicha declaración de necesidad de reforma al Texto Fundamental fue aprobada por medio del voto favorable de más de las dos terceras partes del total de los miembros de cada una de las dos cámaras del

congreso, superando cualquier objeción resultante de la experiencia que tuvo lugar en el año 1948 cuando al sancionarse la ley 13233 –declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, la que tuvo lugar en 1949 – primó el criterio de que las terceras partes de los miembros de cada una de las cámara debían ser computadas respecto a los legisladores que estuvieran presentes en el momento de ser votada esa iniciativa.

ii) Que la elección de convencionales constituyentes se hizo sin proscripciones ni prohibiciones. Una vez efectuado el acto eleccionario, resultaron elegidos en comicios libres y sin impugnaciones de ninguna índole los 305 convencionales provenientes de los 24 distritos electorales del país. Los mencionados convencionales luego de ser elegidos y de haber efectuado el juramento de ley fueron los encargados de llevar adelante la reforma propiamente dicha. En esta etapa también fue legítimo y conforme a las prácticas parlamentarias el funcionamiento de la Convención Nacional Constituyente, donde se respetó en forma estricta el reglamento interno aprobado.

Respecto de la amplitud y heterogeneidad de los convencionales que sesionaron en Santa Fe, es fácilmente observable que estuvieron representadas en el recinto todas las corrientes políticas²⁵. Lo expuesto se reflejó en que participaron de la

25 Es más, según mi entender, no hubo ninguna convención constituyente en la historia nacional con tal alto grado de representatividad y pluralismo.

Convención figuras —algunas ya mencionadas con anterioridad— tales como Eduardo Menem, Antonio Cafiero, Raúl Alfonsín, Álvaro Alsogaray, Aldo Rico, Graciela Fernández Meijide, Horacio Rosatti, Cristina Fernández de Kirchner, Raúl Zaffaroni, Alberto Pierri; Elisa Carrió, Néstor Kirchner; Alberto García Lema, Eduardo Duhalde, Alfredo Bravo, Carlos Álvarez, Juan Carlos Maqueda, Carlos Alberto Reutemann, Enrique Paixao, Alberto Natale, Ramón Mestre, José A. Romero Feris, entre otros.

Importante fue la labor de las distintas fuerzas políticas que se habían manifestado en contra de la oportunidad y conveniencia de la reforma a la Constitución Nacional, las cuales cumplieron un importante rol, ya que a través de sus intervenciones y aportes enriquecieron el debate. Destaco también que estas fuerzas políticas de la oposición en ningún momento amenazaron con abandonar o boicotear a la convención. Todo lo contrario: terminaron votando en forma coincidente con el resto de las fuerzas políticas las cuestiones en las que estaban de acuerdo, y rechazaron las propuestas que consideraban negativas o inoportunas²⁶. Finalmente, estos mismos convencionales participaron activa y positivamente en la labor desarrollada en las reuniones de la Comisión Redactora, colaborando con el texto final de la Constitución Nacional más tarde sancionado por el plenario.

26 Hubo curiosas coincidencias: por ejemplo liberales, socialistas y nacionalistas en más de un debate utilizaron los mismos argumentos para rechazar ciertas reformas a la Carta Magna.

Coincido con Quiroga Lavié, cuando sostuvo que durante los tres meses que estuvieron reunidos en Santa Fe, en forma simultánea se dieron dos debates: uno realizado en los medios de comunicación, y el otro que tuvo lugar en la propia Convención Constituyente, que era el lugar natural. Agregó Quiroga Lavié que “la prensa no reflejó, en momento alguno, el nivel y la calidad del debate que se estaba produciendo en la Convención... la realidad está en los Diarios de Sesiones, que por supuesto la prensa no lee...” (Quiroga Lavié, 1996:105).

Merece también ser remarcado que el público presente en las gradas fue sumamente respetuoso de los oradores, y siguieron las interesantes discusiones con suma atención. No existieron reprobaciones ni actitudes hostiles por parte del público presente, ni tampoco agresiones de ninguna índole. Ningún partido político ni asociación sindical ni ningún grupo de presión se hizo presente para “hacer demostraciones de fuerza” durante los tres meses que transcurrieron en Santa Fe. Ello se vio reflejado en la casi nula presencia de personal de seguridad en el “Paraninfo” de la Universidad del Litoral. El civismo demostrado por las fuerzas políticas intervenientes como también por el público en general fue digno de ser destacado.

Puedo dar fe de que la Convención sesionó a “puertas abiertas”, es decir, cualquier persona podía presenciar las reuniones plenarias. Me consta que no hubo vallados frente al edificio donde sesionó la Convención, y los propios convencionales (entre los cuales había un expresidente, legisladores nacionales, varios gobernadores de provincias,

entre otros) se manejaban libremente caminando por la ciudad de Santa Fe, acercándose la gente para sacarse fotos con ellos, para conversar o para pedirles autógrafos.

Subrayo también el alto nivel de organización y profesionalismo demostrado por las autoridades y funcionarios de la Convención, quienes no dejaron librado al azar ningún detalle²⁷.

Tomo como propias las palabras de Raúl Alfonsín, quien años después manifestó:

"[...] la reforma de la Constitución Nacional ha sido uno de los hitos más importantes de la vida política e institucional de la Argentina contemporánea. Prácticamente en el umbral de un nuevo siglo, la Nación necesitaba modernizar el contenido de la Carta Magna y lo hizo en el marco de pluralismo, tolerancia y convivencia política que no hubiéramos imaginado unas décadas atrás. Toda la sociedad estuvo representada en la Convención Reformadora a través de hombres y mujeres libremente elegidos que desarrollaron, a lo largo de intensos noventa días, una formidable experiencia de discusión, confrontación de ideas y de propuestas, trabajo fecundo y cooperación... allí se plasmaron en su sentido más alto, la virtud del acuerdo y el compromiso por sobre las diferencias más drásticas; la capacidad de construir el consenso sobre las reglas

27 Este tema fue reconocido en forma expresa por todos los bloques políticos en los discursos previos a la finalización de la Convención Constituyente.

de juego, los principios básicos, las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales y el funcionamiento de las instituciones y, al propio tiempo, de afirmar y cimentar identidades políticas claras y distintas unas de otras, disensos marcados, modelos contrapuestos de gobernar el país y de ver la sociedad, concepciones encontradas sobre la política y la economía en el actual contexto histórico e internacional [...] (Alfonsín, 1998:29).

iii) Recuerdo que una vez sancionada por unanimidad la Reforma Constitucional²⁸, todos los convencionales constituyentes juraron al nuevo texto de la Constitución Nacional, ceremonia que tuvo lugar en el Palacio San José de Concepción del Uruguay, provincia de Entre Ríos. Es más, los mismos convencionales que al inicio de las sesiones se habían manifestado en sus discursos contrarios a la Reforma Constitucional, al final del proceso constituyente colaboraron activa y positivamente con importantes aportes, sea por medio de su labor en el seno de las comisiones o en plenario.

Agrego que, a 30 años de esos acontecimientos, las objeciones que en su oportunidad se formularan, se tornaron abstractas, y en sentido opuesto, entiendo que existe un gran consenso social y político en el sentido de que fue insospechable la legalidad

28 Solo dos Convencionales del Frente Grande de la Provincia de Neuquén se retiraron al inicio de las sesiones, y una Convencional del Partido Justicialista por la Provincia de Tucumán nunca se incorporó, no habiendo sido reemplazada.

y legitimidad de todo el proceso reformador²⁹. Como saldo negativo, aún se advierte la mora por parte del legislador en varios temas previstos por el constituyente de 1994, tal como lo recuerda Antonio M. Hernández, quien afirma: “no podemos dejar de mencionar la grave responsabilidad del Congreso en el incumplimiento de la sanción de las leyes reglamentarias de la Constitución” (Hernández, 2019: 23).

Para finalizar, vuelvo al título de la presente nota, cuyo origen responde a las muy gráficas y precisas palabras del actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Horacio Rosatti —quien supo ser un distinguido y activo convencional constituyente en Santa Fe— que en un reciente reportaje televisivo sostuvo³⁰:

“1994 fue el último momento estelar de la política argentina porque la Convención Constituyente reformadora de 1994 congregó a todos los sectores políticos argentinos y generó un consenso enorme. Había como una especie de ilusión de que ello siguiera después. Y esto se ve, todos juramos esa Constitución en Concepción del Uruguay. Había

29 Es cierto que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fayt” había declarado nula a una norma producto de la reforma de 1994. No obstante, en la actualidad, y tal como lo recordara en una nota al pie anterior, esa doctrina no se encuentra vigente luego de la sentencia del Máximo Tribunal en el caso “Schiffrin”.

30 12 de diciembre de 2022. Canal La Nación+ <https://youtu.be/IeQUST4aafM?si=nSgAIYHH2pTh0lMU>

una euforia porque la reforma comenzó con muy mala prensa y no se pensaba que pudiera llegar a este punto. Muchos temas, por ejemplo, el de la integración del Consejo de la Magistratura no se profundizaron más; no se dijo, por ejemplo, cuántos abogados tiene que haber, cuántos académicos tiene que tener, no se puso un número porque el consenso llegó hasta ahí. Y se tenía la expectativa de que después el legislador, lo mismo (respecto de) la ley de coparticipación, estuviera en la misma sintonía con ese acuerdo, que fue un momento, insisto, el último momento estelar de la reforma más plural y democrática de la historia argentina... eso después se fracturó y cada vez más..."

Para ir concluyendo, y tomando la idea esbozada por Rosatti en el párrafo precedente, es de desear que en un futuro no muy lejano se recupere el clima de convivencia política, que sea apto y propicio para el logro de un nuevo acuerdo nacional que posea la misma legitimación de origen y de ejercicio como existió en 1994 en nuestro país, y así poder llevar adelante las modificaciones o actualizaciones que merezca el texto constitucional.

Aprovecho para hacer un expreso reconocimiento a Eduardo Menem, Jorge Yoma, Eduardo Pettigiani, Antonio María Hernández, Juan Carlos Hitters, Ramón Torres Molina y Alberto García Lema —ilustres convencionales constituyentes a los que tuve el honor de conocer en Santa Fe, y que con los años me concedieron su amistad—, porque estos argentinos siempre se han encargado de mantener el fuego sagrado de la Convención Constituyente de 1994, sea a través de la publicación de libros y

artículos científicos referidos a la misma, como así también a través del dictado de conferencias o con motivo de reportajes periodísticos, se han encargado de transmitir sus vivencias personales para que las nuevas generaciones tomen la verdadera dimensión de tan relevante momento institucional que tuvo lugar en nuestro país en el año 1994.

Una vez más, manifiesto el inmenso orgullo y emoción de haber estado presente durante los tres meses que duró la Convención Constituyente, en la ciudad de Santa Fe, y el eterno agradecimiento al convencional constituyente René Orsi, mi abuelo materno, quien me convocó para colaborar con él en tan trascendente momento institucional.

IV. Referencias bibliográficas

Alfonsín, Raúl (1998). *La Constitución reformada y el fin del hiperpresidencialismo*. En: "Revista del Instituto de Capacitación y Formación Política de Dirigentes Políticos (INCAP)", Año II, Número 2. Buenos Aires: Ministerio del Interior de la Nación.

García Lema, Alberto (1993). *La reforma de la Constitución Nacional. Sus principales lineamientos (Primera Parte)*. Buenos Aires: Editorial "La Ley" (1993-C, 856).

García Lema, Alberto (1994). *La Reforma Constitucional por dentro*. Buenos Aires: Editorial Planeta.

García Lema, Alberto (2021). *La reforma constitucional de 1994. La política del consenso institucional y disensos posteriores*. En "Los Noventa, la Argentina de Menem",

Eduardo Menem y Carlos Corach compiladores. Buenos Aires, editorial Sudamericana.

Hernández, Antonio María (2019). "A 25 años de la reforma: incumplimientos y tareas pendientes". EN: "A 25 años de la Reforma Constitucional de 1994". Obra colectiva dirigida por María Angélica Gelli. Buenos Aires: Editorial Thompson Reuters La Ley.

Menem, Eduardo (2022). *Crónicas de la Convención Constituyente de 1994*. Buenos Aires- Madrid: Ciudad Argentina e Hispania Libros.

Quiroga Lavié, Humberto (1996). *El Poder Constituyente en Acción*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Constitucional de Derecho Constitucional José Manuel de Estrada, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma.

Rosatti, Horacio Barra, Rodolfo; García Lema, Alberto; Masnatta, Héctor; Paixao, Enrique y Quiroga Lavié, Humberto (1994). *La reforma de la constitución explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Santa Fe: Rubinzel- Culzoni, editores.

V. Documentos consultados

"Diario de Sesiones de la H. Convención Nacional Constituyente de 1994", (cuatro tomos). Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

"Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994" (1995). Centro de Estudios Constitucionales y Políticos- Ministerio de Justicia de la Nación. Buenos

——— Herrero Ducloux, J. J. "1994: el último momento... (101-141)

Aires: Editorial La Ley.

"Reforma Constitucional" (1986). *Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Buenos Aires: Eudeba.

"Reforma Constitucional" (1987). *Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*. Buenos Aires: Eudeba.

A Juan Carlos Hitters, René Orsi, Humberto Quiroga Lavié y Ramón Torres Molina, convencionales nacionales constituyentes en 1994 y profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

*Juan José Herrero Ducloux
Abogado UNLP. Profesor adjunto ordinario de Derecho Constitucional. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.*

La potestad sancionatoria interna o disciplinaria. Con especial referencia al principio de taxatividad legal

Por María José Rodríguez

1. La potestad sancionatoria disciplinaria (interna): el empleo público

La función administrativa se endereza teleológicamente a concretar de un e inmediato el bien común o interés general¹ que se suele denominar

1 Las expresiones “interés general”, “interés público”, “bienestar general” suelen ser usadas de modo intercambiable con la noción de “bien común” perfilada por la filosofía clásica. De nuestra parte, preferimos esta última como concepto que trasunta una profunda axiología y teleología, frente a las tres primeras. En efecto, la noción de interés público parece reflejar un concepto más cuantitativo que cualitativo. Interés público significa desde la trazabilidad etimológica, inter-esse —estar entre—, “lo que importa a todos” (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público. Como fundamento del derecho administrativo*, Depalma, 1989, Bs. As., p. 237), que se atribuye a una mayoría numérica. Por su parte, el sintagma “bienestar general” puede ser interpretado de un modo reduccionista que no refleje los órdenes de relación de la persona humana ni la jerarquía de sus fines existenciales, cuyo cumplimiento requiere de condiciones constitutivas del bien común que justifica la existencia del Estado y que configuran su causa final.

Frente a estas nociones, el bien común se presenta como el conjunto de condiciones de toda índole (espirituales, religiosas,

culturales, intelectuales, jurídicas, económicas, de seguridad, materiales etc.) que posibilitan a las personas y a los cuerpos intermedios la realización de sus fines existenciales propios en libertad y bajo su propia responsabilidad.

Esta perspectiva incorpora al Estado y a su causa final dentro de la escala de valores y destierra la idea derivada del utilitarismo político de que el Estado es tan solo una institución de organización técnica al servicio de diversos intereses. El Estado —como señala Messner— es un medio al servicio de la plenitud de la existencia humana y de consiguiente debe respetar el orden de los fines existenciales del hombre. No es como pretende el liberalismo, un simple servidor del individuo con sus intereses económicos, ni un gran concierto económico al servicio de la producción social de la vida material, como sostiene el colectivismo. Como comunidad que tiene su fundamento en los fines existenciales del hombre, el Estado forma parte del orden ético y es un valor de ese tipo. Forma parte de la realidad de la plenitud de la naturaleza humana, su función

del bien común forma parte de la responsabilidad moral de la persona humana (Messner, Johannes, Ética Social Política y Económica a la luz del Derecho Natural, Rialp, Madrid, 1967, ps. 857 y ss.).

En contraste con esta conceptualización clásica de bien común —ciertamente de cuño aristotélico - tomista— se ha definido el interés público “con pureza de método”, prescindiendo de todo contenido, como “el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él, su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses

“interés público primario”².

Para concretar este fin requiere, entre otras prerrogativas, de la potestad sancionatoria.

La potestad sancionatoria puede ejercerse sobre los particulares administrados cuando estos incurren en ilícitos administrativos (infracciones, faltas). O bien, puede desplegarse en el seno interno de la organización administrativa cuando los funcionarios y empleados que se desempeñan en la Administración Pública no lo hacen según las normas aplicables que perfilan deberes y prohibiciones. En este caso se denomina potestad sancionatoria disciplinaria interna³.

e individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye sin aniquilarlos” (Escola, Héctor Jorge, *El Interés público*...., op. cit., ps. 249 a 250). Procede resaltar sin embargo que la colacionada noción “pura” debe ser rectamente inteligida en el pensamiento de este autor quien reconoce que el derecho, “siendo como es un objeto cultural, o de la cultura, con todo lo que ello significa, es posible tanto de un conocimiento filosófico, como de un conocimiento científico, en el que se ubicaría la pretensa definición “pura” y “objetiva” (v. Escola, Héctor J., op. cit., ps. 3 a 5).

2 Comadira, Fernando G., *Derecho Administrativo Disciplinario*, Cátedra, 2022, ps. 43 y ss.

3 Ibídem, p. 27. Explican García de Enterría y Fernández que en materia de organización administrativa, la Administración exhibe una potestad disciplinaria que ejerce sobre los agentes que están integrados en su organización; la administración para mantener la disciplina interna de su organización dispone de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual impone sanciones a

La potestad sancionatoria disciplinaria que se despliega ad intra de la organización administrativa, tutela lo que se suele llamar en doctrina, el “interés público secundario”⁴.

Este interés público secundario consiste en el buen funcionamiento de la Administración; se trata, en definitiva, de asegurar y mantener el buen orden y el normal desenvolvimiento de la Administración Pública en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa⁵.

sus agentes, normalmente vinculadas al régimen funcional de los sancionados. Esta potestad admite dos extensiones: a) los servicios públicos (escolares, presos, internados en instituciones sanitarias), y b) miembros de las profesiones tituladas, integrados en colegios profesionales (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, p. 168).

4 Comadira, Fernando G., op. cit. p. 43.

5 Leemos en los considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas: “Que el conjunto de atribuciones legales y reglamentarias que configura el régimen disciplinario tiene por objeto investigar y, en su caso, aplicar las sanciones que establece la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, aprobada por la Ley N.º 25.164 y su reglamentación, aprobada por el Decreto N.º 1421/02, una vez verificadas aquellas conductas de las o los agentes estatales que lesionen el buen funcionamiento de la Administración Pública Nacional y que se originen en la inobservancia de los deberes y prohibiciones inherentes a su relación de empleo público.

Que el régimen disciplinario constituye un sistema tendiente a coordinar la acción de los órganos administrativos tras una finalidad común, esto es asegurar y mantener el buen orden y el

Es de remarcar la trascendencia de la potestad sancionatoria disciplinaria (interna) dirigida a los funcionarios y empleados públicos que integran la organización administrativa⁶, en tanto lastima la lógica que el Estado persiga el bien común con organizaciones que no funcionan o que escandalizan a través del incumplimiento de las reglas por sus propios integrantes.

1.1. La potestad sancionatoria: ¿potestad inherente o potestad cuya regulación resulta del resorte del legislador?

Cada uno de los denominados poderes del Estado (en puridad, se trata de las funciones del poder) desarrolla actividad administrativa para viabilizar el cumplimiento de sus incumbencias constitucionales propias (legislativa, ejecutiva y judicial en la clásica tipología tripartita), es decir, de un modo propedéutico a concretarlas.

normal desenvolvimiento de la Administración Pública Nacional en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa, para lo cual resulta necesario contar con un régimen procedural general y uniforme en materia de investigaciones.”

6 Comadira, Fernando G., Derecho Administrativo Disciplinario, ps. 64 y ss. Sobre la trascendencia o proyección de este interés público secundario sobre el primario, v. también Ivanega, Miriam M., “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial”, ap. I, JURISPRUDENCIA ARGENTINA - Suplemento Derecho Administrativo - 2006 II. Id SAIJ: DACF070006.

De consiguiente, es razonable colegir que cada uno de los mencionados poderes, en el marco de la actividad administrativa que despliegan para concretar sus competencias constitucionales específicas o típicas, deben contar con potestades disciplinarias para restaurar el interés público eventualmente vulnerado en ese marco.

Desde esa atalaya, el ejercicio de esta potestad resulta del resorte de una competencia autónoma, propia de la función administrativa que despliega cada uno de los tres órganos que titularizan las funciones del poder de modo propedéutico a la concreción de su función constitucional específica.

Pero en la medida en que el ejercicio de esta potestad disciplinaria alberga la posibilidad de incidir sobre derechos de las personas, restringiéndolos, devienen en nuestro país, aplicables los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 75, 76 y 99, inc. 3, de la CN, bloque normativo máximo que impera que los derechos de las personas deben ser regulados por ley formal del congreso⁷.

De consiguiente, podemos concluir que no resulta contradictorio sostener que la potestad disciplinaria

7 La intervención del legislador resultará también imperativa si se adscribe a la idea de la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones o faltas, por aplicación del principio nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, prescripto por nuestra Constitución (v. García Pullés, Fernando R., "La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal, *Prudencia Iuris*, Número aniversario, 2020, ps. 263 a 279).

es inherente a la función administrativa⁸, pero que, al propio tiempo, en tanto esta recaerá ineludiblemente sobre derechos de las personas, toda regulación restrictiva de derechos reclamará el concurso de la intervención del Poder Legislativo⁹. Este podrá regular y establecer cauces y márgenes de actuación para el despliegue de la apuntada potestad sancionatoria pero nunca podrá aniquilarla o anularla porque resultaría afectado el principio de

8 Comadira, Fernando G., Derecho administrativo disciplinario, cit., p. 65.

9 Esta incidencia sobre los derechos de las personas se observa singularmente en los regímenes disciplinarios de las personas privadas de la libertad que se encuentran cumpliendo una pena. Ello, en tanto las sanciones que se aplican en este ámbito tienen reflejo en el denominado “régimen de progresividad del interno”. En tal sentido, pueden provocar graves perjuicios a este generando incluso, en ciertos casos, alteraciones considerables en la ejecución de la pena del interno. En efecto; existen sanciones disciplinarias que significan una nueva privación de libertad en el contexto de encierro como acontece con la sanción de aislamiento. En otros casos, las sanciones impuestas por infracciones de menor gravedad, impactan sobre el avance en los distintos períodos que implica el aludido régimen de progresividad o impiden el acceso a talleres de estudio o de trabajo, fundamentales para avanzar en el régimen de progresividad de la pena con la consiguiente obtención de beneficios liberatorios (v. Santamaría Pedro, “La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales”, Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo, en la Universidad Nacional de La Matanza, febrero de 2024, disponible en <https://cijur.mpb.gov.ar/doctrina/15178>).

división de funciones del poder.

El sistema constitucional argentino perfilado por las normas traídas que reclama la existencia de ley formal del Congreso para la regulación de las restricciones a los derechos resulta más estricto y garantístico que algunas soluciones jurisprudenciales aportadas por la COIDH que admiten que las faltas disciplinarias puedan estar establecidas en normas que no tengan rango legal¹⁰.

La aludida estrictez del sistema constitucional argentino al proteger las libertades que, como se dijo, resulta aun más garantística que la interpretación dada al art. 9 de la CADH por el tribunal interamericano, podría tornar superflua la consideración relativa a si los ilícitos y sanciones disciplinarias exhiben identidad ontológica con los ilícitos y sanciones penales¹¹. Ello en tanto la aplicación de las garantías constitucionales a la materia administrativa disciplinaria tanto como a la materia penal, así como a toda limitación de derechos, conduciría a un resultado similar. De esta

10 V. Corte IDH, 7-9-2022, caso “Mina Cuero vs. Ecuador”, párrafo 105 y caso “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”, 3 de mayo de 2016, párrs. 89 y 95.

11 Para Juan C. Cassagne, “...todos los intentos de distinguir las penas propiamente dichas (regidas por el Derecho penal) y las sanciones penales administrativas y dotar a estas de una sustancia propia han fracasado” (v. Cassagne, Juan Carlos, *El principialismo y las fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Ciudad de Buenos Aires, 2023, p. 207 y ss.).

cuestión nos ocupamos, en detalle, en los apartados 3.5. y 3.6. de este trabajo.

1.2. El régimen de investigaciones administrativas como reglamentación de la potestad disciplinaria y del derecho de defensa

Un régimen de investigaciones administrativas implica la reglamentación tanto de la potestad disciplinaria de la Administración como del derecho de defensa de los agentes investigados.

En definitiva, un régimen de investigaciones constituye una suerte de bisagra entre la potestad sancionatoria disciplinaria (inherente a la Administración) y los derechos y garantías de los servidores públicos, cuya regulación resulta del resorte de la ley formal.

La debida preservación y el restablecimiento del interés público tanto primario como secundario, eventualmente afectados, dependerá del adecuado equilibrio¹² que resulte de estos dos elementos.

12 El equilibrio puede ser examinado por analogía con la virtud humana, como un “justo medio entre dos extremos viciosos” (Julio Conte-Grand, “Morfología del Ministerio Público. Entre la acción y el juicio: el equilibrio como clave de bóveda institucional. Con especial referencia al MPBA” en: Conte-Grand, Julio M. (Dir.), Rodríguez, María José (Coord.^ª), *El Ministerio Público en clave de gobierno abierto*, CIJUR, 2023, ps. 42 a 43, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/files/content/Libro-GOBIERNO-ABIERTO%20v2.pdf>.

2. Los procedimientos disciplinarios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona humana¹³

Resulta intuitivo y evidente por sí mismo que los procedimientos disciplinarios constituyen ámbitos especialmente sensibles —similares a los procedimientos penales y penitenciarios— para la dignidad humana.

En efecto, la manifiesta potencialidad ablatoria de derechos propia a la naturaleza de los apuntados procedimientos exige una especial vigilancia y atención con el objeto de prevenir posibles lesiones o afectaciones de la dignidad¹⁴ que, como explicaremos

13 Así lo ha entendido la COIDH, que en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. COIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1-9- 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad -v. párr. 102-; v. en igual sentido, Res. PG N° 1267/22 del 26 de octubre de 2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios).

14 Tomamos la idea de la sensibilidad de estos ámbitos perquisitivos con respecto de la dignidad humana, de Daniel Herrera que con similar sentido se refiere a los ámbitos penales y penitenciarios (Herrera, Daniel A., “La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico”, en AA.VV. Los derechos humanos en Latinoamérica. Buenos Aires, Pérez Cursi, J. I. (Coordinador), Educa, Disponible en: <http://>

infra, constituye un valor constitucional, un principio fundamental del derecho con fuerza imperativa y un derecho humano en sí, deviniendo una noción polisémica.

Ello requiere que el ordenamiento jurídico contemple garantías efectivas que aseguren la debida preservación tanto en el plano de la configuración normativa de las faltas y sanciones (principio de legalidad estricta —tipicidad o taxatividad y exigencia de ley formal— como en el plano del procedimiento administrativo y del proceso judicial (consagración del derecho de defensa, entre otras)¹⁵.

2.1. La dignidad de la persona humana en el plano constitucional configurado por los arts. 11 CADH y 75 inc. 22, CN

La dignidad de la persona humana es reconocida por

bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-herrera.pdf.

15 En tal sentido, la tarea jurídica que concreta el derecho administrativo sancionatorio permite distinguir dos momentos: la legislante, en la que deben extremarse los esfuerzos para el perfeccionamiento de las herramientas técnicas en favor de la mayor taxatividad posible (que no excluye el recurso a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados); y la aplicativa de la norma legal sancionatoria, en la que deben extremarse los esfuerzos para que la interpretación realice “la justicia del caso”. Esta última, por cierto, lejos está de ser mecánica o automática sino que exigirá siempre una singular sindesis.

la CADH en su art. 11 —y, por ende, por el art. 75, inc. 22, de la CN— que lleva como título “Protección de la Honra y de la Dignidad”. A tenor de la disposición, “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

Refiere Busso: “que la palabra 'dignidad' fue incluida en el texto del artículo 11 en la décima sesión de la Comisión I de la Conferencia Especializada —encargada de revisar los referidos a la 'materia de protección'— a raíz de una propuesta formulada por Uruguay, Estado que sugirió incorporar un primer párrafo al artículo 10 del proyecto de la CIDH con el objeto de establecer el 'principio general': 'Toda persona tiene derecho al honor y al reconocimiento de su dignidad'", inclusión que fue aprobada¹⁶ (lo resaltado no está en el original).

Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia de la CIDH ha utilizado la noción tanto como fundamento de derechos como de un derecho en sí mismo¹⁷.

La CSJN en diferentes fallos ha considerado a la dignidad de la persona humana como como “un valor supremo en nuestro orden constitucional (...) que impone que cualquier norma infraconstitucional sea interpretada y aplicada al caso con el entendimiento

16 Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, <http://orcid.org/0000-0002-3865-569X> (v. apartado III. Origen del artículo 11 de la CADH).

17 Busso, Giuliana, “La dignidad como derecho...”, op. cit. (v. Capítulo V. “Conclusiones”).

señalado por ese marco general”¹⁸.

Desde la doctrina administrativista, Cassagne, si bien considera a la dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos¹⁹, no vacila en referir también específicamente al “principio” de dignidad²⁰; expresa, en tal sentido: “El principio de dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos, etc.) y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo [...] Su quebrantamiento implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte de la constitución...”²¹.

Para Comadira, la dignidad de la persona reclama que la Administración debe estar sometida al principio de “juridicidad”. Este alude no solo a la ley en sentido formal, sino a la totalidad del ordenamiento jurídico:

18 CSJN, 20/04/2010, “Recurso de hecho deducido por César Alejandro Baldivieso en la causa Baldivieso César Alejandro s/ causa n° 4733”, Fallos 333:405; cabe tener presente que la invocación de la dignidad del hombre le permitió a la Corte, en el caso “Sejean” (Fallos 308:2268), admitir el divorcio vincular cuando la legislación aún lo prohibía.

19 Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del derecho público (constitucional y administrativo)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2021, ps. 90, 92 a 93.

20 Ello sin perjuicio de considerarla fuente central de todos los principios y derechos (Cassagne, Juan C., *Los grandes principios del Derecho Público...*, op. cit., p. 90).

21 Ibídem, ps. 92 a 93.

esto es, a los principios generales del derecho, la Constitución Nacional, los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y a los demás tratados con jerarquía superior a las leyes, a los reglamentos y a los precedentes administrativos en la medida en que esté comprometida la garantía de la igualdad y sean legítimos²².

En similar dirección a las opiniones colacionadas, hemos destacado antes "...el principio de juridicidad se integra en la dogmática jurídica del derecho administrativo como un verdadero pilar de las restantes nociones, como un verdadero imperativo del principio de la dignidad de la persona humana que atiende a su dimensión social. Esta integración dogmática es de recibo en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) que luego de pasar revista al catálogo de derechos de la primera parte, en el artículo 32 manda interpretarlos "conforme con las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática"²³.

22 Comadira, Julio Rodolfo; Escola, Héctor Jorge; Comadira, Julio Pablo –Coordinador, colaborador y actualizador–, *Curso de Derecho Administrativo*, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1, ps. 37 y 99 a 100.

23 María José Rodríguez, "La centralidad de la noción de acto administrativo como expresión de la función administrativa en su articulación con el principio de juridicidad" en: Rodríguez R. Libardo (Director), Rivero Ortega, Ricardo (Coordinador), Volumen en homenaje al profesor José Luis Meilán Gil, *El acto administrativo*, Colección de Derecho Administrativo Comparado, Editorial Temis, IIDA, Editorial jurídica venezolana, Bogotá, Colombia, 2022, p. 34; v. sobre la profunda dimensión social del

2.2. La dignidad de la persona humana: la necesidad de recurrir a la filosofía para su conceptualización

Si bien la dignidad es de recibo tanto por la CADH (art. 11, también arts. 5° y 6°) y de consiguiente por nuestra Constitución nacional (art. 75, inc. 22), así como en numerosos otros tratados internacionales de derechos humanos, y afirmada constantemente por la doctrina, lo cierto es que no se encuentra en los mencionados dispositivos una definición respecto de su esencia.

Ello torna necesario recurrir a la filosofía en tanto disciplina que provee los conceptos fundamentales de las concepciones antropológicas que nutren al derecho.

Sobre la dignidad de la persona humana expresa Herrera: “En relación con la noción de persona y particularmente de persona humana, encontramos la concepción también fundamental de dignidad humana. “Dignitas quiere decir la cualidad de ‘dignus’. Esta palabra, deriva de la misma raíz ‘dec’ que encontramos en el verbo defectivo ‘decer’ (‘es conveniente’, ‘merece’) y en el sustantivo ‘decor’ (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir,

principio de juridicidad, María José Rodríguez en: Rodríguez, María José, “La estabilidad del acto administrativo frente la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria” disponible online en CIJur - Centro de Información Jurídica del Ministerio Público de la Provincia de Bs. As. (mpba.gov.ar).

con la apariencia excelente pero merecida". En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre. En consecuencia, según cual sea la concepción de persona será la de dignidad humana²⁴ (lo resaltado no está en el original).

Desde una perspectiva filosófica clásica, propia de nuestra tradición cultural y jurídica, la dignidad humana finca en el ser del hombre, en su naturaleza o esencia humana²⁵.

Boecio, citado por Herrera, definía a la persona humana como sustancia individual de naturaleza racional, lo cual implica que todo ser humano es persona. Se ha corregido esta definición acotando que más que sustancia, persona es el sujeto que subsiste en el género de sustancia racional²⁶, es el titular de una sustancia de naturaleza racional²⁷.

Las personas son individuos que existen per se y tienen dominio de sus propios actos. Sus acciones no resultan simplemente de la naturaleza como por ejemplo un proceso digestivo. No solo actúan como las demás cosas sino que obran por sí mismas. Son libres. En definitiva para la filosofía clásica, persona

24 Herrera, Daniel A., "La ley natural...", op. cit., p. 29.

25 Ibídem, p. 30.

26 Ibídem, p. 27.

27 Ibídem, p. 25.

es lo más perfecto que existe en toda la naturaleza²⁸.

La persona se define en definitiva por la dignidad de su naturaleza racional que le permite inteligir y comprender sus fines existenciales propios y dirigir su voluntad hacia ellos, en libertad y bajo su propia responsabilidad²⁹.

Para el cumplimiento de sus fines existenciales³⁰ la persona tiene derechos que en puridad son medios para lograr aquellos. El derecho positivo reconoce estos derechos humanos como fundamentales.

Ahora bien, estos derechos pueden ser restringidos conforme las justas exigencias del Bien Común (art. 32, CADH) pero siempre sobre la base del respeto del principio de juridicidad, de lo contrario se verificaría, en el lenguaje de la CADH, “una injerencia ilegítima” (v. art 11).

Desde esta mirada es que cabe afirmar que en la medida en que toda actividad perquisitiva del Estado que se da en un procedimiento sancionatorio disciplinario puede vulnerar derechos por la virtualidad esencialmente ablatoria que tiene la sanción —e incluso el iter previo a ella³¹—, el

28 Ibídem, p. 27.

29 Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Ediciones Rialp, Madrid, 1967, ps. 35 a 36.

30 Ibídem, ps. 39 a 45.

31 Sobre el “entorno de ‘coacción inherente’ que rodea a un interrogatorio” y su virtualidad para afectar la dignidad humana, v. María José Rodríguez en: Rodríguez, María José: “La potenciali-

principio de dignidad humana que impera la preservación de los derechos con fundamento en los fines existenciales de la persona y de su dignidad debe regir con especial vigor a lo largo de todas las etapas de estos procedimientos disciplinarios y debe estar asegurado y garantizado por cierto, por los textos normativos que los perfilan³².

dad autoincriminatoria de las primeras declaraciones”, Jornada sobre el Nuevo Reglamento de Investigaciones Administrativas, organizada por la Universidad Nacional de la Matanza, FECIC Y FUCER, conferencia disponible online en: https://youtu.be/a22b-Vcx4_QE?t=2400.

Es de resaltar que la CIDH, en el marco de otros entornos sensibles a la dignidad de la persona como la materia penal y penitenciaria, ha ordenado capacitaciones sobre la necesidad de valorar adecuadamente los elementos que motivan una detención y requisa por parte de la policía como parte del control de las detenciones; v. CIDH “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”, sentencia del 1º septiembre de 2020 -Fondo y Reparaciones-, párrs. 124 y 125, con fundamento, entre otros, en la protección de la honra y de la dignidad —v. párr. 102—; v. en igual sentido, Res. PG N ° 1267/22 del 26-10-2022, emitida por el Procurador General de la Prov. de Buenos Aires, en la que, con sustento en los aludidos párrafos 124 y 125 dispone capacitaciones obligatorias para el personal vinculado con estos ámbitos (magistrados y funcionarios del Ministerio Público Fiscal de la Prov. de Buenos Aires).

32 María José Rodríguez en Rodríguez, María José, “Los procedimientos sancionatorios como ámbitos sensibles a la dignidad de la persona”, conferencia vertida en: XXV Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral “Derecho administrativo, Interés Público y Persona”, 17 de octubre de 2022, disponible online en: <https://youtu.be/YJVSg0dcE2c?t=1594>.

2.3. El principio de juridicidad, corolario de la dignidad de la persona humana y como expresión de la nomocracia griega

Ya Platón y Aristóteles se preguntaban qué era más conveniente si el gobierno de los hombres (los mejores), o de las leyes³³. Y ambos, el Platón último de Las Leyes y Aristóteles a lo largo de su corpus doctrinario optaron por el gobierno de las leyes, enrolándose en la tradición helénica de la nomocracia. Ello, sobre la base del dato de la realidad de que las leyes, a diferencia de los hombres, no tienen pasiones. Expresaba Aristóteles que la ley es “razón sin apetito”³⁴.

En la hipótesis del gobierno de los hombres, si estos son arrastrados por sus pasiones y deciden según estas de modo desigual, resulta afectada la igual dignidad óntica de las personas. Contrariamente, esta afectación no se verifica con la ley, por las

33 Sobre el aporte de estos dos grandes filósofos al denominado “Rule of law” (Estado de Derecho), v. Lalanne, Julio E., “¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?: El problema en Platón y Aristóteles”, en línea, *Prudentia Iuris*, 79, 2015, ps. 295/310, disponible en <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/3962>; ver en similar sentido, Daniel Herrera en Herrera, Daniel, “La politicidad del derecho y la juridicidad de la política en el Estado Constitucional de Derecho”, conferencia vertida en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo organizado por el MPBA (Cijur) y la UNNE, los días 9,10 y 11 noviembre de 2022, <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15081>.

34 Lalanne, Julio E., op. cit. p. 310.

notas de generalidad, impersonalidad y objetividad que caracterizan a esta. Porque las leyes no tienen pasiones.

Desde esta perspectiva, es posible afirmar que el principio de juridicidad, que enraiza en la tradición de la nomocracia griega, deviene una exigencia de la dignidad de la persona.

Correlativamente, el gobierno —y la administración— que no se ajustaran a la conducta predeterminada por la norma, conducen al decisionismo, a la diversidad de soluciones frente a casos similares, violando la igualdad ante la ley y vulnerando así la dignidad de la persona.

3. Estado de derecho y principio de legalidad. Singular trascendencia respecto de los procedimientos administrativos disciplinarios

El principio de legalidad expresa de modo conspicuo la esencia del denominado Estado de Derecho, al que Schmitt³⁵ caracteriza como burgués y liberal y al que autores como Del Vecchio —y Cassagne, en nuestras latitudes— denominan Estado de Justicia.

Supone una dimensión sustancial o material, de claro contenido dikelógico —que sintetiza la esencia del mencionado Estado de Derecho o de Justicia— y en una dimensión procedural que atiende a preservar a la primera.

35 Schmitt Carl, Teoría de la Constitución, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, ps. 150 y ss.

Vínculo esencial del poder punitivo del Estado a las formalidades de las leyes y a la tutela de los bienes jurídicos se constituyó en la regla de oro de la legitimación de la potestad sancionadora. Se traduce en la exigencia de que la ley contenga de forma determinada, la conducta reprochada y la respuesta sancionadora³⁶.

3.1. El Estado de Derecho burgués o liberal según Schmitt

Según Schmitt, el Estado de Derecho, que adjetiva de “burgués” o liberal se caracteriza por el respeto a los derechos fundamentales y a la división de poderes. Estos principios adquieren carácter estructurante del apuntado Estado burgués de Derecho y pertenecen al contenido jurídico positivo de toda Constitución que encierre una decisión en favor de esta tipología de Estado³⁷.

De conformidad con el liberalismo burgués —afirma— solo hay constitución cuando se respetan la propiedad y la libertad personal³⁸.

Constituyen garantías constitucionales de la libertad burguesa —prosigue— los derechos fundamentales, la división del poder y una cierta participación del pueblo en el poder legislativo mediante una

36 Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios penales*, BdF, Buenos Aires, 2017, p. 37

37 Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 149.

38 Ibídem, p. 42.

representación popular³⁹.

Por orden jurídico —advierte— debe entenderse un orden jurídico burgués basado en la propiedad privada y en la libertad personal; el Estado, en ese marco, constituye la garantía armada de este orden, paz y seguridad burguesa⁴⁰.

Solo valdrá como Estado de Derecho aquel en que no puedan intentarse injerencias en la esfera de libertad individual sino a base de una ley. Solo un Estado en el que toda la actividad administrativa, sobre todo la policía, se encuentre colocada a reserva y bajo la preeminencia de la ley, configurará un Estado de Derecho. De consiguiente, el principio de legalidad de la administración pasa a ser una nota característica del Estado de Derecho, y solo podrá ser reputado Estado de Derecho, aquel cuya actividad total quede comprendida en una suma de competencias rigurosamente circunscriptas.

Impera la mensurabilidad de todas las manifestaciones del poder del Estado. La exigencia de mensurabilidad se desprende del principio de distribución propio del Estado burgués de Derecho, según el cual, la libertad del individuo es ilimitada en principio y toda facultad del Estado, por el contrario, limitada y por lo tanto, mensurable⁴¹.

Esta concepción básica del Estado de Derecho

39 Ibídem, p. 44.

40 Ídem.

41 Ibídem, ps. 47 y 152.

rechaza el “imperio de los hombres”. Por ello, la ley es una norma general. Advierte el jurista alemán que el concepto de ley burgués enraiza en la filosofía griega, de ahí pasa a la Edad Moderna a través de la Escolástica. La ley no es la voluntad de uno o muchos hombres sino una cosa general racional, no es voluntas sino *ratio*⁴².

Pero el concepto de ley que sostiene el Estado burgués de Derecho, —resalta Schmitt— es, además, un concepto formal (político). Ley en sentido formal es lo acordado por los órganos legislativos competentes dentro del procedimiento legislativo prescripto. En definitiva, — la ley es norma, regulación jurídica (recta, razonable) de carácter general, pero en el sentido político, es voluntad y mandato concretos y un acto de soberanía expresado mediante un procedimiento (formal).

3.2. El Estado de Derecho como Estado de Justicia (Del Vecchio)

Señala Del Vecchio que la palabra “derecho” en un sentido formal significa una coordinación de las relaciones intersubjetivas en virtud de la cual a ciertas facultades corresponden ciertas obligaciones. Un derecho cualquiera existe en no importa qué condición humana porque esta no puede subsistir sin un conjunto de relaciones sociales. Es imposible que no tenga un derecho propio (en el sentido formal), es un ordenamiento jurídico del cual él es su centro y el sujeto. Pero para Del

42 Ibídem, p. 162.

Vecchio el derecho puede ser entendido como un valor esencial atribuido a la persona humana y en razón del cual esta puede pretender el respeto de su propia naturaleza espiritual. Un Estado que se construye sobre esta base se califica generalmente como “Estado de derecho”⁴³. Para el autor seguido, más adecuada sería la calificación de “Estado de Justicia”. Por esta expresión no se entiende designar un Estado cualquiera, que no puede dejar de tener un sistema de legalidad positiva, sino solamente que se conforma al ideal de la justicia, que reconoce los derechos fundamentales de la persona humana⁴⁴.

Se trata —según Del Vecchio— de un concepto que enraiza en la antigüedad clásica, que fue tomado por el mensaje cristiano y luego razonado en la filosofía moderna; se trata del concepto del derecho natural⁴⁵.

La significación de esta ley que corresponde a una exigencia indeleble de nuestra conciencia es esencialmente deontológica. Expresa un deber ser válido más allá de la esfera empírica. El ser humano pertenece al orden fenomenal pero participa también de ideas y de normas universales y eternas. Se siente libre e imputable, tiene un lumen rationis naturalis que le impone el respeto de la ética bajo sus dos formas

43 Del Vecchio, Giorgio, Derecho, Política y Justicia, Traducción del francés por Luis Dorantes Tamayo, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ps. 718 y ss., disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/75/dtr/dtr11.pdf>

44 Ídem.

45 Ídem.

fundamentales: la caridad y la justicia. También puede él pretender legítimamente el reconocimiento de la dignidad de su persona⁴⁶.

El principio ético es único y no se distingue en sus dos formas susodichas, sino porque da respectivamente la norma a cada sujeto tomado en sí mismo y en las relaciones entre varios sujetos. Así, para Del Vecchio, la justicia es el perfil social de la ética.

Siendo la misión del Estado, para Del Vecchio, la realización de la Justicia, esta, como ley inabolible del espíritu humano impone a todos el respeto a la sagrada dignidad del ser humano⁴⁷.

La primera exigencia de la justicia es que el ser humano sea reconocido en lo que tiene de específico (su espiritualidad). Esto significa que todos los seres tienen un derecho inabolible a la libertad, cuya validez no deriva de leyes positivas, las cuales deben respetarla y acogerla como suya. Existe un derecho natural “de igual libertad”. El fin inmutable del Estado será la tutela de los derechos naturales de la persona humana. Estos derechos que tienen su base en la libertad del hombre, no pueden ser abolidos por ninguna ley ab hominibus inventa. Esta es la razón fundamental del Estado la cual representa su principio y su fin. Dice Del Vecchio que es errónea la tesis que el Derecho es el único fin del Estado pues el Derecho es solo un medio, por lo que más correcto sería hablar de Estado de Justicia, antes que

46 Ídem.

47 Ídem.

de Estado de Derecho⁴⁸.

Ese Estado de Justicia, hoy, sería un Estado Constitucional Social de Derecho, en el marco de la evolución de la conciencia jurídica, por lo que Max Scheler llama “las variaciones del ethos”⁴⁹.

3.3. El principio de legalidad propio del Estado de Derecho. Aproximación desde la teoría egológica de Carlos Cossio

Desde una perspectiva de clara influencia existencialista y fenomenológica, para Carlos Cossio, el derecho es conducta humana en su interferencia intersubjetiva⁵⁰.

Cossio parte de la base del “axioma ontológico de la libertad”⁵¹ a cuyo tenor todo lo que no está prohibido,

48 García Belaunde, D. (1972), “El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio del Vecchio”. Derecho PUCP, (30), ps. 81 a 102, disponible en: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.197201.005> Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6608/6703>

49 Ídem.

50 Cossio, Carlos, La teoría egológica del derecho. Su problema y sus problemas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 21. Nos explayamos con la postulación de este jurista en tanto su análisis sobre la estructura de la norma como proposición jurídica nos permitirá más adelante, “desmenuzar” los aspectos de la norma sancionatoria que reclaman cobertura legal formal.

51 Los axiomas son un punto de partida meramente lógico, regulativo; advierte Yacobucci que si se arguye solo desde axiomas, puede suceder que los razonamientos sigan un curso lógi-

está permitido; este axioma alude al hecho metafísico de la libertad signada con el signo de lo lícito, como una cosa previa y neutra a la determinación de sus límites justicieros por aquí o por allí⁵².

La teoría egológica encuentra en la metafísica existencial que la vida humana tiene en la libertad fenomenalizada, su específico y específico componente material; la libertad es algo existente, la libertad se intuye como personalidad, con ipseidad. Por ello, para Cossio hablar de conducta, libertad y

co, adecuadamente regulado por aquel punto de partida, pero que no necesariamente tengan una contrapartida real. En este caso, el conocimiento será meramente nominal, cuya certeza es inmanente al esquema adoptado. Pero la elección del punto de partida no está siempre justificada en el ser y puede resultar una mera hipótesis, una convención o un acto voluntarista del sujeto., por eso, los razonamientos o ciencias que parten de axiomas tienen un carácter eminentemente formal. Los axiomas operan como una forma organizativa del sistema al que se aplican. La cuestión cobra especial interés en el campo del obrar humano, en el de la moral, el derecho, la economía o la política, pues según se razona con principios o con axiomas, cada uno de estos ámbitos se aproximará en mayor o menor medida a una técnica, al logicismo o a cierto funcionalismo donde la realidad de la persona, su dignidad, sus fines, y conflictos resultan ajenos a las cuestiones debatidas. Si se razona con axiomas, se está elaborando un razonamiento técnico o según los casos, logicista, una estructura de explicaciones meramente formales cuya finalidad es la certeza que emerge de la coherencia interna del sistema (v. Yacobucci, Guillermo, *El sentido de los principios...*, op. cit., ps. 60 a 62).

52 Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1944, p. 213.

personalidad, existencialmente es hablar de la misma cosa⁵³.

De consiguiente, el axioma todo lo no prohibido está permitido expresa que la libertad metafísica del hombre es un prius en la experiencia jurídica, en el sentido de que enuncia una juridicidad general de la libertad como base de toda ulterior determinación jurídica y como punto de partida de una sistematización general del Derecho⁵⁴.

Remarca que el axioma ontológico ha sido entendido como un principio jurídico válido para la personalidad de los súbditos que se puede proyectar por horizontes siempre abiertos en razón de que a ellos les está permitido todo lo no prohibido; pero no para la personalidad de los órganos del Estado (funcionarios)⁵⁵.

Pero Cossio discrepa con esta opinión generalizada y considera que tanto al súbdito como al funcionario todo les está permitido dentro de sus esferas de competencia; dentro de su competencia, o sea en lo que no les está prohibido, tienen libertad jurídica de individuación, de dar realidad de acuerdo con sus propias estimativas a la norma general en que se apoyen, este dar realidad, creación de una

53 Cossio, Carlos, El principio “nulla poena sine lege” en la axiología egológica, La Ley 48, 1135. DPyC 2012 (julio), 265. TR LA-LEY AR/DOC/2697/2010, p. 7.

54 Cossio, La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad, Editorial Losada S.A., Bs. As., 1944, p. 214.

55 Ibídem, p. 215.

norma individual tiene sentido dogmático. No debe confundirse libertad jurídica con los límites de ella⁵⁶.

Para Cossio la norma jurídica completa es una proposición disyuntiva —y no un juicio hipotético como plantea Kelsen⁵⁷— por la razón ontológica de que la interferencia intersubjetiva tiene dos miembros: a) endonorma: (conceptuación de la prestación) y b) perinorma (conceptuación de la sanción); se trata de una norma única y no de dos normas; la norma jurídica es un juicio disyuntivo⁵⁸.

Si la conducta está de acuerdo con la endonorma , la conducta es lícita o jurídica; si está de acuerdo con la perinorma, la conducta es ilícita o antijurídica, la libertad metafísica fenomenalizada se ha especificado en jurídica y antijurídica⁵⁹.

La endonorma menciona o representa el deber jurídico o prestación que se atribuye a un supuesto fáctico, a una hipótesis de hecho; la prestación es el acto o producto objetivo de la libertad de quien lo hace y la ciencia no puede considerar sino cosas objetivas⁶⁰.

Paralelamente, la perinorma menciona o representa la sanción. La sanción también es acto o producto objetivo de la vida humana (es decir, con libertad) de

56 Ibídem, p. 217.

57 Ibídem, p.133.

58 Ibídem, p. 302.

59 Ibídem, p. 303.

60 Ibídem, p. 327.

quien la sufre.

Este juicio disyuntivo puede resumirse en la fórmula:

Dado A debe ser B (endornorma)

Dado NO B debe ser S (perinorma)

En este marco, la endonorma que constituye la primera parte de la norma, consta de un antecedente (“Dado A”) y de un consecuente (“debe ser B”). El antecedente enlaza una situación fáctica o hipótesis de hecho asumida por la norma (por ejemplo, la condición de funcionario público); el consecuente de la endonorma hace referencia a una prestación o conducta debida —activa o de abstención, esto es, deber o prohibición⁶¹—, u obligación que detona o suscita el antecedente de la endonorma si se verifica en el supuesto fáctico examinado. Si esta prestación u obligación contemplada en el consecuente de la endonorma no se cumple (“Dado NO B”), aparece la sanción alojada en la perinorma (“debe ser S”).

Examinados estos conceptos desde la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, la endonorma de Cossio coincide con la norma secundaria de Kelsen, y la perinorma, con la norma primaria de Kelsen.

La proposición jurídica disyuntiva que constituye la norma jurídica, destaca como una estructura de diez conceptos fundamentales —dos conceptos

61 Efectuamos esta precisión sin entrar en los detalles técnicos que el autor introduce al utilizar estos conceptos.

funcionales (el verbo deber ser y la preposición “o”) y ocho conceptos entitativos, de tal manera que la estructura de la norma jurídica sería la siguiente:

Dado un hecho con su determinación temporal (1) debe ser (2) la prestación (3) por alguien obligado (4) frente a alguien (5) —endonorma—;

o (6) si es la no prestación (7) debe ser (2) la sanción (8) a cargo de un órgano obligado (9) por la pretensión de la comunidad (10) —perinorma—.

Para el autor, la positividad del Derecho pone una dimensión dogmática común en tres conceptos a) la persona humana; b) la libertad metafísica, c) el acto cumplido en el cúmulo de circunstancias generales o especiales que lo integran constituye una libertad metafísica que se fenomenaliza en la conducta.

Con la positividad —según Cossío— se vuelve al objeto jurídico, se trasciende el puro pensamiento jurídico como mera forma lógica de sí mismo. A la positividad se la intuye de modo sensible, sea como cumplimiento espontáneo en la endonorma, sea como fuerza en la perinorma⁶².

En suma, para la teoría egológica, la libertad es lo primero en el derecho, por ser su dato ontológico⁶³. Lo permitido es un prius.

62 Cossío, Carlos, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, op. cit., ps. 203 a 204.

63 Ibídem, p. 333.

3.4. El Estado de Derecho como punto de confluencia de diversas explicaciones doctrinarias y el principio de legalidad como expresión jurídica de todas ellas

Compulsadas sucintamente estas fuentes doctrinarias —escogidas como expresiones dogmáticas diferentes, que abordan como objeto de estudio al Derecho, —y a la libertad ontológica del hombre—, y que confluyen en la explicación del Estado de Derecho, podemos colegir que el principio de legalidad, la vigencia imperativa de la norma para restringir libertades, resulta ser un común denominador.

En el marco de la mencionada diversidad de opiniones, el principio de legalidad reconoce diversos fundamentos. Para Schmitt, es sinónimo de protección de la libertad y propiedad burguesa; para Del Vecchio es expresión de una idea objetiva de Justicia que se impone a la conciencia jurídica universal o al menos, del llamado mundo occidental y cristiano; para una perspectiva existencialista y fenomenológica como la de Cossio, el principio de legalidad se sustenta en el axioma ontológico de la libertad, un punto de partida que se supone, que expresa un dato, un fenómeno: la conducta humana en interferencia intersubjetiva.

Pero lo cierto es que más allá de los diversos fundamentos filosóficos que expresan perspectivas filosóficas distintas, el principio de legalidad se encuentra consagrado en la Constitución Nacional que lo recepta en diversos artículos, según veremos infra.

3.5. El principio de legalidad en la Constitución Nacional: la Argentina como Estado de Derecho

La Constitución Argentina recepta el Estado de Derecho y el principio de legalidad de la administración como expresión paradigmática del primero. Nuestra tradición jurídica se enrola en la vertiente que considera al Estado de Derecho como superación tanto del Estado liberal de Derecho, como social de Derecho, como Estado de Justicia. Porque, en definitiva, serán siempre el Bien Común político y el principio de subsidiariedad, los elementos clásicos y estructurantes que deben definir el contenido concreto del Estado.

Explica Cassagne, citado por Plaza⁶⁴, que “[...] la fórmula Estado de justicia, acuñada originariamente por Del Vecchio, refleja una concepción superadora, tanto del Estado de Derecho como del modelo que le sucedió: el Estado social de Derecho. Esta superación se explica porque si bien se mantienen determinados postulados fundamentales del Estado de Derecho (independencia del Poder Judicial, sometimiento de la Administración a la ley y régimen garantístico de las libertades y demás derechos personales), se equilibra el abstencionismo estricto que propició su versión más liberal imperante en el siglo xix con un limitado y razonable intervencionismo que restituye

64 Plaza, Martín, “Estado constitucional de derecho, excepcionalidad y democracia”, p. 6 en AAVV, Director: Rodolfo C. Barra, *Emergencia Sanitaria Global: su impacto en las instituciones jurídicas* disponible en https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/Dr._Mart%C3%ADn_Plaza_15-9.pdf

la plenitud del derecho natural, a través del imperio del principio de la subsidiariedad que, en algunas partes, alcanza rango positivo. De este modo, el Estado —más que sometido al derecho (en el sentido de sometimiento a la ley)— se encuentra vinculado a la justicia, en sus diferentes especies, sin poner exclusivamente el acento en la justicia distributiva (como aconteció durante la etapa del llamado Estado de bienestar o Estado social), y asignándole una mayor potencialidad y trascendencia al cumplimiento efectivo de las funciones estatales básicas”.

En este marco de predicación, el principio de legalidad como garantía de la restricción de libertades y derechos asume una dimensión sustancial y formal. Esta última, no solo implica un procedimiento imperado a seguir por la Constitución (aspecto formal procedural) sino que justamente atiende a la dimensión de generalidad y objetividad que debe exhibir toda norma para respetar la igualdad que exige la dignidad de la persona, y a la reflexión serena propia del debate y del intercambio de ideas y posturas, que asegure en la medida de lo humano posible, un mínimo de justicia, un mínimo axiológico. Cabe tener bien presente que en las formas se realizan las esencias⁶⁵.

El apuntado principio de legalidad o reserva de ley es exigido por la Constitución Nacional en los arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, 76 y 99, ap. 3, CN, para la regulación de libertades y derechos. Entre estas restricciones de libertades y bienes,

65 V. CSJN, Fallos 315:106; 329:5903; 338:552, entre otros.

singular gravitación asume el ejercicio de la potestad sancionadora, en la especie, disciplinaria interna, en tanto, como se dijo, es una manifestación del ius puniendi estatal y consiste en una privación de un bien o derecho. Parecería que en este campo, debería hablarse de una “reserva de ley agravada”⁶⁶, según los desarrollos siguientes que efectuaremos.

3.6. El principio de legalidad como regla de oro del ius puniendi⁶⁷ y el alcance y extensión de la colaboración reglamentaria

En el primer apartado hemos examinado sucintamente la potestad sancionatoria administrativa interna o disciplinaria y su télesis, direccionada hacia la preservación del “interés público secundario” esto es, al interés público que persigue el buen funcionamiento de la Administración en miras a lograr un eficaz y eficiente desarrollo de la actividad administrativa⁶⁸.

Luego, en los apartados siguientes hemos pasado revista a la dignidad de la persona humana como cimiento de la concepción antropológica sobre la que se construye paulatinamente la noción de Estado de Derecho o Justicia. Y singularmente, sobre su

66 Sobre las implicancias del sintagma “reserva de ley agravada”, v. Dictámenes PTN 243: 37 y 274; 246:539.

67 V. Yacobucci, Guillermo, op. cit., p. 37.

68 V. Comadira, Fernando G. op. cit., ps. 43 y ss.; v. también considerandos del Decreto N.º 456/2022 que aprueba el Régimen de Investigaciones Administrativas.

expresión paradigmática que es el principio de legalidad como tutela de este Estado de Derecho.

Ello, toda vez que la mencionada potestad disciplinaria —objeto de este estudio— alcanza su sentido y medida, en un contexto de legitimación ético jurídico del ejercicio del poder, enrolado en la búsqueda y concreción del bien común político.

En este apartado focalizaremos nuestro desarrollo en el análisis de la naturaleza jurídica de la sanción administrativa, disciplinaria en la especie, su indiferenciación ontológica con las sanciones penales, en mérito a su potencialidad ablatoria o amputatoria de derechos, la aplicación consecuente de los principios del derecho penal a la sanción disciplinaria, y por cierto, nos detendremos a examinar con qué intensidad y alcance juega el principio de legalidad y taxatividad; singularmente, si es posible afirmar en materia disciplinaria una reserva agravada de ley formal con la consiguiente acotación de la colaboración reglamentaria al campo de lo pormenor o variable.

3.6.1. La unidad del poder punitivo del Estado y la dualidad de sanciones (penales y administrativas). Origen histórico

En ocasión de conceptualizar a la potestad disciplinaria, nos hemos referido a su manifiesta potencialidad ablatoria de derechos. En efecto, la aludida potestad cuando se concretiza, puede concluir en la sanción. Cabe entender por sanción “un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta

ilegal". Esta sanción consistirá en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa⁶⁹.

Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal: la autoridad que las impone, la Administración; las segundas son impuestas por los jueces penales. Tal como explican García de Enterría y Fernández, esta dualidad de sistemas represivos está contemplada en el art 25.1. de la actual Constitución española (1978) a cuyo tenor "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en ese momento"⁷⁰.

69 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2000, ps. 161 y ss.

70 Ídem. Tomamos en este desarrollo, como punto de partida especialmente escogido del análisis, el ejemplo de la Constitución española de 1978 —y al consecuente examen que hacen sobre el ius puniendi estatal, juristas españoles emblemáticos como García de Enterría y Fernández—. Ello, primordialmente porque la Constitución española asume en su art. 25, la dualidad de manifestaciones en que se ha concretizado tradicionalmente el ius puniendi del Estado. Y porque este art. 25 proporciona una solución práctica en la que recupera la unidad del origen histórico y ontológico a través de la asimilación regulatoria que impera. Esta asimilación será influida y retroalimentada por cierto por la jurisprudencia del TEDH que abrirá tempranamente su jurisdicción al conocimiento de las sanciones administrativas que imponen las jurisdicciones nacionales cuando advierta una cierta "co-

¿Por qué esa dualidad? —se preguntan los autores colacionados— ¿Tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad? ⁷¹

Expresan que esta dualidad encuentra origen en el mantenimiento en manos del Ejecutivo de poderes sancionatorios directos y expeditivos luego de la adopción del Derecho Penal legalizado y judicializado a partir de la Revolución Francesa, bajo el lema *nulla poena sine legale iudicium*.

Refieren que las monarquías europeas del siglo xix se apresuraron a adoptar el nuevo sistema represivo, más racionalizado y objetivo pero no por eso abandonaron sus propios poderes sancionatorios sobre la base de la fórmula “*L’Administration de la police renferme l’usage de l’autorité de la justice*” (Domat).

loración penal” en estas, según nos explayamos infra. Con ello, el modelo español deviene ilustrativo y paradigmático porque nos muestra en singular, una expresión europea actualizada propia del Estado de Derecho que anima la cultura jurídica europea. En segundo lugar, no cabe desconocer el aporte axiológico que significó la mencionada Constitución sobre el constitucionalismo y el derecho administrativo iberoamericano (v. Eto Cruz, Gerardo y Palomino Manchego, José F. “La Constitución española de 1978 y su influencia en el ordenamiento constitucional latinoamericano”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2225/4.pdf>.

71 García de Enterría y Fernández, op. y loc. cit., p. 162.

En lo que concierne al ordenamiento español, explican, la Constitución española de 1978 dio rango constitucional a la potestad administrativa de sancionar sin proporcionar ningún criterio objetivo para distribuir el campo del *ius puniendi* en infracciones e ilícitos penales con sus correlativas sanciones y penas, dejando al legislador esa tarea (v. arts. 25 y 45.3, Constitución de España), con frecuencia en virtud de razones puramente cuantitativas⁷².

Resaltan García de Enterría y Fernández que todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y una sustancia propia han fracasado. Solo razones de política criminal explican las razones varias y a menudo contradictorias del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas⁷³.

Así, el mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, con excepción de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos, por

72 Ibídem, p. 163.

73 A similar conclusión parece llegar Jakobs quien considera que el derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad constatable en la práctica (v. Jakobs Günther, Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 67); v. también Cassagne, Juan Carlos, *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, Ediar, Bs.As., 2023, ps. 207 a 208.

la vía judicial penal como por la vía administrativa⁷⁴.

Queda como núcleo irreductible entonces — concluyen — un solo criterio, solo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas de libertad y las privativas de otros derechos civiles y políticos⁷⁵.

3.6.2. La aplicación de los principios del derecho penal a las sanciones disciplinarias en la jurisprudencia española y del TEDH

La unidad del poder punitivo estatal y la indiferenciación ontológica entre sanciones administrativas y penales conduce a examinar si resultan de aplicación al *ius puniendi* desplegado en el campo infraccional, disciplinario en la especie, los principios consolidados y perfeccionados para el campo del ilícito penal por el poder judicial desde la consagración del Estado de Derecho.

74 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 165.

75 Ibídem, p. 164. En Argentina, esta afirmación encuentra sustento en el art. 109 CN. Por ello estimamos violatorio del sistema judicialista que consagra nuestro país, las sanciones disciplinarias propias de ciertos sistemas penitenciarios que se aplican sin intervención de la defensa o del juzgado de ejecución a quienes cumplen una pena privativa de libertad; ello, en cuanto trascienden e impactan sobre el sistema de progresividad en el cumplimiento de la pena y la reinserción social (v. Santamaría Pedro, “La participación de la defensa en el procedimiento sancionador en instituciones penitenciarias federales”, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/15178>.

Como se viene de señalar, la Constitución española de 1978 incluyó en una formula común, penas y sanciones administrativas respecto de los principios de legalidad, tipicidad e irretroactividad⁷⁶.

Y en ese marco, el Tribunal Constitucional de España desde sus primeras sentencias postuló que los principios inspiradores del orden penal resultaban de aplicación, con ciertos matices, al derecho sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado⁷⁷.

Entre esos matices, originariamente, aparecieron las relaciones especiales de sujeción como flexión que excluía la aplicación de los principios y garantías del derecho penal a las sanciones administrativas. En estos supuestos, se admitió, en una primera instancia que las exigencias de legalidad o tipicidad se relajaran o debilitaran, incluso hasta su desaparición pura y simple⁷⁸.

76 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 166.

77 Ídem. Cabe observar de nuestra parte, que la referencia histórica que efectúan los autores traídos, coincide con el origen etimológico de la locución “ius puniendi”, cuya raíz latina “punire” significa “castigar”. Ello, más allá de las diferentes evoluciones que tuvieron las expresiones concretas de este ius puniendi, según se tratara del poder represivo ejercido por los magistrados o del sancionatorio desplegado por la Administración, cada uno en sus respectivos campos de actuación y con finalidades y características propias del régimen de la función, exhibiendo, las más de las veces, los rasgos de “parecidos de familia” (tomamos la expresión del filósofo Ludwig Wittgenstein —1889-1951—).

78 Ibídem, p. 167.

Pero esta tesis —refieren García de Enterría y Fernández— fue superada por una sentencia del 29 de marzo de 1990 del Tribunal Constitucional en la que este puntualizó que la naturaleza sancionatoria de la medida impedía que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial ya en sí misma imprecisa, desvirtuara aquella naturaleza, sin que pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales. Siempre será exigible en el campo del derecho sancionatorio administrativo el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano⁷⁹.

Por su parte, bastante antes de esta sentencia, el TEDH integró los poderes disciplinarios entre los poderes sancionatorios generales y aplicó al procedimiento disciplinario las exigencias comunes impuestas por el art 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos para los delitos a sanciones disciplinarias⁸⁰, si bien sobre la base de considerarlas

79 Ídem.

80 Concretamente lo ha hecho en el caso de sanciones al personal militar como así también a las procedentes de organizaciones profesionales y también a los presos; v. casos “Engel” (1976), “Le Compte y otros y Albert Lecompte” (1981 y 1983), y “Campbell y Fell” (1984), cit. por García de Enterría y Fernández en op. cit., p. 168; sobre los llamados “criterios del caso Engel”, v. Llop, Javier Barcelona en “Las sanciones administrativas en la jurisprudencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos” a los que nos referimos infra, en Revista Derecho & Sociedad N.º 54, ps. 207 a 227, disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/>

de naturaleza penal conforme al criterio autónomo que ha elaborado y la “coloración penal” que pueda discernirse en las apuntadas sanciones⁸¹.

3.6.2.1. Especial referencia a la tesis de la “coloración penal de la sanción” en la jurisprudencia del TEDH

Si bien el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es neutral en lo que al reconocimiento de la potestad sancionadora de la Administración se refiere, es decir no contiene referencias a esta, lo cierto es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha interpretado sobre la base de la doctrina del carácter autónomo que atribuye a la noción de “acusación penal” en el marco del apuntado convenio (art. 6.1. CEDH⁸²), que las sanciones administrativas

derechoysociedad/article/view/22416.

81 V. Llop, Javier Barcelona, op. cit., p. 210.

82 Reza el art. 6. 1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos al consagrar el Derecho a un proceso equitativo: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser

pueden tener una “coloration pénale” y bajo este rasgo, resultan asimilables a las propias de la acusación penal a que alude el convenio y suscitan su jurisdicción⁸³.

Para el TEDH nada impide que un ordenamiento nacional determine que ciertos ilícitos sean objetos de medidas punitivas de carácter administrativo con la consiguiente atribución de potestad sancionadora a órganos pertenecientes a la esfera de la Administración, aun cuando estas sanciones sean elevadas⁸⁴.

Pero lo relevante es que las sanciones administrativas quedan sujetas a determinadas exigencias convencionales. Tal es el nervio, explica Llop, de un consolidado argumento jurisprudencial cuya construcción arranca de la interpretación del sintagma “acusación en materia penal” que figura en el art. 6 del CEDH⁸⁵.

En la sentencia “Engel y otros” (1976) el mencionado tribunal afirmó que este concepto es una noción autónoma, lo cual supone que tiene un significado propio en el convenio e independiente del que posee en los ordenamientos nacionales⁸⁶.

De ahí se deriva una consecuencia fundamental: las

perjudicial para los intereses de la justicia.”...

83 Llop, Javier Barcelona, op. cit., ps. 208 a 210.

84 Ibídem, p. 209.

85 Ídem.

86 Ibídem, p. 210.

garantías que consagra el referido art. 6 se aplican siempre que el tribunal considere que el ciudadano ha sido objeto de “una acusación en materia penal” en el sentido que el mismo confiere a la expresión y al margen de que conforme las disposiciones nacionales aplicadas la medida sea penal en sentido propio o no⁸⁷.

Es decir que aunque el ordenamiento nacional tipifique la infracción y la sanción como administrativas, si el tribunal entiende que el asunto es una materia penal, rigen las garantías del art. 6 del convenio⁸⁸.

Con esto se evita que el legislador nacional sustraiga sanciones materias que tienen una “coloración penal” y las profile como sanciones administrativas, con lo cual el control de dichas sanciones escaparía a la jurisdicción del TEDH.

¿Qué debe entenderse por material penal? Con el objeto de determinar cuándo una sanción reviste carácter penal y no administrativo, el TEDH ha sentado criterios en el caso “Engel y otros” que siguen manteniendo vigencia.

Los criterios “Engel” son:

- La calificación jurídica de la medida por el ordenamiento interno (penal o administrativa, o administrativa disciplinaria) tiene valor relativo y formal;

87 Ídem.

88 Ídem.

- La naturaleza de la medida (penal o sancionatoria administrativa) se fija teniendo en cuenta si resulta de aplicación a cualquier ciudadano o solo a un grupo reducido de ellos (caso en que la naturaleza penal puede quedar en entredicho; o bien, si la sanción tiene finalidad disuasoria y represiva (característica de lo penal) o meramente resarcitoria o indemnizatoria (propia de lo administrativo);
- La gravedad o severidad de la sanción a que queda expuesto el individuo.

El primer criterio es el menos trascendente para el TEDH, con respecto a los otros dos, pueden concurrir ambos o solo uno. Por otra parte, la cuantía reducida de la sanción no impide que se reconozca carácter penal a una medida si así se desprende de su naturaleza, un asunto puede ser penal aunque el importe de la sanción sea pequeño (v. TEDH, *in re "Lauko"* -1998- y *"Jussila"* -2006-). Se privilegia la entraña de la injerencia sobre la entidad de la sanción⁸⁹.

Para Llop, puede resumirse la orientación jurisprudencial del TEDH de la siguiente forma: en la determinación de si una medida es penal o no a los efectos de suscitar su jurisdicción⁹⁰, la respuesta será afirmativa si predominan elementos que presentan una “coloration pénale” (coloración penal) o se advierte que una “coloration” tal es discernible⁹¹.

89 Ídem.

90 El TEDH consagra un concepto autónomo como explica Llop, de “acusación penal”.

91 Se encuentra esta expresión en los casos “Bendenoun” (1994),

3.6.3. La indiferenciación ontológica de las sanciones administrativas y penales según la doctrina y jurisprudencia vernáculas. La consiguiente aplicación estricta del principio de legalidad formal y del subprincipio de taxatividad o tipicidad legal

Si bien en la doctrina argentina, la tesis de la dualidad sustancial entre sanciones administrativas y penales tiene calificados suscriptores⁹², en este acápite nos explayaremos sobre la que pregonó la unidad ontológica de estas.

Porque es la tesis que suscribimos desde un punto de vista filosófico realista, y porque es la tesis que consideramos desde el punto de vista axiológico, más en línea con la adecuada preservación de las garantías y derechos humanos. Y en definitiva, más acorde con la especial dignidad de la persona humana.

Entre los autores que sostienen la indiferenciación ontológica entre las sanciones administrativas y sanciones penales, puede mencionarse a Cassagne quien ya antes de la reforma constitucional de 1994 expresaba que “las contravenciones contienen (...) idéntica sustancia penal que los delitos, no existiendo

“Valico” (2006), “Dubus” (2009), “Sismanidis y Sitaridis” (2016), “Nodet” (2019), citados por Llop en op. cit.. p. 210.

92 V. reseña de las diferentes posturas en Brusau, María Soledad, tesis magistral “La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal”, presentada para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral.

un derecho penal subjetivo de la Administración sino del Estado.” (...) “si las contravenciones o faltas poseen naturaleza penal, su diferencia con los delitos constituye, en principio, una cuestión de grado y por tanto, cuantitativa, siendo aplicables en materia contravencional y en los llamados delitos administrativos, las reglas y principios que prescribe el código penal”⁹³.

Más recientemente, el profesor Cassagne, en ocasión de examinar la misma temática, hace suya la opinión de García de Enterría y Fernández a cuyo tenor todos los intentos por establecer bases de diferenciación entre las sanciones penales y administrativas han resultado infructuosos⁹⁴.

Por su parte, para García Pullés “...no existe ese diverso fundamento ontológico ni base normativa que justifique proclamar la existencia de dos especies del ius puniendi estatal, para autorizar un tratamiento desigual para los delitos del Derecho Penal y las infracciones administrativas en materia de garantías. No encuentro precepto alguno de la Constitución Nacional que autorice al Poder Ejecutivo a aplicar sanciones frente a infracciones administrativas sin

93 Cassagne, Juan Carlos “En torno de las sanciones administrativas y la aplicabilidad de los principios del Derecho Penal”, E.D. Bs. As, 1991, ps 939 y ss.; v. en especial, v.ps. 940 y 944.

94 Cassagne, Juan C., *El Principialismo y las Fuentes de la Constitución Nacional. Singularidad del sistema judicialista argentino*, op. cit., ps. 207 a 208; v. también, del mismo autor, “En torno de las sanciones administrativas...”, op. cit., ps. 939 y ss.

una ley que le atribuya esa competencia”⁹⁵.

Este autor alerta que “ante la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones (...) es preciso extender plenamente las garantías del Derecho Penal al campo del Derecho Administrativo sancionador y limitar gravemente ‘los matices en esa traslación’ ...”⁹⁶.

Desde el campo jurisprudencial, la CSJN ha expresado “la distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene una base cierta, que pueda fundarse en la distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones, para establecer un criterio seguro o una fórmula clara para distinguirlos”...⁹⁷.

95 García Pullés, Fernando “La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del Derecho Penal”, *Prudentia Iuris*, Número Aniversario, 2020, ps. 263 a 279, v. en part. p. 275. Para un análisis exhaustivo sobre las posturas doctrinales y jurisprudenciales nacionales remitimos a la tesis magistral presentada por María Soledad Brusau para la obtención del título de Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, agosto de 2020, “La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal”, trabajo dirigido por el profesor Julio Pablo Comadira.

96 García Pullés. Fernando, “La potestad sancionatoria administrativa...”, op. cit., p. 275.

97 CSJN, *Fallos* 205:173, cit. por García Pullés, Fernando en op. cit., reeditado a lo largo del tiempo por el Tribunal Cimero (v. también *Fallos* 324:1307 y similares colacionados por Brusau, María Soledad en su tesis magistral “La inconstitucionalidad del régimen sancionatorio en materia contractual a la luz del principio de reserva legal”, supra citada.

Y en una postura más afín a la jurisprudencia del TEDH y del Tribunal Constitucional español que parecen admitir una dualidad del poder punitorio estatal, se encuentra la jurisprudencia de la COIDH —pauta de insoslayable consideración por los poderes constituidos argentinos⁹⁸— que aplica las garantías

Sin embargo, es de resaltar que existe jurisprudencia del mismo tribunal, anterior a la reforma constitucional de 1994 que excluía al poder sancionatorio disciplinario de la aplicación de las garantías del derecho penal, v. en tal sentido, la Resolución CSJN N.º 696/89 recaída en el expte. N.º 338/87 de Superintendencia; v. también Fallos 310:316 in re “María Mercedes Pereiro de Budó” citado por Sappa, José R., “El control judicial de la potestad sancionadora de la administración: actualización jurisprudencial”, en AAVV, Control Público y acceso a la justicia, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Tomo 1, Astrea, Rap, Bs. As., 2016, p. 186. La mencionada resolución, expresa en su considerando 7.º): “Que de lo expuesto puede concluirse que hay una tercera especie de penas, propia de la relación de servicio del derecho público: la pena disciplinaria, que no tiene como fundamento la sola represión, o el resarcimiento patrimonial del daño causado, sino la defensa integral de la autoridad de la administración pública, y el mejoramiento del servicio público. 8.º) Que así lo ha sostenido este Tribunal al expresar que las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal (Fallos 203:399; 256:97). La regla de la ley penal más benigna rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (sent. “Caputo, Luis” del 8-8-1985 en Fallos 307:1282)”.

98 V. CSJN, 21-8-2003, “Videla, Jorge Rafael s/ Incidente de falta de jurisdicción y cosa juzgada” (del voto del Dr. Petracchi).

del debido proceso legal a los procedimientos administrativos y sancionatorios sobre la base de un concepto autónomo de la noción de proceso como toda instancia de determinación de derechos⁹⁹.

De nuestra parte, hemos sustentado la identidad ontológica de las sanciones penales y administrativas (con inclusión de las sanciones administrativas disciplinarias) en su manifiesta potencialidad ablatoria o amputatoria de derechos¹⁰⁰.

99 V. art. 8, CADH; v. Sammartino, Patricio M.E., en “El procedimiento administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho”, en Pozzo Gowland, Héctor; Halperín, David Andrés; Aguilar Valdés, Oscar; Juan Lima, Fernando y Canosa, Armando (dirs.), *Procedimiento Administrativo*, T. I, LA LEY, Prov. de Bs. As., 2012, ps. 628 y ss.; más puntualmente sobre la materia sancionatoria, expresa García Pullés: “...la Corte Interamericana de Derechos Humanos (...) ha proclamado que las garantías del Derecho Penal son aplicables íntegramente en el ámbito de las sanciones administrativas, criterio que empezó a delinearse en el fallo ‘‘Baena vs. Panamá’’, se reiteró en ‘‘López Mendoza vs. Venezuela’’ y se explicitó claramente en ‘‘Maldonado Ordóñez vs. Guatemala’’ y en ‘‘Flor Freire vs. Ecuador’’” (v. García Pullés, Fernando en “La potestad sancionatoria administrativa...”, op. cit., p. 276).

100 Esta unidad de naturaleza no excluye diferencias específicas. Explica Aristóteles en su *Metafísica* que toda definición es la noción de la esencia, de lo que hace que una cosa sea una cosa y no otra. En la definición no hay más que género primero y las diferencias; la última diferencia es la forma, la esencia del objeto; la definición es la noción suministrada por las diferencias, por la de la última diferencia (v. Aristóteles, *Metafísica*, Colección Austral, Espasa-Calpe S.A, novena edición, Madrid, 1980, ps. 168 a 169 y

p. 208). La diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de alguna cosa que debe ser común a ambas (Aristóteles, op. cit., ps. 224 a 226). Así el género es lo que constituye la unidad y la identidad de dos seres. Es el género común a seres diferentes el que se diversifica en especies. Toda diferencia de especie es la diferencia entre una cosa y otra cosa dentro de un mismo género. De tal suerte que lo que forma la identidad de los seres es el género que los abraza a ambos.

Bajados estos conceptos filosóficos al terreno del ius puniendo estatal, cabe colegir que la unidad de naturaleza ablatoria que exhiben tanto las sanciones penales como las administrativas no excluye la posibilidad de que puedan presentarse diferencias específicas, como, por ejemplo, con motivo del elemento subjetivo, es decir, por el órgano que las aplica, judicial o administrativo; proyectándose según los casos, las características propias de las distintas funciones del poder. En el caso de la Administración, la falta de independencia e imparcialidad propia de la actividad administrativa en la que campea el principio de jerarquía, más allá de la necesaria objetividad en la actuación que es exigible a toda actividad estatal, y de los principios específicos que deben regir en el procedimiento sancionatorio; es por ello que, como se dijo más arriba solo los jueces puedan imponer sanciones que afecten la libertad y los derechos civiles y políticos. Pero estas diferencias “específicas” resultan justamente “paliadas”, “aplanadas”, allanadas —en homenaje a la mentada potencialidad ablatoria que constituye el género y hermana a las dos categorías de sanciones (administrativas y penales)— si se aplican las mismas garantías del debido proceso tanto a los procedimientos administrativos y sancionatorios como a los procesos judiciales, conforme lo ha resuelto la jurisprudencia interamericana.

A mayor abundamiento, podría decirse que teniendo en cuenta las diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, que suscita la diferente intervención, en el primer

caso, de la Administración y en el segundo, del poder judicial, resulta más que justificado extender las garantías del segundo al primero.

El elemento subjetivo diferente que se verifica en la aplicación de penas y sanciones administrativas (tribunales judiciales y la Administración, respectivamente), proyecta sobre las mencionadas penas y sanciones administrativas, indudablemente, las diferencias propias del distinto régimen jurídico de cada una de las funciones del poder; esto ha llevado a autorizada doctrina a sostener, atinadamente, que las sanciones administrativas, sean en ejercicio de la potestad sancionadora externa o lo sean en ejercicio de la potestad sancionadora interna (disciplinaria) constituyen el ejercicio de la función administrativa (v. Comadira, Fernando G., op. cit., ps. 27 y ss.). Pero esta valiosa y fundada postulación del profesor Fernando G. Comadira —que compartimos— no excluye a nuestro ver, que las aludidas sanciones administrativas participen de la naturaleza ablatoria (amputatoria) de derechos y libertades propia de las penas que aplican los tribunales judiciales. Esta naturaleza o esencia, inteligida desde una perspectiva filosófica realista que mira al ser de las cosas, ha determinado, en nuestra opinión, que los tribunales internacionales de derechos humanos apliquen —aun admitiendo la dualidad de penas y sanciones consagradas por las jurisdicciones nacionales— los principios del derecho penal a la materia sancionatoria administrativa; ello se ve singularmente en la jurisprudencia del TEDH que abre su jurisdicción internacional limitada a delitos, para juzgar sanciones administrativas así conceptuadas por las citadas jurisdicciones locales, cuando advierte una “coloración penal” (v. Llop, Javier Barcelona, op. cit., p. 210). Y nótese que esta coloración penal dimana para el TEDH de la “entraña” o naturaleza de la injerencia de la sanción y no necesariamente, de su entidad (para el TEDH, un asunto puede ser penal aunque el importe de la sanción sea pequeño; v. TEDH, in

Afirmada esta identidad, por el principio de *ubi est eadem ratio, ibi idem ius*, resultan de aplicación, a las sanciones administrativas, disciplinarias en la especie, el principio de reserva de ley agravada propio de la materia penal que encuentra caradura en los arts. 18, 76 y 99, ap. 3, CN así como el subprincipio de taxatividad o tipicidad legal (*lex certa*). Estos fulminan la materia penal tanto de la delegación administrativa como de la emisión de decretos autónomos, reglamentarios y de necesidad y urgencia.

3.6.4. El principio de legalidad, el subprincipio de tipicidad y la medida de la colaboración reglamentaria en el campo del derecho sancionatorio: la doctrina del complemento indispensable

Con respecto a la vigencia del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas sostiene el profesor Cassagne: “Emanado de la cláusula constitucional que instituye la garantía de la defensa, dicho principio prescribe que toda pena debe fundarse en ley (art. 18, Constitución Nacional). Este precepto, que algunas cartas constitucionales, como la española han incorporado al ordenamiento positivo recién en 1978 (en el art. 25.1.) posee entre nosotros una tradición que se ha arraigado en una interpretación jurídica constante, formulada a partir de la sanción de la Constitución de 1853. A su vez el citado principio se completa con la cláusula contenida en el art. 19 según la cual nadie se encuentra ‘obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que

re “Lauko” -1998- y “Jussila” -2006- cit. por Llop).

ella no prohíbe`.”¹⁰¹.

El autor advierte que del principio de legalidad derivan trascendentes principios del derecho penal sustantivo... y que por ley debe entenderse, en mérito a la naturaleza restrictiva que demanda la interpretación de la materia en cuanto tiende a tutelar los derechos fundamentales de las personas, solamente a la ley material y formal. Concluyendo: “...las contravenciones, de naturaleza penal, no pueden ser establecidas por reglamentos, pues las autoridades administrativas carecen de competencia constitucional para crear faltas o contravenciones”¹⁰².

En el campo sancionatorio, sostienen García de Enterría y Fernández, en favor de la reserva de ley militan razones decisivas: a) la equiparación completa entre infracciones penales y administrativas; b) carácter de derecho fundamental que tiene la formulación del art. 25 en línea con el 53.1 (ambos de la Constitución española) que exige como fuente la ley para regular los derechos fundamentales; c) porque delimitando la ley sancionatoria el ámbito de lo lícito y de lo ilícito sancionable y por tanto las fronteras de la libertad, este efecto capital de la vida social no puede quedar deferido a una simple norma reglamentaria¹⁰³.

101 Cassagne, Juan C., “En torno de las sanciones...”, p. 944.

102 Ídem.

103 García de Enterría y Fernández, op. y loc. cit., p. 173. Sobre el necesario cumplimiento de los principios de legalidad y tipicidad en materia de sanciones sobre la base del carácter restrictivo de derechos y libertades de estas, v. también Cueto

Esta imperatividad del principio de reserva de ley solo admite la colaboración reglamentaria conforme la teoría de la doctrina del complemento indispensable¹⁰⁴.

Ello significa que el reglamento no puede definir ilícitos o conductas sancionables ni las sanciones aplicables, incumbe al legislador regular por sí mismo los tipos de infracción administrativa y las sanciones correspondientes. La colaboración reglamentaria debe acotarse al desarrollo de especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones sin alterar la naturaleza o límites que la ley contempla y que contribuyan a la más correcta identificación de las conductas antijurídicas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes¹⁰⁵.

El principio de legalidad lleva anejo al subprincipio de taxatividad o tipicidad, de exigencia de ley certa¹⁰⁶;

Pérez, Miriam, "Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad", Documentación administrativa, p. 103 disponible en <https://doi.org/10.24965/da.v0i280-281.9603>.

104 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 174.

105 Ídem; v. también CSJN, 17-5-1957, "Mouviel, Raúl O. y otros s/Desórdenes art. 1.º inc. c), Escándalo, art. 1.º, inc. a)", Fallos 237:636.

106 En igual sentido, sostiene Cassagne: "El principio de tipicidad legal requiere tanto la descripción de los hechos que definen cada contravención como que se precisen las penas a aplicarse en cada supuesto típico, ya que en materia penal, el silencio del legislador se considera que configura un ámbito de libertad" (v.

impera la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de las sanciones correspondientes.

La tipicidad es la descripción legal de una conducta específica a la que se conecta una sanción.

La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad sobre el que se organiza el Estado de Derecho que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y por tanto, delimitadas sin ninguna indeterminación, y en segundo lugar, la correlativa exigencia de seguridad jurídica (*lex certa*)¹⁰⁷. Esta seguridad jurídica se logra acabadamente con la fuente legal y no con la reglamentaria, más fácilmente modificable y mutable.

Cassagne Juan C., “En torno de las sanciones...”, op. cit., p. 944).

En cuanto a que la descripción de la conducta típica debe estar en una fuente legal material y formal, no parece entenderlo así la CIDH en el caso “Mina Cuero vs. Ecuador” (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y costas), sentencia del 7-9-2022, párr. 105 en el que el aludido tribunal sostuvo que las faltas disciplinarias pueden estar establecidas en normas que no tengan rango legal; v. también “Maldonado Ordóñez Vs. Guatemala”, párrs. 89 y 95, citado en “Mina Cuero”. Sin embargo, ello no excluye que nuestro ordenamiento jurídico sea en tal sentido más garantístico de las libertades individuales de conformidad con las exigencias constitucionales vernáculas y nuestra tradición cultural. Debe en tal sentido tenerse presente que los textos internacionales, en puridad, son mínimos a tener en cuenta por los ordenamientos y praxis locales y no máximos.

107 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 174.

En definitiva, la descripción del supuesto de hecho, el *tatbestand*, la *fattispecie*, la hipótesis de hecho con todos los elementos que detonarán una sanción, debe estar en la ley.

Así, el subprincipio de tipicidad no se satisface con cláusulas de carácter general que no permitan identificar de forma adecuada la conducta infractora de modo autónomo en el campo de la legalidad formal por reenviar a fuentes reglamentarias¹⁰⁸.

Tal como refieren García de Enterría y Fernández, el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias (61/90 del 29 de marzo de y 207/90 del 17 de diciembre) ha declarado la ilegitimidad de las cláusulas sancionadoras por las que se castiga genéricamente la infracción de los deberes contemplados en una norma en cuanto remita su concreción no a normas con rango de ley sino a reglamentos¹⁰⁹.

Para estos juristas, el principio de tipicidad se basa en razones de legitimidad democrática de la intervención punitiva; en lo sustancial, cabe considerar también que hace a la necesaria limitación del poder de la Administración en un Estado de Derecho sobre bases objetivas y generales que aseguren tanto el respeto de la dignidad de la persona como la necesidad y pertinencia de la limitación de la libertad de que se trate; a más de la seguridad jurídica.

No ignoramos que calificada doctrina administrativa

108 Ídem.

109 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 175.

tanto nacional como del derecho comparado admite que el principio de tipicidad no resulta exigible de un modo absoluto en el campo del derecho administrativo sancionatorio en tanto reconoce matices o dificultades en su extrapolación del derecho penal a este. Ello sobre la base de considerar que "...las posibilidades de infracción a las normas específicas de la disciplina evidencian una multiplicidad de variantes que son insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica"¹¹⁰.

De nuestra parte, entendemos que la dificultad técnica de tipificación legal que puede verificarse en el campo de la limitación de las libertades y derechos de la persona para la debida preservación del interés público secundario no puede conducir a una solución restrictiva de derechos y libertades, esto es, que opte por herramientas que permitan una incriminación

110 Ver autores citados por Comadira, Fernando G., en op. cit., ps. 379, nota a pie N.º 1104. Sin embargo, en lo tocante a la menor exigencia de precisión en los tipos descriptivos de las faltas administrativas disciplinarias, admitida en general por la doctrina, advierte Comadira: "...resulta insoslayable señalar que las conductas deben necesariamente encuadrarse en las figuras previstas, de modo tal que serán inválidas las normas que pretendan derivar conductas sancionables por la sola voluntad del funcionario superior o en su caso, sustentadas en la norma que otorga la atribución sancionatoria" (Comadira, op. cit., p. 379). Para Quintero Olivares G. —colacionado por Cueto Rúa en op. cit. p. 96 — "la extensión a absolutamente todas las infracciones administrativas del total sistema penal, acarrearía la esclerosis del derecho sancionador, consecuencia nada deseable, pues también de su eficacia depende el bienestar colectivo."

sin ley estricta. Debe, en cambio, resolverse en favor del principio ontológico de la libertad de la persona humana¹¹¹. Nos apuramos a señalar que la

111 Porque ¿qué cabe esperar del administrado, si la propia dogmática jurídica reconoce la virtual imposibilidad de “encerrar” en la descripción típica, las posibles faltas administrativas, por su variedad...? ¿cómo puede el empleado público, precaverse de incurrir en faltas no tipificadas en normas por esta “insusceptibilidad” de descripción de las posibilidades de infracción a las normas específicas de la disciplina que rompe con la indiscutible función de garantía del tipo delineada por la dogmática penal? La respuesta cae por su peso: solo puede esperarse el sacrificio de la seguridad jurídica y la inversión del principio ontológico de la libertad, el desconocimiento de los arts. 18 y 19 de la CN. La cuestión de la imperatividad del tipo legal en materia sancionatoria, tanto externa como interna disciplinaria no debe ser confundida con la relativa o mayor apertura que pueden presentar ciertas descripciones típicas frente a otras, por la textura abierta del lenguaje que es el soporte de la proposición jurídica y que hace a su transmisibilidad, y asimismo, por el dinamismo y variabilidad constante de las relaciones vitales, interpersonales y sociales que constituyen la historicidad del derecho y que inciden diacrónicamente en la significación del lenguaje. Pero dar solución a estas cuestiones —luego de logrado el mejor perfeccionamiento técnico jurídico posible del tipo en la fase legisferante— será tarea de la hermenéutica y de la razonable sindéresis que tendrá lugar en la fase aplicativa de la norma, sea por el juez en el caso de las penas, sea por la Administración en el caso de las sanciones. Porque la tipicidad legal no tiene en todos los casos la misma hermeticidad. También en el derecho penal se presenta la problemática de la mayor o menor apertura de la descripción típica y de los tipos legales abiertos que reclaman en el juez una “concreción intensiva por medio de la interpretación”

(v. Jacobs, Günther, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 196 a 197). Pero si el reconocimiento de esta textura abierta del lenguaje que se suma a la historicidad del derecho no permiten al derecho penal apostatar del principio de legalidad, tampoco puede hacerlo el derecho administrativo sancionatorio externo o interno disciplinario, que debe sumar a las técnicas del derecho penal elaboradas para estos supuestos, el instrumental del derecho administrativo (conceptos jurídicos indeterminados, control de los elementos reglados del acto emitido en ejercicio de atribuciones parcialmente discrecionales y de su razonabilidad, etc.). Téngase al respecto presente la función de garantía del tipo destacada por la dogmática del derecho penal, extrapolable por cierto al derecho administrativo sancionatorio externo e interno. Con respecto a las soluciones procuradas por el derecho penal consideramos que la noción de “tipo total” perfilada por Roxin (v. Roxin, Claus, Teoría del Tipo Penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídicos, IBde F, Bs As, 2014, ps. 277 a 279, 298 y ss. y 174) plantea ciertas analogías funcionales con la construcción administrativa del “concepto jurídico indeterminado” y no excluye la vigencia irrestricta del principio de legalidad. Expresa Roxin que el tipo “total” de injusto es esencialmente correcto, toda vez que la idea según la cual el juicio de disvalor legislativo está expresado en el tipo penal, es un fundamento por el cual las circunstancias excluyentes de lo injusto corresponden sistemáticamente al tipo, dado que ellas aportan a la determinación del injusto tanto como los elementos de la descripción particular del hecho. Naturalmente llevan a cabo esta función de otra manera: mientras los tipos penales de la parte especial describen directamente lo injusto jurídico-penal, los elementos de la justificación describen un comportamiento que precisamente no es contrario a derecho. Considera “...totalmente razonable concebir un tipo descriptivo de lo injusto frente a otro tipo excluyente de lo injus-

taxatividad legal no es incompatible con la utilización de la técnica de los referidos “conceptos jurídicos indeterminados”. Ello en tanto estos implican un proceso de cognición y no de volición y solo pueden concretizarse en una única solución justa¹¹².

to, en los que se agrupen ambas especies de elementos y proceder en la resolución de los casos concretos comprobando primero el tipo fundamentador de lo injusto y luego el excluyente de lo injusto” ... y pregunta: “es recomendable abarcar ambos tipos en un tipo total, pues ellos sirven de la misma manera a la tarea de definición de lo injusto jurídico-penal que constituye la esencia del tipo” (Roxin, op. y loc. cit., ps. 277 a 279).

112 Explica Brewer Carías, con cita de García de Enterría y Fernández, que la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites), con la intención de acotar un supuesto concreto, unas circunstancias reales determinadas; justamente por ello, advierte, se trata de un proceso reglado, que se agota en el proceso intelectivo de comprensión de una realidad en el sentido de que el concepto legal indeterminado ha pretendido, proceso en el que no interfiere ninguna decisión de voluntad del aplicador, como es lo propio de quien ejerce una potestad discrecional. Siendo la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la ley permite.

En la discrecionalidad, —precisa— la operación que debe realizar la administración es siempre de naturaleza volitiva; como sucede, por ejemplo, cuando la ley faculta a la administración para tomar una medida dentro de un límite máximo y mínimo claramente determinado, según la gravedad de la falta.

Por otro lado, la apuntada dificultad en la descripción y aprehensión de las conductas que merecen un juicio disvalioso por parte del derecho, que en definitiva es de carácter técnico, jurídico y superable, se da plenamente en el campo del derecho penal que en el camino de su evolución histórica¹¹³ y de su

En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la administración es de naturaleza intelectiva: la administración cree, juzga, estima, aprecia que la edificación, por ejemplo, amenaza o se encuentra en ruina. Esta distinción provoca efectos importantes: mientras en el caso de la discrecionalidad no hay posibilidad de controlar esa voluntad puesto que la ley se la atribuye expresamente, dejando a salvo, sin embargo los límites de la logicidad, razonabilidad, justicia y proporcionalidad; en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, siempre cabe la posibilidad de que la administración se haya equivocado en su juicio, y tal error es el que precisamente puede ser controlado y corregido por los tribunales contenciosos administrativos (Brewer Cariás, Allan, "La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados como mecanismo de control judicial de la actividad administrativa", en Cisneros Fariás, Germán, Fernández Ruiz, Jorge y López Olvera, Miguel (coordinadores), Control de la Administración Pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo (2007), ps. 100 y ss., disponible en <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/11309/la-tecnica-de-los-conceptos-juridicos-indeterminados-como-mecanismo-de-control-judicial-de-la-actividad-administrativa.pdf?sequence=13&isAllowed=y> y también en <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2007/08/528.-491.-Conceptos-jur%C3%ADcicos-indeterminados1-16-02-05.pdf>

113 Es que el Derecho en todas sus ramas es un producto histórico y cambiante; explica Henkel que el Derecho "...se halla im-

perfeccionamiento técnico ha debido y debe enfrentar cotidianamente desafíos similares. Ante la dificultad en la protección de los bienes jurídicos tutelados, sean estos de la comunidad o se trate del interés público secundario tendente al buen funcionamiento de la organización administrativa, la solución nunca puede ser el fácil sacrificio o amputación de los derechos de la persona¹¹⁴.

plicado de dos distintas maneras en los cambios históricos de la Sociedad, que con una variedad inimaginable, se producen entre su nacimiento y su desaparición: ...como producto del espíritu común que se desarrolla según las leyes que rigen todo lo vivo, en el progreso y en el cambio; en segundo lugar, a causa de la dependencia (...) del Derecho de la conformación fáctica de las relaciones vitales y sociales externas, las cuales se encuentran, asimismo, en constante cambio" (v. Henkel, Heinrich, Introducción a la Filosofía del Derecho, Biblioteca Política Taurus, Madrid, 1968, ps. 68 a 69).

114 Entendemos de conformidad con los principios que han delineado el Estado de Derecho a lo largo del tiempo —que han sido extensamente aludidos en los apartados iniciales de este trabajo— que el incumplimiento de la taxatividad legal por parte del legislador en ocasión de restringir libertades y derechos debe resolverse, sea a través de la declaración de inconstitucionalidad de la norma, sea mediante el recurso a la máxima taxatividad interpretativa entendiendo el texto en la forma más restrictiva del poder punitivo posible (Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alarcia, Alejandro, Slókar Alejandro, Manual de Derecho Penal. Parte General, Ediar, Bs. As., 2014, p. 106). Ello, agregamos nosotros, en función del principio ontológico de la libertad del hombre que es un prius para el derecho, así como el de su dignidad (en similar sentido, v. Cassagne, Juan C., "en torno de las sanciones....", op. cit., p. 944). De consiguiente, la solución del Derecho no puede

Examinada la cuestión desde la ponderación de los valores jurídicos en juego, no deja de sorprender que el principio de máxima taxatividad legal flamee inconscio en el ámbito del derecho tributario —patrimonial por excelencia pero igualmente vinculado a la subsistencia del Estado— donde asume el carácter de verdadero dogma de fe tanto para la doctrina como para la jurisprudencia¹¹⁵, y sea objeto de dudas, vacilaciones y relativizaciones en materia de derecho administrativo disciplinario cuya aplicación puede afectar derechos fundamentales de la persona, no disponibles ni renunciables, a diferencia de lo que acontece con los derechos patrimoniales primordialmente alcanzados por el derecho tributario¹¹⁶.

nunca, en caso de duda o indeterminación normativa, optar en favor del ius puniendo estatal.

115 CSJN, 27-12-1996, “Autolatina Argentina S.A: (T.F. 12463-I) c/Dirección General Impositiva, (Considerando 20).

116 Esta inconsecuencia valorativa —en nuestra opinión— se basa en la suma histórica de diversas falacias y argumentos que están más marcados por la historicidad del derecho que por la prueba concreta de su carácter verdadero y que, por lo tanto, hoy resultan anacrónicos. En primer lugar, cabe considerar que la dificultad en definir las conductas ilícitas en el plano administrativo es similar (sino igual) a la que enfrenta el derecho penal, que, además de los desafíos permanentes que presenta la textura abierta del lenguaje y el dinamismo cultural, debe tipificar delitos día a día más complejos, fruto de la evolución técnica y considerablemente, a raíz de los desarrollos cibernéticos y de la inteligencia artificial; a esto se suma, en segundo lugar, una cierta subestimación o prejuicio respecto del derecho disciplinario: se parte de la base de que el derecho sancionatorio adminis-

En definitiva, no se trata en modo alguno de abdicar del poder punitivo del Estado en lo relativo al interés público secundario —indispensable para la efectiva realización del Bien Común—, ni de postular una concepción insolidaria de los derechos y garantías que no tenga en cuenta las “justas exigencias del Bien Común” (art. 32 CADH); se trata de superar las dificultades que presenta la faena jurídica y jurígena a través de la necesaria perfección técnica de las herramientas jurídicas, tanto en el plano legisferante como en el plano aplicativo de la norma con el objeto de hacer prevalecer las disposiciones constitucionales enderezadas a la debida preservación de las libertades

trativo, interno o disciplinario en la especie, implica sanciones menores a las penales, es decir, que producen en puridad una afectación “tolerable” de derechos de las personas y sobre esa falsa presuposición, se admite una cierta relajación o flexibilización de las garantías penales, sobre todo de la taxatividad legal, en puridad, imperadas por el debido proceso legal o derecho de defensa. Esto no es hoy científico; como hemos explicado supra, el TEDH ha privilegiado en determinados casos la sustancia o entraña penal de la sanción calificada como administrativa por el ordenamiento nacional, magüer su escasa entidad (TEDH, in re “Lauko” -1998- y “Jussila” -2006-). En tercer lugar, se asume como natural, el voluntario sometimiento de la persona a la relación de empleo público, tradicionalmente considerada como relación o estado de especial sujeción por su histórico origen estatutario. Hoy la evolución de la conciencia jurídica expresada a través de diversas convenciones internacionales de derechos humanos y del trabajo, no admite la disponibilidad o renuncia en el marco del contrato de empleo público, de derechos que comprometen a la persona y su dignidad, protegiendo nuestra constitución desde temprano, “el trabajo en sus diversas formas”.

y derechos de la persona¹¹⁷.

3.7. La materia disciplinaria: ¿reserva de ley agravada?

Tanto por aplicación de la regla a cuyo tenor para restringir derechos constitucionales se requiere de ley formal como por aplicación del criterio de la identidad ontológica entre ilícitos penales e infraccionales y consiguiente aplicación del principio *nulla poena sine praevia legge*, aparece en el ordenamiento jurídico argentino la imperatividad del principio de legalidad en materia disciplinaria.

Pero cabe preguntarse si en la materia disciplinaria rige una especial reserva de ley agravada con sus notas de *lex scripta, praevia y certa*.

En tal sentido, entendemos que del juego de los arts. 18, 76 y 99, apartado 3 de la CN, surge prístina una reserva de ley agravada para la materia penal¹¹⁸. Participando las sanciones disciplinarias

117 El derecho administrativo sancionatorio sin abjurar del principio de legalidad y tipicidad puede muy bien enriquecer y complementar las técnicas que utiliza el derecho penal siempre dentro del campo de la legalidad formal (ley penal en blanco, tipo abierto, tipo “total” postulado por Roxin, etc.) con las ricas instituciones que provee el derecho administrativo (principialismo, conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y control de los actos emitidos en ejercicio de potestades parcialmente discrecionales).

118 Reza el art. 99, ap. 3, CN, respecto de las atribuciones del Presidente de la Nación como cabeza de la Administración Pú-

de la apuntada naturaleza penal, ablatoria de derechos, cabe colegir que más allá de la exigencia de ley para regular el ejercicio de cualquier derecho constitucional perfilada en la parte dogmática de la CN, cuando se trata del campo infraccional, esta exigencia asume mayor imperatividad aún, en tanto la materia penal —a la que se asimila la infraccional, disciplinaria en la especie— no podría ser materia ni de la delegación legislativa, ni de un decreto de necesidad y urgencia (v. arts. 76 y 99, ap. 3, CN).

3.7.1. La inadmisibilidad de incluir en el régimen de las sanciones contractuales a las sanciones del contrato administrativo de empleo público

En el ámbito contractual administrativo, el incumplimiento ilegal de las obligaciones asumidas detona la aplicación de una sanción que consiste en la pérdida de la situación jurídico administrativa de ventaja como consecuencia de que la Administración deja sin efecto temporal o definitivamente un acto

blica y del Estado: “Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros.”

administrativo favorable al contratista sancionado que le procuraba esa situación de ventaja o derecho¹¹⁹.

Explican García de Enterría y Fernández que en todas las relaciones bilaterales (contratos, concesiones) distintas de la relación de empleo público, la responsabilidad por los eventuales incumplimientos se sustancia en el seno de la propia relación, por virtud de la misma (responsabilidad contractual) y no del poder sancionatorio general sin otra particularidad sobre las instituciones paralelas jurídico privadas que la disponibilidad de la autotutela por parte de la Administración¹²⁰.

En coincidencia con la exclusión de la relación de empleo público que realizan estos autores, de nuestra parte, agregamos que en el ámbito administrativo disciplinario no se puede argüir el carácter contractual de la relación de empleo público para considerar que las cuestiones disciplinarias deban dirimirse en el campo de la responsabilidad contractual en términos meramente patrimoniales y renunciables. O invocarse el voluntario sometimiento o acatamiento del empleado público en ejercicio de la autonomía negocial que caracteriza a las relaciones contractuales.

Porque los derechos implicados en la relación de empleo público, en tanto conciernen al débito laboral de la persona humana, por su dignidad, asumen el status de derechos fundamentales, comprometen los

119 García de Enterría y Fernández, op. cit., ps. 170 y ss.

120 García de Enterría y Fernández, op. cit., p. 171.

fines existenciales de la persona humana y no resultan disponibles ni renunciables, a diferencia de lo que acontece en el marco de contratos administrativos de contenido patrimonial renunciable (v.gr. contrato administrativo de obra pública, concesión de obra pública, concesión de servicios públicos, concesión de uso de bien del dominio público, suministros, etc.).

4. El alcance concreto del principio de legalidad en materia de derecho administrativo sancionatorio. Exégesis a partir de la teoría egológica de Cossio

Afirmada supra la imperatividad del principio de legalidad formal en el campo del derecho administrativo disciplinario, afirmada la identidad ontológica entre la sanción administrativa disciplinaria y la sanción penal, cabe realizar la disección de la norma jurídica como estructura lógica para examinar cuál es el alcance concreto y pormenorizado de esta aplicación, esto es, qué elementos específicos de la norma deben encontrarse previstos en el campo de la legalidad formal para dar satisfacción al aludido principio.

A estos efectos, resulta útil recurrir a la estructura normativa que plantea la denominada teoría egológica de Carlos Cossio, que ha sido más arriba colacionada (v. apartado 3.3 de este trabajo) en tanto considera a la libertad humana como un axioma ontológico en el cual se apoya el derecho; ello, aun cuando no se suscriban las premisas filosóficas de su pensamiento existencialista y fenomenológico.

Desde esta aproximación, hemos observado que

el presupuesto de aplicación de la sanción es el incumplimiento del consecuente de la endonorma (dado NO B, debe ser S). Por ello, por aplicación del principio de legalidad, el consecuente de la endonorma (debe ser B), que recordemos, involucra una obligación (de hacer o de no hacer —que en el caso del empleado público se reconduce a deberes y prohibiciones)— resulta alcanzado por la reserva de ley formal; es decir, no resulta satisfecho con una norma jurídica típica que no califique como ley formal (v. arts. 14 y 28 CN).

De ahí que todo reenvío que reclame la colaboración de una norma administrativa que no respete la exigencia de constituir una ley en sentido formal, viola el principio de legalidad, de rango constitucional.

Porque tanto la endonorma (con su antecedente y consecuente) como la perinorma que contiene la sanción, deben ser gobernadas por la legalidad formal; es que cuando se regulan derechos, se restringen libertades (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 28, 33, y en especial, arts. 76 y 99, ap. 3, CN).

De consiguiente, las prestaciones o deberes de conducta (deberes y prohibiciones del empleo público) deben estar perfilados, pormenorizadamente regulados, por la norma jurídica legal (en el consecuente de la endonorma) o en su integración normativa por remisión a un plexo legal; no alcanza así, como ha explicado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español citada más arriba, con que una norma legal indique latamente que el incumplimiento de deberes y la violación de prohibiciones constituirá una falta disciplinaria, si

estos deberes y prohibiciones no están detallados y perfilados por una fuente legal formal. Porque tal temperamento vulneraría el subprincipio de tipicidad o taxatividad propio del principio de legalidad.

Cabe insistir —siguiendo a García de Enterría y Fernández— en que la articulación del contenido y alcance de los deberes exige una cobertura a nivel de ley formal como materia reservada que aquellos son, en cuanto límite del libre desenvolvimiento de la personalidad¹²¹.

Esta articulación técnico normativa del principio de legalidad en materia de restricción de derechos se advierte con singular claridad en la materia tributaria. Ello, en tanto el denominado hecho imponible, o presupuesto de hecho de la obligación tributaria como esta última, ocupan el antecedente y consecuente de la endonorma, respectivamente. Y ni la doctrina ni la jurisprudencia vacilan en afirmar que todos los elementos que integran tanto el hecho imponible (antecedente de la endonorma) como los elementos de la obligación tributaria (consecuente de la endonorma) deben estar todos, absolutamente todos, perfilados por la legalidad formal¹²².

121 García de Enterría y Fernández, *op. cit.*, p. 35.

122 Sobre los elementos del hecho imponible o hipótesis de incidencia o presupuesto de hecho de la obligación tributaria y respecto de los elementos de esta, v. Corti, Arístides, Buitrago, Ignacio J. y Calvo Rubén A., en “La estructura jurídica de la norma tributaria”, *Jurisprudencia Argentina*, 29-6-1988, N.º 5574; en igual sentido, v. *Dictámenes PTN* 243:37 y 274; 246:539, relativos a la reserva legal agravada que existe en materia tributaria.

Desde esta atalaya, cabe afirmar que toda la materia administrativa disciplinaria por su potencialidad ablatoria y restrictiva de derechos debe ser delineada a través de la taxatividad legal (ley formal).

Porque tanto cuando se ejerce el poder punitivo del Estado (sea en clave penal strictu sensu, como en clave infraccional, disciplinaria en la especie), como así también en materia tributaria —terrenos en los que resplandece la reserva de ley constitucional—, el problema de la remisión de la norma legal al campo administrativo en la complementación de la norma no puede superar la dimensión reglamentaria, trascender la fijación de pormenores o ultimación de detalles¹²³.

En tal sentido, la situación admite ser examinada desde la perspectiva que ofrece la ley penal en blanco y con las mismas respuestas.

La ley penal en blanco es aquella cuyo supuesto de hecho debe ser completado por otra norma producida por una fuente jurídica legítima¹²⁴.

Consiste en una estructura compleja formada a través de una norma principal —núcleo de la prohibición y de la sanción— y otra de tipo complementaria —especificadora— que puede ser de origen legislativo o administrativo. Para algunos autores la ley penal

123 V. CSJN, 17-5-1957, “Mouviel, Raúl O. y otros s/Desórdenes art. 1.^o inc. c), Escándalo, art. 1.^o, inc. a)”, Fallos 237:636.

124 V. la opinión de Bacigalupo, citada por Guillermo Yacobucci, en op. cit., p. 416.

en blanco propiamente dicha es la que remite a disposiciones de tenor administrativo, no legal¹²⁵.

Cuando esa fuente es administrativa, el principio de legalidad que campea en materia de derecho sancionatorio, veda que la reglamentación determine lo esencial de la materia prohibida, esto es que defina lo ilícito en sí mismo. La norma integradora solo puede fijar detalles, pormenores, condiciones circunstancias¹²⁶.

La reglamentación administrativa debe operar solo sobre elementos circunstanciales del elemento típico que admitan ser encuadrados en el campo de lo reglamentario por su variabilidad y dinamismo. En efecto, las leyes penales en blanco deben estar justificadas en función del bien jurídico a que se refieren, singularmente a su dinamismo¹²⁷ y a la

125 V. García Cavera, citado por Guillermo Yacobucci en op. cit., p. 415.

126 CSJN, sentencia vertida en el caso “Mouviel”, supra citado.

127 Yacobucci, Guillermo, op. cit., p. 419. Explica este autor que la remisión a normas administrativas suele justificarse en las apuntadas razones de necesidad generadas por el propio dinamismo de la materia de que se trate, v.gr. áreas de control de riesgos, salud, medio ambiente, flujos económicos, fiscales o financieros que exigen por su naturaleza mutable y dinámica, que la concreción o especificidad de la imputación típica tenga fuente administrativa; v. también Milanese Pablo, “Criterios de justificación del uso de la ley penal en blanco para la protección de bienes jurídicos colectivos”, tesis presentada en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Granada, disponible en <https://digibug.ugr.es/handle/10481/56855>.

movilidad normativa necesaria para su atención; pero la ley remitente debe contener el núcleo esencial de la prohibición.

Solo en estos casos, las remisiones son válidas en tanto el núcleo esencial de la infracción este tipificado en la ley penal remitente.

Teniendo en cuenta que la falta de ajuste de la conducta por parte del empleado público a los deberes y prohibiciones que constituyen el régimen disciplinario de la función supone justamente el presupuesto de hecho que detona la aplicación de la sanción, y teniendo en cuenta que aquellos carecen por principio de la naturaleza dinámica y variable propia, por ejemplo de las cuestiones atinentes al régimen económico, cambiario, aduanero etc., cabe excluir a la configuración de los deberes y prohibiciones del campo de reglamentación administrativo propio de la técnica de la ley penal en blanco¹²⁸.

128 Cabe por cierto diferenciar la ley penal en blanco del “tipo abierto”. En función del mayor o menor margen de interpretación que ofrece el tipo penal, se diferencian los tipos penales cerrados y los tipos penales abiertos. Jakobs conceptúa los tipos penales abiertos como “abiertos a la concreción intensiva por medio de la interpretación” (v. Jacobs, Günther, Derecho Penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación, Marcial Pons, Madrid, 1997, ps. 196 a 197); para Roxin, en los tipos abiertos acuñados por Welzel, el juez se ve en la obligación de investigar la antijuridicidad mediante la comprobación de los llamados elementos del deber jurídico (v. Roxin, Claus, op. y loc. cit. p.6; v. también sobre la noción de tipo abierto, Gorra Daniel Gustavo, “¿Los jueces crean derecho cuando “definen” los

5. Prognosis conclusiva: los deberes y prohibiciones del empleado público resultan alcanzados por el principio de reserva de ley en tanto integran el consecuente de la endonorma cuyo incumplimiento detona la sanción contenida en la perinorma

Hemos sostenido a lo largo de este trabajo, la indiferenciación ontológica entre sanciones administrativas y penales y la consiguiente aplicación a ellas del principio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, prescripto por nuestra Constitución.

Esta indiferenciación ontológica, en nuestra opinión, se proyecta por cierto sobre el derecho sancionador disciplinario o interno, si se pone el foco en la potencialidad esencialmente ablatoria de la sanción, se aplique esta en el orden externo, es decir, *ad extra*, de la Administración, o hacia el seno interno de la organización administrativa.

Ello, aun cuando no se nos escapa que durante

tipos penales abiertos?" DPyC 2014 (agosto), 203, TR LALEY AR/DOC/1446/2014; Puricelli, José Luis, "El intérprete frente al tipo penal abierto y el principio de legalidad", DPyC 2022 (septiembre), 210; TR LALEY AR/DOC/2264/2022).

A diferencia de los tipos penales abiertos, las leyes penales en blanco no son tipos penales que requieran de un complemento extralegal librado a la interpretación del juez, sino que la especificación de los elementos típicos se realiza sobre la base de la ley a la que se reenvía. Si bien la norma que remite puede tener cierto grado de indeterminación en tanto debe ser completada por otra, la interpretación judicial no es autónoma sino que debe sujetarse a parámetros perfilados por la norma remitida.

mucho tiempo se ha intentado apartar al derecho disciplinario tanto del derecho sancionatorio como de la aplicación de los principios penales que hacen en puridad al debido proceso sobre la base de la diversa finalidad de los sistemas sancionatorios (externo e interno)¹²⁹.

Pero lo cierto, es que el dato común de ambos que los torna asimilables en su esencia y que en puridad los hermanas, se encuentra en la aludida potencialidad ablatoria de derechos que exhibe toda sanción, cualquiera fuera el ámbito en el que se aplique, penal o administrativo externo o interno disciplinario.

Es justamente este aspecto, en nuestra opinión, el que examinado en el contexto constitucional preexistente a 1994 pero sin dudas, reforzado a partir de la reforma constitucional de 1994 —y a la luz de la jurisprudencia interamericana colacionada— impide justificar un tratamiento distinto a las sanciones disciplinarias.

Entendemos que el fundamento de buen orden del servicio que debe presidir el ejercicio de la potestad disciplinaria como potestad sancionatoria administrativa interna no es incompatible con la

129 V. Resolución CSJN N.º 696/89 recaída en el expte. N.º 338/87 de Superintendencia; también Fallos 310:316 in re “María Mercedes Pereiro de Buodo” citado por Sappa, José R., “El control judicial de la potestad sancionadora de la administración: actualización jurisprudencial”, en AAVV, Control Público y acceso a la justicia, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Tomo 1, Astrea, Rap, Bs. As., 2016, p. 186.

debida preservación de los derechos (humanos) del empleado público, funcionario o trabajador del Estado.

Desde esta mirada, resultan objetables y anacrónicos, los regímenes que ora perfilan faltas y sanciones por la vía administrativa, ora delinean los deberes y prohibiciones del empleado público a través de reglamentos y no de ley formal en tanto el incumplimiento de estos deberes y la eventual violación de las prohibiciones constituirá el presupuesto de hecho que detonará la aplicación de la sanción¹³⁰.

Y destacables, sistemas como el de la Ley Marco del Empleo Público Nacional N.º 25.164, que cumpliendo con el principio de taxatividad, dota de fundamento legal, tanto a las sanciones que perfila como a las causales que suscitan la aplicación de estas, definiendo los deberes y prohibiciones a través de la ley formal.

En similar sentido, nos parece ejemplar e ilustrativa la disposición constitucional del art. 53 de la

130 V. a título de mero ejemplo, el régimen disciplinario específico para encargados de registros de la propiedad del automotor perfilado por el Decreto N.º 644/89 en tanto las sanciones de apercibimiento y suspensión que prevé en su art. 9.º, no encuentran sustento legal sino reglamentario. Sí, encontraría cobertura legal, la remoción, contemplada también en el aludido artículo art. 9.º del Decreto N.º 644/89 en tanto este reenvía al artículo 40 del Decreto N.º 6582/58 ratificado por la Ley N.º 14.467. Texto ordenado por Decreto N.º 4560/73.

Constitución de la Provincia de Buenos Aires que establece una reserva de ley formal en cuanto a incompatibilidades relativas a empleos gratuitos y comisiones eventuales. Ello, toda vez que el incumplimiento del régimen de incompatibilidades del empleo público puede calificar, verosímilmente, como una falta.

Consideramos así que en el estado actual de evolución de la conciencia jurídica, resulta insoslayable hoy, la aplicación estricta del principio de taxatividad legal en materia de faltas y de sanciones disciplinarias debiendo encontrarse todos los elementos de la proposición jurídica (endonorma y perinorma) perfilados de modo exhaustivo en la ley formal.

La omisión de cumplimiento del principio de taxatividad legal en materia de fijación de deberes y prohibiciones —en atención a que ineludiblemente integran el consecuente de la endonorma— habilitaría, de consiguiente, por su gravedad, la invocación de la denominada autotutela privada de derechos (desobediencia).

Explica Sammartino que “esta técnica no jurisdiccional solamente puede ser empleada cuando se exija el cumplimiento de un acto de gravamen que padece un vicio grave y ostensible (nulidad absoluta y manifiesta), y que, por consiguiente, no vincula a la obediencia pues, en tales condiciones, según se afirma, carece de presunción de legitimidad¹³¹.

131 Sammartino, P. M., “Medidas cautelares frente a autoridades públicas”, 2011, Documentación Administrativa, (269-270),

El enfoque que venimos de exponer no pierde de vista el necesario equilibrio que debe primar en la interpretación de los derechos de las personas con las exigencias del Bien Común (art. 32 CADH).

No implica un fundamentalismo garantista o individualista que solo conduce en definitiva, a la negación de la naturaleza social del ser humano¹³² y del Derecho. Pero parte de una especial

<https://doi.org/10.24965/da.v0i269-270.5642>.

132 Es que los derechos humanos, no por ser de la persona, individuales, dejan de tener, por cierto, una impronta eminentemente social reflejo de la propia naturaleza humana.

Esta impronta social es muchas veces desconocida por abordajes que exaltan las notas de la individualidad y prescinden de la mirada del contexto, de correlacionar el ejercicio de los derechos con los deberes que la persona tiene “para con la familia, la comunidad y la humanidad”; en definitiva, de compatibilizar los derechos con las “justas exigencias del Bien Común en una sociedad democrática”.

Así, el individualismo que surge a partir del nominalismo de Guillermo de Ockham (1285-1347), las proyecciones del individualismo sobre el voluntarismo en general, y sobre el dezisionismus de Carl Schmitt (1888-1985). En efecto, como lo hace notar Arturo E. Sampay en su impar obra *Introducción a la teoría del Estado* (Ediciones Politeia, Bs. As. 1951, p. 16 y ss.), el voluntarismo, que es consecuencia de negar la posibilidad de conocimiento de la realidad objetiva y metafísica y aun de rechazar la propia existencia de esta y de su deber ser inherente, deriva, en materia de organización política, tanto en el liberalismo como en el totalitarismo. De ahí, la influencia, solo en apariencia parojoal, que tuvo un pensador como Hobbes (1588-1679), en estos dos sistemas y sus derivados (v. Rodríguez María José, “La estabili-

consideración de la dignidad de la persona humana y de una especial preocupación en evitar que la maleza normativa sublegal¹³³ hoy existente como fuente de diferentes regímenes disciplinarios administrativos —muchas veces aplicados a lo largo del tiempo con verdadera miopía literal y con fundamentalismo

dad del acto administrativo frente a la vigencia irrestricta de la juridicidad. Algunas perplejidades en materia tributaria, publicado en CIJur, 13-5-2021, disponible en <https://cijur.mpba.gov.ar/doctrina/14974>.

133 Maleza normativa que lejos está de respetar el principio de legalidad pese a dar lugar a la aplicación de sanciones administrativas que inciden significativamente en los derechos y libertades de las personas; v. por ejemplo, el Decreto N.º 18/97 que aprueba el Reglamento de Disciplina para los Internos, por el que se reglamenta el Capítulo IV, “Disciplina”, de la Ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad N.º 24.660; v. en similar sentido, Mensaje Militar MM SUBJEMGE 8929/18, acto reglamentario de alcance general destinado a reglar el procedimiento a seguir en los casos de presunta comisión de la presunta falta gravísima de “deserción” en el Ejército Argentino emitido en el marco del Código de Disciplina castrense (v. art. 31), pero que incurre en notorio exceso reglamentario dado que dispone medidas como la suspensión de haberes del presunto infractor y de los beneficios de la obra social que carecen de cobertura legal (v. Rodríguez Zabala, Martín Alberto, “La falta gravísima de ‘deserción’ y la problemática jurídica en torno a su tipificación y juzgamiento en el ámbito del Ejército Argentino”, Trabajo de Investigación Final presentado para la obtención del título de Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de la Matanza, defendido y aprobado con nota diez (10) el 19 de junio de 2024).

burocrático¹³⁴— no pierda nunca de vista que el fundamento del Derecho es asegurar la realización de los fines existenciales de las personas, respetando para ello sus derechos y su dignidad.

Y no la aplicación mecánica de normas que hoy reclaman a gritos ser aggiornadas a la luz de la evolución del derecho internacional de los derechos humanos y de la natural evolución y perfección de la conciencia jurídica.

En suma: la preservación del interés público secundario, tendente a la concreción del bien común,

134 Como caso paradigmático de la aplicación del reglamento mencionado en la nota anterior (Mensaje Militar MM SUB-JEMGE 8929/18, destinado a reglar el procedimiento a seguir en los casos de presunta comisión de la presunta falta gravísima de deserción), v. Sala cont. adm. fed. II, 9-03-2021, in re “MGJ c/ EN- M. Defensa-Ejército s/amparo Ley 16.986”, Expte. 10546/20, sentencia en la que el tribunal actuante consideró que la medida de suspensión del pago de los haberes resultaba un acto ostensiblemente ilegítimo del mismo modo que lo era la suspensión de la obra social (colacionado por Zabala Rodríguez, Martín A., en op. cit. p. 30). Sobre los males que apareja la conducta burocrática, v. Hannah Arendt, *Responsabilidad y juicio*. Paidós, Barcelona, 2007, p. 60, cit. por STRAEHLE, Edgar “En torno a la violencia burocrática: Observaciones acerca de uno de los rostros de la violencia contemporánea”, *ANUARI DEL CONFLICTE SOCIAL* 2014, Universidad de Barcelona (artículo realizado dentro del marco del proyecto de investigación “Filósofas del siglo XX: Maestros vínculos y divergencias” (FFI2012-30465) y del GRC “Creació i pensament de les dones” (2014 SGR 44).

o interés público primario no puede estar nunca en pugna con las exigencias de la dignidad de la persona.

Este artículo forma parte la Obra Colectiva del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, en edición con la Editorial Ábaco.

María José Rodríguez

*Magíster en Derecho Administrativo
(Universidad Austral).*

*Especialista en Derecho Tributario
(Universidad Austral).*

*Ex Directora Nacional de la Escuela del Cuerpo
de Abogados del Estado (ECAE)
de la Procuración del Tesoro de la Nación.*

*Ex Directora de la Escuela de
Formación en Abogacía Pública (EFAP)
de la Procuración General
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.*

*Profesora titular de Derecho Administrativo (UMSA)
y en la Universidad Nacional de la Matanza
y Universidad Austral (MDA; posgrado).*

*Profesora del Master 2 (franco-alemán) Droit des collecti-
vités territoriales et coopération transfrontalière, Univer-
sidad de Lorraine (Metz - Sarreguemines, Francia).*

Núcleos ideológicos y aspectos políticos y educacionales en las reformas a la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1990 y 1994

Por Fernando R. Klappenbach

El núcleo ideológico

Los dispositivos digitales (teléfonos y tabletas) En la cuestión educativa radicaba, a mi modo de ver, el núcleo ideológico en los procesos reformatorios a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de 1990 y 1994.¹

La encíclica *Divini illius magistri* del Papa Pío XI, del 31 de diciembre de 1929, consagraba que la principalidad en la educación corresponde a la familia y la gestión del bien común al estado.

En versión más actualizada decía en la Carta a la Familias Juan Pablo II:

Los padres son los primeros y principales educadores de sus propios hijos: son educadores por ser padres. Ellos comparten su misión educativa con otras personas e instituciones, como la Iglesia y el Estado. Esto debe hacerse siempre aplicando correctamente el principio de subsidiariedad que completa así el

¹ KLAPPENBACH, Fernando R.; Bases ideológicas en los aspectos educativos de la Reforma Bonaerense, EL CONSTITUYENTE N° 7, La Plata.

amor paterno y materno, ratificando su carácter fundamental. Cualquier otro colaborador en el proceso educativo debe actuar en nombre de los padres, con su consenso y en cierto modo, incluso por encargo suyo... El proceso educativo lleva así a la fase de la autoeducación, que se alcanza cuando, gracias a un adecuado nivel de madurez psicofísica, el hombre empieza a “educarse él sólo”.

Leandro Alem, defendió un criterio similar al que venimos explicando. Dijo el fundador de la Unión Cívica Radical, el 17 de septiembre de 1877, en la Cámara de Diputados de la Nación:

El primer deber del padre es instruir al hijo; pero, como correlativo, el primer derecho del padre es también educar al hijo, es decir, orientarlo, dirigir su espíritu, dirigir sus inclinaciones hacia aquellos objetos de ciencias o de artes en los cuales se encuentra más adaptado, más apropiado para encontrar su porvenir; el esfuerzo del padre es el que debe estar en primer lugar, y solamente las autoridades o el poder social o el poder oficial, puede venir en protección cuando el padre descuida absolutamente o se encuentra en condiciones que de ninguna manera pueda atenderla. En este orden ascendente.²

Como lo refirió el Arturo Sampay, la doctrina pontificia fue la fuente en la reforma de 1949: “La educación y la instrucción corresponden a las familias y a los establecimientos oficiales particulares

2 ALEM, Leandro; Obra parlamentaria; t. V pag.437.

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

que colaboren con ellas".³ Al informar el artículo referido, Sampay dijo:

El proyecto de Constitución Justicialista comienza repulsando categóricamente el principio totalitario de que el niño pertenece al Estado, ya que no queremos para la democracia argentina la perversión catastrófica de esos sistemas educacionales que forman las generaciones para la esclavitud y la muerte; rechazamos, en consecuencia, la ponzoña jacobina del anonadamiento de la persona humana, tan acabadamente cumplido en la Alemania de Hitler y en la Rusia de Stalin, que es la raíz de la absorción del hombre por el Estado.

Afirmamos que la educación de los hijos es un derecho de los padres, con quienes el Estado colabora...Corresponde al Estado, como promotor máximo del bien común, vigilar para que esa enseñanza se cumpla de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

Al fundar el proyecto de la ley 5650, sobre Educación en la Provincia de Buenos Aires, el gobernador Domingo Alfredo D. Mercante sostuvo:

Como lo ha dicho el general Perón: La escuela no debe trabajar sólo en el sentido de instruir al niño, porque enseñarle a leer y a escribir es lo subsidiario, sino en el de educarlo, en el de conformarle el alma

3 CONSTITUCION DE LA NACION ARGENTINA DE 1949, Capítulo III, art. 37, IV De la educación y la cultura.

para ser buen hombre y buen argentino,⁴ porque darle conocimientos a una persona implica darle armas para luchar en su vida, y hay que tener cuidado de no dar armas a una mala persona.⁵

Reeditaban Perón y Mercante la doctrina tradicional del justicialismo fundada por Arturo Sampay: "La solidaridad humana en un orden social justo solo es posible con hombres justos, desde que lo social no es sino una urdimbre de actos humanos personales, y la justicia es una virtud que se afirma por la educación".⁶

Con motivo del debate de la ley de educación bonaerense referida, el 14 de agosto de 1951, el diputado y convencional provincial en 1949 y constituyente nacional en 1994, René S. Orsi, sostuvo:

Reconocer a la familia el derecho de educar a sus hijos, va más allá, y ratifica democráticamente que, en virtud de ello, tiene —la familia— la libertad de elegir las personas o instituciones donde hayan de recibir sus hijos la educación primaria..., proclama el derecho que tienen las personas jurídicas e incluso

4 CEI psiquiatra y profesor de Harvard, Robert Coles, que ganó el premio Pulitzer en 1973 por sus trabajos sobre la pedagogía infantil, en su libro *La vida espiritual de los niños*, del año 1990, analiza el desarrollo de la bondad en los menores. que fue el eje pedagógico peronista.FK.

5 EMERCANTE, Domingo A.; *Las ideas Pedagógicas del General Perón*, La Plata, publicación de la Provincia de Buenos Aires, 1951, p. 5.

6 KLAPPENBACH, Fernando R.; *Las ideas pedagógicas de Perón*, diario HOY, La Plata, martes 18 de febrero 1997, p.8.

los particulares a crear institutos de educación para que por esta vía sea realmente efectiva la libertad declarada que tienen los padres de elegir los institutos o colegios donde sus hijos concurran a recibir la primera enseñanza.

Lo que nos lleva a afirmar que este principio de la subsistencia familiar, como núcleo original, en el método educacional propuesto, lleva en el espíritu y en su letra, la negación de todo sistema totalitario.⁷

En la fallida reforma de 1990 no se establecía la principalidad de la familia en la educación.

El exrector de la Universidad Católica de La Plata, Cayetano Licciardo, en un trabajo titulado “El tratamiento de la educación y la cultura en la reforma constitucional de la Provincia de Buenos Aires”, entre otros reparos a esta señalaba:

La reforma no reconoce algo que ha quedado como principio fundamental: los padres tendrán derechos preferenciales a escoger el tipo de enseñanza que se deberá dar a sus hijos”.

Si se advierte que en el transcurso del debate quedó dicho: “consagramos principios para que el Estado provincial pueda organizar, sostener, dirigir, extender y controlar el sistema educativo provincial en todos los niveles y modalidades”, todo el cuadro

7 ORSI, René S.; Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Legislatura de Buenos Aires. 9º sesión ordinaria, agosto de 1951 pp. 973 y .974.

organizativo, toda la dirección queda en manos del Estado, sin la participación de la familia en cuanto tal.

La familia es “la madre nutriente” de la educación. Más importante que la escuela, es la sede natural. Es el lugar donde la persona es tenida en cuenta por sí misma: se la ama por respeto a su propio ser, independientemente de otras cualidades, aptitudes o talentos y en ese orden se la educa.

En la convención reformadora de la provincia de Buenos Aires del año 1994, el sector del radicalismo denominado Convergencia Nacional de la Unión Cívica Radical sostuvo el criterio de la principalidad del Estado en reucación.

El proyecto presentado por los constituyentes Fonino, Curuchaga, Barrachia y Pinto prescribía: “El Estado debe promover, desarrollar, planificar, rescatar y difundir todas las manifestaciones culturales, individuales o colectivas”.

El Frente Grande adhirió al mismo principio estatal y, en los fundamentos del proyecto educativo, expresaba:

El principio que ha fundamentado históricamente el papel principal del Estado en nuestro país es que la Educación es un derecho, un bien público y una tarea social..., obliga al Estado a ejercer los deberes de proveer, intervenir, planificar, organizar y garantizar el ejercicio de ese derecho.

Finalmente, ambas fuerzas consensuaron un

dictamen minoritario: “La educación en todos sus niveles y modalidades es responsabilidad principal e indelegable del Estado provincial”.

Al fundar este proyecto, el presidente de la Comisión de Educación, Jorge Barrachia, sostuvo desde el radicalismo: “La educación, en todos sus niveles y modalidades, es responsabilidad principal e indelegable del estado provincial, quien, asimismo, debe proveer todos los servicios necesarios”.⁸

En el mismo debate dentro de la Convención Reformadora de 1994, el diputado convencional del Frente Grande, Daniel Cieza, dijo:

La educación es un proceso deliberado de instrucción de tipo sistemático, institucional, controlado por el Estado. Es un servicio público... No se puede confundir a la familia como único o principal agente educativo... Por otro lado, si la familia no es el agente educativo primario, pienso que no tiene pertinencia; no es correcto, no es feliz hablar de los valores morales o religiosos en el marco del proceso educativo.⁹

Por su parte, el gremio docente S.U.T.E.B.A., con las firmas de Hugo Yasky y Mary Sánchez, emitió una solicitud en la cual critica el despacho conjunto del peronismo y el Modin sobre la educación en

8 BARRACHIA, Jorge; Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, 9º sesión, setiembre 1 de 1994, p.1452.

9 CIEZA, Daniel; Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente, 9º sesión, setiembre 1 de 1994, pp.1511 y 1512.

la Constitución provincial y apoyó el proyecto de Convergencia Nacional y Frente Grande: "La educación... cuyo acceso y ejercicio tiene el estado de organizar, planificar y proveer, en forma principal indelegable".¹⁰

Los proyectos justicialistas y del Modin, con dictamen compartido, adhirieron al principio de la principalidad de la familia en el texto que hoy consagra la nueva constitución en su artículo 198: "La provincia reconoce a la familia como agente educador y socializador primario".¹¹

La constitucionalidad de procedimiento reformador: El artículo 192 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires legisla sobre los procedimientos para su reforma:

El proyecto de reforma será tratado en la forma establecida para la sanción de las leyes, debiendo contar con el voto afirmativo de los dos tercios del total de los miembros de ambas Cámaras para ser aprobado. La ley indicará si la reforma será total o parcial y, en este último caso, las partes o

10 S.U.T.E.B.A; SOLICITADA: A LOS CONSTITUYENTES DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES QUE LA OBEDIENCIA DEBIDA A UN ACUERDO DE CONVENIENCIA NO HAGA RETROCEDER 100 AÑOS A LA EDUCACION PUBLICA BONAERENSE. Fotocopia en mi poder. FK.

11 KLAPPENBACH, Fernando R.; La Principalidad educativa de la Familia en la Convención

Constituyente Bonaerense , diario HOY, La Plata, 13 de septiembre 1995, p. 10.

los artículos que serán reformados. La misma ley establecerá si ha de convocarse o no a una convención reformadora. En este último caso la ley contendrá la enmienda proyectada y esta será sometida a plebiscito en la primera elección que se realice. El voto será expresado en pro o en contra de la enmienda.

El miembro informante por la mayoría en la Convención Constituyente de 1934, Rodolfo Moreno, explicaba los alcances del art. 192 diciendo:

Cuando haya que hacerse una reforma fundamental, cosa que no realiza sino de largo en largo tiempo, procederá la convocatoria a la convención constituyente. Cuando haya que hacerse una reforma parcial en un detalle que no tenga una importancia muy grande, podrá la legislatura suplir el inconveniente y proceder en la forma autorizada.¹²

Es decir, si la reforma fuere importante, se debía convocar a una Convención; si se tratara de un tema menor se podía hacer por enmienda plebiscitaria en la primera elección que se realizara.

La Reforma Constitucional de 1990

El diario *El Día* fue el medio periodístico que con mayor detenimiento siguió las alternativas de la frustrada reforma a la Constitución bonaerense de 1990. El día 29 de noviembre de 1989, señaló:

12 MORENO, Rodolfo; Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1934; 4ta. Reunión, noviembre 5 de 1934, p.303.

Renunciante de la jefatura de la Nación siete meses antes de la finalización de su mandatado, el uno, y perdido en su interna partidaria el otro, Raúl Alfonsín y Antonio Cafiero se encontraron a solas allá por agosto. Líder del partido que tiene hasta dentro de una semana la mayoría en la Legislatura bonaerense el primero, y gobernador, el segundo, ambos anudaron allí un acuerdo primigenio: reformar la Constitución de la Provincia antes de que ese tablero se modificase.

Sin que ello menoscabe las intenciones de modificar íntegramente el texto constitucional y adecuarlo a los tiempos, es conocido el objetivo central de ambos: Cafiero aspiraba a modificar la cláusula que dice que el gobernador no puede ser reelegido por dos períodos consecutivos. Alfonsín, a fortalecer política y financieramente a los municipios, convencido de que desde las 59 comunas bonaerenses que hay en manos de intendentes radicales, recomenzará el camino de la recuperación de poder esa fuerza.

Por eso hubo pautas inamovibles: que no se convocara a Asamblea Constituyente, que la reforma se hiciera por vía legislativa, donde ambas fuerzas “mandan” y que ello ocurriese antes del 10 de diciembre, cuando llegarán los menemistas al bloque peronista, con criterios impredecibles sobre la cuestión.

Septiembre y octubre se consumieron en reuniones semanales de una comisión radical y peronista — no más de una decena de hombres — que elaboró la iniciativa y redactó los 80 nuevos artículos.

En noviembre se decidió acelerar los trámites. Esa misma comisión —no más de una decena de hombres— elaboró la iniciativa y redactó los 80 nuevos artículos. Salvo excepciones, los 138 legisladores que tendrán la responsabilidad de aprobar rechazar la nueva Constitución conocieron ese proyecto el viernes 17, en las mismas horas en que ambas Cámaras eran convocadas para su tratamiento.

En el balance del proceso no puede dejar de incluirse la falta de consulta y participación activa a través de sus opiniones y proyectos de las entidades que representan a la comunidad en sus diversos intereses, pasando por los restantes poderes y los partidos políticos que no sean radicales o peronistas e incluyendo a los constitucionalistas respetados con que cuenta el país.

El poquísimo tiempo que tuvieron los legisladores en conocer los textos de las enmiendas conspiraron con la excelencia de los debates y fundamentaciones. En este sentido por la falta de discursos y la prontitud de darlo por terminado, el trámite parlamentario sigue la tradición unitaria que le hiciera decir a Manuel Dorrego, refiriéndose a la sanción de la Constitución de 1826, que parecía “un entierro de pobres: rápido y sin discursos”.¹³

El diario *La Nación*, en su editorial del domingo 13 de mayo de 1990, señalaba:

13 SIERRA, Vicente; Historia de las ideas políticas en Argentina, Buenos Aires, Ediciones Nuestra Causa, 1950, p.459.

Se pone al pueblo ante la disyuntiva —imposible de resolver en la práctica— de decir

“Sí” o “No” en términos absolutos a las novedades introducidas en alrededor de un centenar de artículos... Probablemente la población entenderá que ha sido convocada a decir “sí” o “no” a la posibilidad de reelección del gobernador actual. El resultado del plebiscito no tendrá validez auténtica.

El artículo 192 también fue alterado en su preceptiva de que “la enmienda será sometida a la primera elección que se realice”. Es decir que se debió esperar la próxima elección general, evitándose los costos.

En un trabajo para esclarecer a los justicialistas bonaerenses sostuve: “La reforma, íntimamente, es la expresión jurídica de un proyecto político

“alfonsinista-cafierista” a fin de que el “Primer Estado Argentino” se constituya en un obstáculo para los objetivos del presidente Carlos Menem”.¹⁴

El 13 de marzo de 1994, un artículo de Roberto Luzardi en el diario Hoy de La Plata sobre el resultado de las elecciones constituyentes del pasado 10 de abril, rememoraba:

14 KLAPPENBACH, Fernando R.; Una crítica militante a la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, s/ed., 1990, p.8.Yo ejercía la vicepresidencia del Consejo de Distrito del Partido Justicialista de La Plata en 1990. Pedí licencia e hice campaña por el NO a la enmienda plebiscitaria.

El 5 de agosto de 1990, el pueblo bonaerense le dio su rotundo “NO” al plebiscito reformista convocado por el entonces gobernador Cafiero. 70 % por la negativa contra treinta por el “Si”. Un bochorno para el acuerdo radical-justicialista que intentaba reformar más artículos que los propuestos en esta oportunidad.¹⁵

La Convención Reformadora de 1994

La mayor incidencia que tuvo el fracaso del plebiscito del 5 agosto de 1990 sobre la reforma constitucional de 1994 fue, en mi criterio, el desistimiento a implementarla a través del sistema de enmienda. Se hizo convocando a una Convención Reformadora.

A fin de comprender la ley 11488 de 1989, que determinó la necesidad de reforma a la Constitución de la provincia de Buenos Aires en los aspectos que hacen a la cláusula reelectiva para el Poder Ejecutivo, voy a transcribir las expresiones más elocuentes vertidas por los legisladores que la abordaron.

El diputado peronista Carlos González fue de los primeros y dijo:

Es indispensable permitirle al pueblo que prolongue el mandato de los funcionarios cuando encuentre

15 LUZARDI, Roberto; Diario HOY, La Plata, 13 de marzo de 1994 p. 7. El número exacto es por el NO 3.965.880 (67,19%) ; SI 1.936.605 (32,81 %). Periódico BUENOS DIAS PROVINCIA; Año I N°4 agosto de 1990.

motivos para aprobar su proceder, con el objeto que sus talentos y virtudes sigan siendo útiles y asegure al gobierno la continuidad que caracteriza a un buen sistema administrativo.¹⁶

Seguidamente el diputado radical Roberto López Fagúndez opinó: "No se trata de cambiar por cambiar, sino de poder mejorar. De lo contrario estaríamos haciendo un ejercicio de alquimia o, facilitándole nada más que la reelección al gobernador de turno".¹⁷

Su compañero de bancada, Horacio Aispuru, a continuación, afirmó: "A mí la reelección no me preocupa. Estoy de acuerdo, porque también lo estuve antes... Si hay alguien que se ha ganado el beneplácito de la sociedad, que le den esa posibilidad".¹⁸

El diputado Eduardo Florio, del mismo partido que el anterior, dijo en clara referencia a las reformas de Córdoba, Río Negro, Jujuy, San Juan, etc., que admiten la reelección inmediata del ejecutivo: "Es necesario poner en debate el tema de la reelección. Las reformas de las constituciones provinciales nos están marcando una línea".¹⁹

16 GONZÁLEZ; Carlos, en KLAPPENBACH, Fernando, Consenso y desencuentros en la Reforma Constitucional Bonaerense, Diario, El DIA, La Plata, martes 28 de junio de 1994, p. 6 .

17 LÓPEZ FAGUNDEZ, Roberto O.; *Ibidem*.

18 AISPURO, Horacio; *Ibidem*.

19 FLORIO, Eduardo R.; *Ibidem*.

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

A su vez el diputado Itoiz sostuvo:

Se han encontrado los caminos del diálogo político que han inspirado al presidente Menem y al presidente de la Unión Cívica Radical —partido del que me enorgullezco de pertenecer— doctor Alfonsín para esta reforma, sin que —como a él le gusta decir— corramos riesgos de llegar a un punto de colisión que perjudique a la sociedad argentina.

²⁰

A su turno dijo el radical Carlos M. Valerga:

Esta reforma ha sido propiciada por un reencuentro que la clase política argentina expresara en el Pacto de Olivos, entre Menem y Alfonsín. Con toda autoridad podemos referenciarnos en aquel momento histórico de Perón y Balbín para entender que desde ese encuentro la clase política argentina, los argentinos y los bonaerenses en particular empezamos a recuperar el tiempo perdido.

Y agregaba Valerga:

La reforma de 1990 fue rechazada por las formas no tanto por los contenidos. No se crea que con esto hemos dado la reelección a Duhalde. Para este bloque, eso es accesorio. Para que Duhalde sea reelecto debe ser el pueblo quien lo tiene que votar. De manera que nos parece absolutamente anacrónico mantener un criterio de no reelección

20 ITOIZ, David; *Ibidem*.

cuando nos inhibe avanzar en otros contenidos.²¹

En el Senado, el justicialista Miguel Ángel García explicó:

Nuestra provincia se encuentra inmersa en un pronunciado y evidente período de trasformación, producto en parte del proceso nacional que conduce Menem, y por la decidida acción del gobierno bonaerense. La reelección tiene nombre y apellido: Eduardo Duhalde. Estamos convencidos que interpretamos a la inmensa mayoría del pueblo de la Provincia cuando posibilitamos la continuidad del mejor Gobernador que ha tenido nuestra Provincia.²²

El Senador radical Balbini Zubiri fue el más elocuente:

Porque hemos tenido discrepancias claras y evidentes, yo diría que este mismo motivo es el que nos permite que nos escuchen con confianza en la escena oficial. No siempre coinciden, pero nos escuchan. Estos son los marcos que deben presidir cualquier consenso. Lo podían haber hecho solos. Podían haber recurrido al art. 100 de la Constitución aunque opinable, y sancionar la necesidad de la reforma con simple mayoría de la Asamblea Legislativa. Podían haberlo hecho después del 10 de diciembre con los dos tercios de cada cámara. No necesitaban de nosotros. Debo reconocer esta actitud leal del oficialismo en la búsqueda del

21 VALERGA, Carlos M.; *Ibidem*.

22 GARCIA, Miguel Ángel; *Ibidem*.

consenso. No precisaban nuestra opinión y la fueron a buscar, porque todos hemos aprendido que no se puede construir en el desencuentro. El oficialismo de Buenos Aires ha tenido una actitud inteligente y ha ido a buscar el consenso, no como un negocio, no como un acuerdo de trastienda, no como un pacto trasnochado.

Yo crucé la calle con el senador Bertoncello, cuando salimos de la gobernación nos dirigimos a la sala de periodistas para decirles que habíamos tratado la posibilidad de votar la necesidad de la reforma de la Constitución de la provincia.

Y agregaba Zubiri:

Nadie puede discutir la seriedad y la independencia de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. Se podrá decir que hay cosas que están bien o que están mal. Nadie puede discutir que los organismos de control como Fiscalía de Estado o como Tesorería General de la Provincia no están en manos del oficialismo. No sería leal decir que no existe un marco de garantías jurídicas en la provincia de Buenos Aires, aunque sigamos discrepando duramente.²³

Del debate de la ley 11488 se entendió:

1.º. Que el acuerdo legislativo fue una reedición bonaerense del consenso entre las dos fuerzas mayoritarias que signaron el pacto de Olivos.

23 ZUBIRI, Balbini; *Ibidem*.

2.º. Que para el oficialismo era esencial la reelección inmediata de Menem y Duhalde a los fines de la continuación del modelo de trasformaciones.

3.º. Que desde el radicalismo se dio por sobreentendido que la reelección incluía al actual gobernador.

4.º. Que el fracaso de la reforma del 90 fue vista por el radicalismo como un problema de métodos (el de la enmienda plebiscitaria) no de contenidos (reelección inmediata).

El gobernador Eduardo Duhalde, cometió un error político al acordar con el Modeso, sector minoritario de la U.C.R. bonaerense, liderado por Leopoldo Moreau y algunos diputados y senadores provinciales radicales, como Andrés Anner, la sanción de la necesidad de reforma parcial, sin considerar la posición de la dirigencia mayoritaria radical concentrada en Convergencia, liderada por Federico Storani y Juan Manuel Casella, adverso al pacto de Olivos y a Alfonsín.

El 19 de febrero de 1994, en Mar del Plata, se reunió la Convención Provincial del radicalismo bonaerense. Convergencia produce allí un cambio abrupto en la línea de entendimientos que enmarcaron la ley 11488, excluyendo la reelección inmediata de Duhalde en la plataforma partidaria.

En la misma convención, la U.C.R. bonaerense propugnó en materia educacional una educación humanitaria científica, que reduce al hombre a términos científicos y le quita la posibilidad de su

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

dimensión religiosa, poética, sentimental y de sus tradiciones²⁴.

El 19 de mayo de 1994, los senadores radicales Héctor Bertoncello, Mile Pelly, Marcelo Gear, Carlos Bilbao y Oreste Beltrachini afirmaron que Leopoldo Moreau: “Por mendacidad o ignorancia, sostiene engañosamente que, en oportunidad de elaborar el proyecto de ley la necesidad de reforma de la Constitución de la provincia, se habría convenido la posibilidad de reelección inmediata de Eduardo Duhalde”.²⁵

El diputado del Modeso, Oscar Roco, el 28 de julio de 1994, destacó que el convencional Andrés Anner fue:

El único diputado de la corriente de Opinión Nacional, excoordinador, que quiso cumplir con un pacto que existió entre Duhalde y los dirigentes de la Convergencia. Él quiso cumplir con esto desde que entró en la convención y fue autor de la ley de convocatoria que fue mal interpretada a través de un reglamento realizado por el diputado López Fagúndez y otros.

El convencional radical Pablo Pinto afirmó:

24 H. CONVENCION PROVINCIAL. Mar del Plata 19/2/94, Osvaldo F. Pozzio presidente de la H.

Convención y Roberto López Fagúndez, presidente Comisión Reforma.

25 Diario HOY, La Plata, jueves 19 de mayo de 1994, p. 6. PINTO, Pablo; EL CONSTITUYENTE, “seminario de la Reforma Bonae-
rense”, La Plata, 5 de septiembre de 1994 Año 1 n° 20 p.27.

Que algunos convencionales del Modeso, como Silvano Lanzieri, Oscar Roco, José Tenenbaum y Jorge Urquiza carecen de entidad y nivel político para referirse al diputado nacional Federico Storani con acusaciones mendaces, propias de quienes desdeñan a la ética y la verdad para ocultar sus claudicaciones ideológicas. Storani es y será oposición junto al pueblo, a este modelo neoconservador y excluyente.

También dijo Pinto:

El abandono del recinto de los convencionales alfonsinista: “fue el claro presagio del acuerdo que está dispuesto a prestarle ese sector al peronismo para permitir la posibilidad de la reelección inmediata de Eduardo Duhalde. El hecho constituye un alzamiento del propio bloque y que no es algo aislado, sino que deja en claro la disposición del Modeso de acompañar al peronismo en sus objetivos políticos, evidenciando su apego al a la utilización de prácticas típicamente menemista para blanquear su postura claudicante.

Desde el mismo comienzo de las actividades en la convención estos convencionales del Modeso pretenden cambiar el mandato partidario y preparan el terreno para justificar un futuro pacto con el justicialismo provincial para apoyar la cláusula que posibilita la reelección de Duhalde”.

Melchor Cruchaga, presidente del bloque de la U.C.R., expresó que se resistió a creer que Raúl Alfonsín haya ordenado llevar adelante esa actitud, a pesar que ellos dicen actuar en su nombre.

López Fagúndez aseveró que dicha actitud quiebra los antecedentes en materia partidaria en las filas de la UCR, cubriendo con un manto de dudas el fin perseguido, con actitudes inéditas en nuestro partido.

La elección de la convención constituyente

En principio del año 1994, Duhalde había instruido a los intendentes peronistas de la provincia, que debía integrar las listas de constituyentes, tanto nacionales como provinciales, a fin de fortalecerlas electoralmente.

El intendente de La Plata, Julio Alak, no quiso encabezar, en la sección Capital, la lista de diputados convencionales; entendía que, por la condición de ciudad universitaria, la lista a diputados convencionales la debían integrar juristas.

Por esos días Duhalde, adicto a las encuestas, advertía con preocupación que radicales bonaerenses no digerían el Pacto de Olivos de Alfonsín para la reelección del presidente Carlos Menem, tampoco aceptaban la de Duhalde. Sus votos emigraban hacia el Frente Grande, partido novedoso, que crecía exponencialmente. Consideró que había que desactivar la campaña. Por lo cual la deserción de Alak de integrar la lista de La Plata, ya no le preocupaba al gobernador. Duhalde aceptó, de buen modo, que el Daniel Soria y yo encabezáramos la lista y pidió que lo incluyeran a José Luis Lazzarini, veterano dirigente del Partido Conservador Popular, cosa que alegró al Intendente platense.

Otro error de Duhalde, pues le restó los votos para tener la mayoría absoluta en la Convención de La Plata, fue desactivar la campaña electoral del justicialismo.

Todos los candidatos de la provincia de Buenos Aires a las Reformas constitucionales nacional como provincial fuimos convocados a la quinta de Olivos para una larga tarde de sesiones fotográficas, a cargo de Víctor Bó, con el presidente Menen y Duhalde. Ningunas se publicitaron.

En La Plata, no hubo afiches, actos ni divulgación de los contenidos de la Reforma por parte del Consejo de Distrito del Partido Justicialista.

El Diario *El Día*, el domingo 10 de abril de 1994, caratuló en primera página, con gráfica destacada: HISTÓRICA ELECCIÓN DE CONSTITUYENTES.

Los comicios se realizaron el 10 de abril de 1994. El PJ, que había alcanzado el 48 % en las elecciones de 1993, cayó al 42 % y obtuvo 65 de los 138 convencionales. La UCR con el 20 % del electorado consiguió 30, el Frente Grande logró el 16,50 % de los votos bonaerenses e incorporó a la convención 23 miembros y el Modin con el 13 % de los votos introdujo 20 diputados convencionales.

El martes 19 de abril, la conducción del radicalismo platense, liderada por la ex CORDINADORA RADICAL, expresó que la derrota en La Plata se debió al Pacto entre Alfonsín y Menem y acordaron pedir la renuncia del Comité Nacional y la realización de elecciones internas abiertas y anticipadas.

La Asamblea Reformadora Constitucional

El 16 de mayo de 1994, en la Honorable Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, se efectuó el comienzo de la Convención Reformadora de la Constitución provincial.

El diario *El Día* publicó, en primera plana:

“SE INICIA LA HISTÓRICA ASAMBLEA CONSTITUYENTE EN LA PROVINCIA”.

El subtítulo presagiaba un proceso institucional complicado: “Hoy a las 10 se realiza la sesión inaugural. No hay acuerdo sobre cuál será la mayoría para tomar cada decisión. Mientras tanto, se mantiene una rígida oposición de la UCR, el Frente Grande y el Modín a permitir la reelección de Duhalde”.²⁶

Osvaldo Mércuri, que controlaba la Cámara de Diputados por ser su presidente, la llenó, desde horas temprana, de barras traídas del Gran Buenos Aires, con bombos y pancartas, redoblantes y entonando cánticos diversos las barras tomaron ubicación en los palcos del recinto de la Cámara de Diputados y en los pasillos del palacio legislativo.

Desde el tercer plano de palcos, voló una silla que cayó en pleno recinto y golpeó a un camarógrafo de ATC. Los incidentes que se sucedieron ventilaron inclusive alguna que otra “interna” del justicialismo.

26 EL DÍA, La Plata, lunes 16 de mayo de 1994, p. 1.

El griterío, los bombos y el cotillón que se desparramaba en el recinto hicieron imposible la entrada de los convencionales.

Duhalde y Alfonsín trataron de destrabar la situación sin éxito. Pasadas las 19, cuando se ordenó desalojar a los manifestantes, la oposición decidió iniciar las deliberaciones y elegir una conducción provisoria, que recayó en el radical alfonsinista Silvano Lanzieri. De inmediato, y ante la evidencia de que la oposición hacía pesar su quórum de 73 miembros, los peronistas, encabezados por Mercuri, luego de una consulta con Duhalde, bajamos raudamente al recinto y comenzó la jura de rigor con el compromiso, previo de resolver la comisión de reglamento y el inmediato pase a un nuevo cuarto intermedio hasta el 24 de mayo.²⁷

El juramento de los diputados convencionales tuvo adiciones a las formas tradicionales. En muchos casos que lo hicieron sobre la memoria de los desaparecidos en la última dictadura militar, la lucha de la Madres de Plaza de Mayo, Perón y Evita, etcétera.

Algunos integrantes del Modin revindicaron el Operativo Dignidad que, a juicio de algunos convencionales radicales, “tenía como propósito desestabilizar el sistema democrático en 1987”. Los radicales Miguel Mastrogíácomo, Luis Jorge y Juan Itoiz solicitaron, sin éxito, a estos que “rectifiquen su juramento, eliminando del diario de sesiones de la Asamblea la invocación aludida, evitando un nuevo

27 *Clarín*, Buenos Aires martes 17 de mayo de 1994, p.3.

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

agravio a la vida democrática”²⁸.

Con “letra catástrofe”, el matutino platense tituló al día siguiente del inicio de la Convención, con una foto de media página donde puede verse mucho cotillón y carteles en los palcos y en las bancas: “**ESCANDOLOSO INICIO DE LA CONSTITUYENTE**”. En un apartado señalaba el matutino platense: “El día que llovieron sillas desde los palcos”.

El diario porteño *La Nación* publicó una foto en la primera página del día 17 de mayo, del cotillón desparramado durante la sesión de iniciación de la Convención con un título: **SERIOS INCIDENTES EN LA CONVENCIÓN BONAERENSE**.

Señalando que “la llamada alianza instrumental, que reúne a los tres bloques de la oposición, logró imponer las autoridades provisionales de la Convención Constituyente bonaerense”.

En la página 5 *La Nación* tituló: **PRESIDE UN RADICAL LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BUENOS AIRES**, con una foto grande de Silvano Lanzieri.

El diario capitalino *Clarín*, en primera página y letra aumentada, expresó:

COMPLICADO COMIENZO DE LA CONVENCIÓN BONAERENSE”. Luego de catorce

28 *HOY*, La Plata, jueves 19 de mayo de 1994, p.6.

horas de negociaciones la Constituyente comenzó a sesionar u rápidamente pasó a un cuarto intermedio hasta el próximo 24. La oposición, conformada por la UCR, el Frente Grande y el Modin, no aceptó el criterio del PJ respecto de cómo se conforma la mayoría de la Convención y resolvió iniciar las deliberaciones y nombrar autoridades, sin la presencia del justicialismo en el recinto.

El miércoles 18 de mayo, el diario *El Día* publicaba que partes oficiales indicaron que “hubo que trasladar a cinco personas para ser atendidas en hospitales, a raíz de cortaduras provocadas por trompadas”.

Se estimó que unas cincuenta personas que pasaron por Sanidad de la propia casa legislativa: golpes de puño, principios de asfixia y baja de presión fueron los tres motivos principales.

Los inicios de la Convención Reformadora. Las internas partidarias

La UCR tenía dos líneas internas. La mayoritaria, de 20 convencionales, pertenecía a la *Convergencia*, que según Juan Manuel Casella, fue creada para: “frenar la “huida” de militantes jóvenes hacia el Frente Grande, por estar estos hartos del internismo”.²⁹ Eran críticos del Pacto de Olivos.

El otro sector radical era el Modeso, conducido por Leopoldo Moreau que, como dije antes, apoyaba a Raúl Alfonsín en su acuerdo con Menem.

29 HOY, La Plata lunes 23 de mayo de 1994, p.7.

Las diferencias entre ambas casi llevaron a la ruptura del bloque, que hubiera sido la primera vez que ocurriera, en la centenaria vida del partido de Alem.

En el Modin se perfilaron dos líneas internas de 10 convencionales cada una. La liderada por el jefe del bloque, Julio Carretto, alineada en forma incondicional a las directivas de Aldo Rico y la de Hérmán Benedetti y Pedro Noel, que respetaban a rajatabla los principios doctrinarios del Modin y se opusieron, no obstante el acuerdo llegado entre Rico y Duhalde, a votar la reelección de este último pues contrariaban la plataforma partidaria.

Del Frente Grande no puedo precisar sus tendencias, pero siempre mantuvo coherencia bajo la conducción inteligente de Rodolfo Rodil.

El peronismo tenía dos líneas internas: el Lipebo, línea cafierista conducida por Osvaldo Mércuri y la Liga Federal, liderada por Duhalde, y motorizada, en seno de la Asamblea, a través, fundamentalmente del intendente de Almirante Brown, Jorge Villaverde y el de Quilmes, Aníbal Domingo Fernández.

La circunstancia que el PJ no tuviera mayoría absoluta propia, y la negativa de los demás bloques a completar los votos para la reelección del gobernador, ilusionaba al sector del Lipebo en el sentido que, si Duhalde no podía ser reelegido, suponían que el candidato del peronismo con mayores posibilidades de reemplazarlo en un nuevo período era Osvaldo Mércuri.

El día del inicio de la Asamblea recuerdo que tuvimos

una reunión de varios constituyentes, en el despacho del intendente Julio Alak. Aníbal Fernández propuso no darle la presidencia y la conducción de la Asamblea a Osvaldo Mércuri sino a Villaverde, pues desconfiaban del Lipebo.

Villaverde, que no estuvo en esa oportunidad, se negó a aceptar la propuesta pues, de acuerdo con Duhalde, consideraban que la mejor forma de tener controlado al sector de Mércuri era dándole la estructura burocrática de la Convención, es decir la presidencia y la jefatura del bloque para el Dr. Carlos Miguel Díaz.

Dentro del peronismo existía una diferencia ideológica con referencia a la Cultura y Educación. Impulsada por la directora de escuela, Graciela Giannattasio, y motorizada, dentro de la Asamblea, por Aníbal Domingo Fernández. Para este sector la educación no debía ser considerada como un derecho de la familia sino como un “servicio público”.³⁰

30 El servicio público, ateniéndonos a una concepción objetiva que se basa en la naturaleza materia de la actividad, se circunscribe, a una parte de la actividad administrativa del Estado quien puede, a su vez, encomendar, conceder o atribuir el ejercicio de los correspondientes cometidos a los particulares, ya fuera de la figura de la concesión o por otros medios jurídicos como la gestión concertada, el permiso, etcétera.

Esas actividades, cuando son prestadas por los particulares, se encuentran regidos por un régimen que es el común de la función administrativa instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones que satisfacen primordiales necesidades públicas. El particular es un

Al sustraerle a la familia la principalidad de la educación y otorgándosela al Estado, con la figura del “servicio público”, este sector minoritario peronista estuvo en tratativas de consensuar con el Frente Grande y Convergencia un dictamen común. El Pacto Duhalde-Rico fue el obstáculo fatal para que prosperara.

La cuestión reglamentaria de la Convención Reformadora

La ley 11488 que declaraba la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establecía en su artículo 16:

La Convención Reformadora sesionará válidamente con la presencia de la mayoría absoluta del total de sus miembros.

Aprobará las reformas al texto constitucional con el voto de la mayoría, con excepción de aquellas que se refieran a los artículos 149 inciso 3), 151, 154 y 165 y a la Sección Sexta Capítulo único de la Constitución, y al punto 7) del artículo de la presente ley, que lo serán por las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros.

Cumplía de esta forma lo prescripto por el art. 193 de la Constitución bonaerense, que exigía la determinación legal del funcionamiento de la

colaborador de la Administración Pública que se halla sujeto a las potestades de esta y, especialmente, a la fiscalización o control de la actividad que presta. FK.

Convención reformadora.

Art. 149 inicio 3) otorgaba a la Suprema Corte de Justicia, en única instancia, las causas contencioso administrativas. Los artículos 151 y 154 complementaban ese inciso. El artículo 165 refería que los jueces letrados y el procurador de la Suprema Corte de Justicia eran nombrados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado.

La Sección Sexta Capítulo único de la Constitución de 1934 legislaba el régimen municipal.

El punto 7) de la ley 11488 exigía mayoría calificada para la sanción de las leyes que versen sobre: Régimen Electoral, Régimen Municipal y modificación del número de jueces de la Suprema Corte de Justicia.

El artículo 18 de la ley en consideración establecía la nulidad absoluta de todas las reformas, derogaciones, adecuaciones y agregados que realizare la Convención Reformadora apartándose de las disposiciones de la ley de convocatoria.

El artículo 14 de la ley 11488 determinaba que la constitución de la Convención reformadora se iba a regir por el reglamento de la Cámara de Diputados de la provincia de Buenos Aires, hasta que sancione el propio.

En la sesión preparatoria de la Honorable Convención Reformadora, con la oposición de 65 convencionales, aprobó el Reglamento Interno que modificó el art. 16 de la ley 11488. En el artículo 119 establecía que todas las decisiones de la asamblea se debían decidir

por la mitad más uno de los votos del total de los convencionales, siendo que son 138 equivale a 70 votos. Es decir que se necesitaría 70 manos alzadas que autorice a Duhalde volver a ser candidato a gobernador y el justicialismo solo tenía 65.³¹

El sector justicialista, ateniéndose a la ley de convocatoria, entendía que los temas debían ser aprobados con la simple mayoría, la mitad más uno de los convencionales presentes en el momento de considerar cada asunto.³²

**Puntos en desacuerdo:
Mayorías**

PJ: Mitad más uno de los presentes.

Oposición: la mitad más uno de la totalidad del cuerpo.

En caso de empate:

PJ: el voto del presidente valía doble.

Oposición: el voto del presidente no valía el doble.

Despacho de comisión:

PJ: el destino de los despachos de comisión era facultad del presidente.

Oposición: era facultad de la comisión de labor parlamentaria.

Puntos con acuerdos:

Votación por signo

31 EL DIA, La Plata, sábado 1° de mayo de 1994, p. 11

32 EL DIA, La Plata, lunes 30 de mayo de 1994

No nominal, para temas no vinculados con la Constitución, por ejemplo, cuartos intermedios.

En caso de que el presidente no llame a sesión, lo podía hacer la comisión de labor parlamentaria y redactar el orden del día.

Miembros de las comisiones

Labor parlamentaria: 25; Educación y Cultura 25, Asuntos Municipales 25; Comisión redactora 21.

El resto de las comisiones se conformarían con 15 miembros.

En todos los casos se mantenía, proporcionalmente, la relación obtenida por cada fuerza política en las últimas elecciones.

Presupuesto: El presidente ejecutaba y la comisión respectiva lo elaboraba y controlaba.³³

La trama judicial

Con la firma de Juan Carlos Correa, Gilberto Alegre, José Luis Lazzarini, Dardo Ottonello, Sonia Herrera y Omar Basail, en sus condiciones de diputados convencionales, interpusieron una acción de amparo ante el juez criminal de primera instancia de La Plata, Claudio Bernard, para que el fuero regular declarara la nulidad del art. 119 del Reglamento interno de la Convención, sancionado sin el consenso de la

33 HOY, La Plata, domingo 31 de mayo de 1994, p.7

primera minoría, por no adaptarse a lo prescripto en la ley 11488.

Autopercebidos como representantes de la Convención Constituyente³⁷ de la provincia de Buenos Aires se presentaron los convencionales Máximo Heriberto García³⁴, Ricardo Roca y Luis Spinosa recusando al Juez Bernard por no tener jurisdicción en el caso.

Bernard rechaza el pedido y, con fecha 22 de junio de 1994, declara el artículo 119 del Reglamento de la Convención no se ajustaba a la ley que la convocó. Lo mismo hace la Sala IV de la Cámara III de La Plata, con fecha 30 de junio de 1994,³⁵ que confirma en todas sus partes la sentencia de primera instancia, con la firma de los señores jueces: Eduardo R. Delbes, Carlos Alberto Ocampo y Sara B. Rodríguez de González.

Los autodenominados representantes de la Convención Reformadora³⁶ se presentaron a la Suprema Corte Provincial afirmando que la acción de amparo no era la vía apta para resolver el caso. Plantearon también la existencia de conflicto

34 El juez Claudio Bernard amonestó la presentación diciendo que era errónea la representación pues la Convención era Reformadora y no Constituyente. No obstante, lo consideró no esencial y aceptó la personería y los consideró apoderados del vicepresidente Primero de la Honorable Convención. FK.

35 Sentencia registrada bajo el N° 239.

36 En la presentación en la Corte redujeron su representación de la Convención Constituyente a Reformadora.

de poderes entre el Juez de primera instancia interviniente y la Convención Reformadora, que a tenor del artículo 149 inciso 2 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte era la competente para resolver.

El Procurador General Francisco E. Pena dictaminó que la decisión Judicial del Juez Bernard “colisiona con el ámbito de competencia exclusiva y excluyente de la Honorable Convención Constituyente Provincial, invadiendo indebidamente la órbita de la acción de esta última”.³⁷

La mayoría de la Corte siguió el voto de Ernesto Víctor Ghione y anuló, con fecha 7 de julio de 1994, los fallos de primera instancia y de la Cámara III, pues “invadieron ilegítimamente la competencia de la Honorable Convención Reformadora Constituyente³⁸ de la provincia de Buenos Aires” y declaró que había un conflicto de poderes en los términos del art. 149 inciso 2º de la Constitución Provincial.

Señaló en su voto el ministro Ghione:

No puede dudarse que la expresión “poderes públicos del artículo 149 inc. 2º de la Constitución de la Provincia incluye a los poderes Constituyente y Judicial.

37 El Procurador incurre en el error de denominar a la Convención Constituyente a la Reformadora.

38 La mayoría de la Suprema Corte volvió a considerar a la Convención de Constituyente.

Aunque la Honorable Convención Reformadora no sea el llamado “poder constituyente” — denominación que ha de reservarse al “fundacional” como forma originaria de producción de normas fundamentales, no sometida a traba alguna de derecho positivo — lo cierto es que dicha Honorable Convención Reformadora, aunque con existencia derivada, es el poder titular de una competencia específica derivada de la propia Constitución que le da origen”.³⁹

En disidencia votaron los ministros Alberto Pisano y Héctor Negri:

La Honorable Convención Reformadora, por su propia función, está sometida a la ley que la regula y al derecho que debe ajustarse. No existe inhibición alguna para que jueces de la provincia, con arreglo a normas vigentes y el debido resguardo de la defensa en juicio, hayan decidido sobre este punto.

No existe conflicto alguno de poderes entre la jurisdicción Judicial de la provincia de Buenos Aires y la Honorable Convención Reformadora.

En el voto en disconformidad, aludidos los ministros Pisano y Negri, al admitir la legalidad de las sentencias de primera instancia y Cámara aclararon que eran esos órganos los que juzgaban la viabilidad

39 Los señores ministros de la Suprema Corte de Justicia adhirieron al dictamen del Dr. Ernesto Ghione: Miguel A. Mercader, Emilio Rodríguez Villar, Elías H. Laborde, Guillermo D. San Martín. Sentencia registra bajo el N° 527.

del recurso de amparo y no la Suprema Corte que no tenía jurisdicción sobre el asunto.

Resultaba evidente la confusión de Máximo Heriberto García, Ricardo Roca y Luis Spínosa, del Procurador General de la Provincia de Buenos Aires, Francisco E. Pena, y de los ministros de la mayoría de la Suprema Corte en considerar a la Convención como “constituyente” y no como “reformadora”.

Si hubiera sido “constituyente” o, como dice Ghione, “fundacional”, podría tratarse de un conflicto de poderes a dirimirse en el más alto Tribunal bonaerense, pero al ser “reformadora” debe sujetarse a la ley que dio vida y son competentes los jueces ordinarios para juzgar la violación a ella. Como insólitamente dice Ghione: “podría figurarse una eventual infracción de la ley 11488” (sic). De eso se trataba querido maestro y amigo.

El pronunciamiento del más alto tribunal bonaerense obstaculizó el funcionamiento de la Asamblea Reformadora, obligó al oficialismo a concertar el acuerdo con el Modin para alcanzar la mayoría necesaria para permitir la reelección del gobernador Eduardo Duhalde y la convocatoria a un costoso plebiscito para ratificarla.

Pocas veces, en la historia de nuestra provincia, una sentencia hizo tanto daño político e institucional como la referida.

La presidencia de la Comisión de Cultura y Educación

El sector de Convergencia había llegado a un acuerdo con el bloque del Frente Grande, la tercera minoría, por el cual los votos de ambos se unían para conseguir para la UCR las autoridades de la Convención y para el Frente Grande las presidencias de las comisiones.

El Frente Grande tenía varios diputados convencionales que tenían especial interés en la Comisión de Cultura y Educación pues eran gremialistas docentes. Otros, con clara orientación socialista, les atraía esa Comisión ideologizados por el pensamiento del pensador marxista, Antonio Gramsci.⁴⁰

Votadas las autoridades de la Constituyente se pasó a formar las comisiones de trabajo. Nuestra sección Capital pidió la presidencia de la Comisión de Cultura y Educación. Pero no se pudo lograr pues el acuerdo entre los bloques minoritarios le otorgó al Frente Grande la presidencia de esa Comisión, considerada la más importante desde el punto de vista ideológico.

Según la crónica del diario *Hoy* bajo el título: “HABRÍA AUTOCRÍTICA EN EL RADICALISMO” se expresaba:

40 SÁENZ, Alfredo: ciclo de conferencias “Contracultura, Posmodernidad y Poder Político”. Instituto Universitario Libre Brigadier López, ciudad de Rosario, septiembre 2010: Para Gramsci no hay que ir a la estructura, como sugería Carlos Marx, hay que trabajar en la superestructura, hay que trabajar en el nivel intelectual, lo que enseña a pensar y ganarlo, hay que tomar la cultura. Lo último será el cambio.

Fuentes del radicalismo altamente confiables aseguraron que los nueve integrantes del Modeso que se retiraron del recinto el último jueves (16 de junio), estarían planteando una autocritica junto con sus pares: "Porque se han cometido errores múltiples debido a la falta de debate en el bloque".

El Modeso reivindicó presidir la comisión de Educación y Cultura, titularidad disputada con el Frente Grande, actitud que fue "desautorizada" por el presidente del bloque Melchor Cruchaga".

Ese hecho puntual motivó que los convencionales del Modeso se retiraran "para no contestar ni discutir en el recinto".

En tal sentido los voceros manifestaron que en la próxima reunión del bloque radical posiblemente pueda llegarse a un acuerdo en torno a la comisión citada "ya que los dirigentes de la fuerza mayoritaria dentro del bloque (Federico Storani y Juan Manuel Casella) verían con desagrado que la estructura quedara en manos de una tercera fuerza política", en alusión al Frente Grande.⁴¹

El diario *Clarín*, el 23 de junio, señalaba:

Otro tema pendiente es el funcionamiento de las catorce comisiones. EL PJ insiste en reclamar Educación si el radicalismo no la acepta. Los 20 convencionales de Federico Storani y Casella no decidieron sobre la propuesta. El alfonsinismo dio

41 Hoy, La Plata sábado 18 de junio de 1994, p. 7

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

el OK. El Frente Grande también la reclama. EL MODIN no entró en la disputa.⁴²

Se pudieron destrabar y reiniciar las deliberaciones de la Convención, con la designación como presidente de la Comisión de Cultura y Educación al diputado convencional Jorge Barrachia, del sector Convergencia. Lo cual fue solo una formalidad dado que, en la práctica, se desempeñó como si fuera un miembro del Frente Grande, cuyo pensamiento ideológico en los aspectos educativos, se asemejaba.

Yo fui elegido por el bloque del Partido Justicialista como vicepresidente de la Comisión de Cultura y Educación. En la práctica era el representante de la primera minoría.

Conté con el asesoramiento de la Universidad Católica de La Plata, donde ejercí la docencia por 35 años. Debo destacar las decisivas opiniones en materia de educación y cultura del entonces rector de la Universidad Católica, Cayetano Licciardo y la del decano de la Facultad de Derecho de esa entidad, Jorge Oscar Perrino como, asimismo, la del rector del Instituto Superior Juan XXIII de Bahía Blanca, padre Juan José Del Col.

La propuesta justicialista fue que la UCR se quede con las comisiones de Educación, Formas de Democracia Semidirectas, y Poder Judicial; el Frente Grande con las de Poder Legislativo y Defensa del Orden Constitucional; y el Modin con las de presupuesto y

42 Clarín, Buenos Aires, jueves 23 de junio de 1994, p.11

Declaraciones, Derechos y Garantías. El PJ presidió las de Labor Parlamentaria, Ecología y Medio Ambiente, Régimen Electoral, Gobierno Municipal, Redacción y Coordinación General y Poder Ejecutivo.⁴³

El pacto Duhalde-Rico

“Los adversarios solamente pactan cuando hacen un buen 'negocio'”.⁴⁴

La circunstancia de una retribución en los pactos políticos es una constante en la historia política argentina. Ello aconteció con muchos e importantes acuerdos como el *Pacto del Pilar*, del 22 de febrero de 1820⁴⁵; el *Pacto de Benegas*, 24 de noviembre de 1820⁴⁶ y el de *Perón-Frondizi*, febrero de 1958.⁴⁷

La Convención reformadora provincial sesionaba en

43 Hoy, La Plata, lunes 20 de junio de 1994, p.4

44 Consigna del MODIN, lista 37, inscripto en un volante de propaganda para los comicios del 10 de abril de 1994 en la provincia de Buenos Aires, de 22 cm por 13 cm, fondo blanco letras en negro. Volante original en mi poder. FK.

45 ROSA, José M., Historia Argentina, Oriente, Bs. Aires, 1972, t. 3, p. 266.

46 PEREZ, Joaquín, Los primeros gobernadores de la Provincia de Buenos Aires, el año XX desde el punto de vista político-social, Archivo Histórico de la Pcia de Bs. Aires, La Plata, Digital Gráfica SRL, 2002, pp. 207/208.

47 JOFRE, Juan B.; Puerta de Hierro, los documentos inéditos y los encuentros secretos de Perón en el Exilio, Buenos Aires, Sudamericana2015, pp.110 y 123.

La Plata paralelamente a la nacional en Santa Fe.

En la nacional eran constituyentes Eduardo Duhalde, el presidente de la cámara de Diputados de la Nación Alberto Pierri y Aldo Rico.

Duhalde le encarga a Pierri que converse con Rico sobre la posibilidad de un entendimiento con el fin de que los convencionales bonaerenses del Modin le dieran los votos que le faltaba para conseguir aprobar la cláusula reelectiva.

La propuesta de Pierri sedujo a Rico, quien nombró negociadores con la instrucción de la realización de plebiscito obligatorio donde el gobernador debía alcanzar el 50 %. Se comprometía el Modin aprobar la inclusión en la constitución de una norma que permitiese la privatización de los casinos, que Duhalde deseaba con obstinación.

El denominado “Acuerdo por los bonaerenses” comprendía entre otros puntos, una expresa condena al aborto; posibilidad de implantar la enseñanza religiosa en las escuelas públicas y eliminación de los proyectos electorales como la Ley de Lemas: fue anunciado oficialmente por Rico y Duhalde, el 9 de agosto de 1994, durante una conferencia de prensa en la Universidad del Litoral, en Santa Fe.

Yo había conocido al General Juan Enrique Guglielmelli y a su hijo Carlos. Con este último mantenía una relación amical. Carlos con su madre, María Nelly Vilas, atendía un local de antigüedades de la cultura precolombina peruana- boliviana, en la calle Guido de Buenos Aires. Las vitrinas atesoraban

joyas de platería de gran valor. El local estaba resguardado con rejas, alarmas y cámaras. Carlos era asesor del Modin en la Convención Reformadora. Cuando llegaron las noticias de un supuesto pacto entre Aldo Rico y Eduardo Duhalde, por el mes de agosto de 1994, fui a verlo a su negocio por si tenía alguna precisión sobre el tema. La madre me atendió y me dijo que Carlos había ido al banco, que lo esperara pues volvía. Mientras estaba aguardando la llegada, el teléfono sonaba con amigos de la señora y ella les precisaba que, en la noche del día anterior y la madrugada de ese día, se había concluido en su local el pacto entre representantes de Rico y de Duhalde. En su relato, repetido en varias comunicaciones, hacía hincapié en que no era la reelección del gobernador lo importante, sino que el acuerdo era más profundo en sus contenidos pues abarcaba un ambicioso proyecto de gobierno, con la participación del Modin, en el supuesto que Duhalde fuera reelecto. Como Carlos no volvía y yo ya tenía por su madre la información que buscaba, me retiré luego de unas dos horas de espera.

Tiempo después, comenzaron los rumores de que, dentro del entendimiento, se habían establecido “contraprestaciones económicas” de Duhalde a Rico⁴⁸. Conjuré que, si hubo algún anticipo de dinero, el local de los Guglialmelli era un lugar ideal por la seguridad que tenía. Pensé también que Carlos pudo haber ido al banco, según me dijo su madre,

48 CRUCHAGA, Melchor R.; El Constituyente “seminario de la Reforma Bonaerense”; La Plata, 5 de septiembre 1994, Año 1 N° 20, p.2.

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

en la mañana que fui a verlo, para ponerlo a mejor recaudo.

La cultura y la educación en la Constitución bonaerense de 1994

Ya me he referido a la consagración de la principalidad de la familia en la educación, en la reforma bonaerense de 1994.

El artículo 198 de la nueva Constitución bonaerense considera: “La cultura y la educación como derechos humanos fundamentales”.

El artículo 199 de la nueva Carta Magna expresó:

La Educación tendrá por objeto la formación integral de la persona con dimensión trascendente y respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, formando el carácter de los niños en el culto de las instituciones patrias, en el respeto a los símbolos nacionales y en los principios de la moral cristiana, respetando la libertad de conciencia.

La Convención Constituyente introdujo el concepto de la educación con dimensión trascendente. La cláusula acogía la tradición justicialista y radical y la doctrina del Congreso Pedagógico Nacional de 1986.

El gobernador Domingo Mercante, en los fundamentos de la ley de educación provincial 5650, afirmaba:

La visión total de la realidad que se le transmitirá al niño es la concepción teocéntrica cristiana del

mundo y de la vida, tiene por objeto infundir en el niño la moral contenida en el Decálogo de la ley de Dios y en el Sermón de Cristo sobre la Montaña, ya que sus principios son el **ethos** que anima nuestra civilización.⁴⁹

Al inaugurar el Congreso Pedagógico Nacional, el 4 de abril de 1986, el presidente Raúl Alfonsín sostuvo:

El Congreso pedagógico quiere manifestar la convergencia de los argentinos hacia la formación integral, armónica y permanente de la persona humana en la totalidad de sus dimensiones constitutivas..., la trascendencia hacia los valores y definitivamente hacia Dios, razón y fin supremo de la existencia.

El Congreso Pedagógico Nacional, por dictamen unánime, había establecido que la educación debía cumplir:

La tarea humanizadora, orientando al hombre al desarrollo pleno de su ser en sus dimensiones biológicas, psíquica, social, cultural, espiritual y trascendente, entendiendo esta dimensión como trascendencia en lo cultural, lo social, lo histórico, lo religioso, según sus propias opciones.

En cuanto a la formación del carácter de los niños en el culto a las instituciones patrias, cuyo texto de la Constitución de 1934 se respetó, debe entenderse en el sentido que el Diccionario de la Real Academia

49 Mercante, Domingo A; op. cit., pp5 y 6.

Española confiere a la palabra culto en su acepción 7º: "Por extensión, admiración afectuosa de que son objeto algunas cosas. Rendir culto a la belleza".

La admiración del mundo creado es una consecuencia de la bondad de la vida misma. Y en este caso de lo conformación institucional de nuestra vida democrática desde los cabildos que abrieron la emancipación americana a los actuales poderes de la república representativa.

Le agregamos: "El respeto a los símbolos nacionales expresión genuina de nuestra identidad nacional".⁵⁰

En el artículo 200, inc. 3.º quedó establecido que la educación garantiza una calidad educativa equitativa que enfatice en el acervo cultural reafirmando la identidad bonaerense.

El mismo artículo en su inciso 4.º determinó: "El servicio educativo podrá ser prestado por otros sujetos, privados o públicos no estatales, dentro del sistema educativo provincial y bajo control estatal".

De este modo la educación privada adquirió una jerarquía constitucional que no tenía. La norma retoma la doctrina de las constituciones nacional y provincial de 1949.⁵¹

50 KLAPPENBACH, Fernando R.; DIARIO DE SESIONES DE LA HONORABLE CONVENCIÓN CONSTITUYENTE, 9º Sesión, 1 de setiembre de 1994, pp, 1487/1488.

51 CONSTITUCION NACIONAL DE 1949, art. 37 apartado IV.

El artículo 204 prescribió que el gobierno y la Administración del sistema cultural y educativo provincia estarán a cargo de una Dirección General de Cultura y Educación autárquica, con rango de ministro.

El director general de Cultura y Educación contará con el asesoramiento de un Consejo General de Cultura y Educación, presidido por el director general e integrado por diez miembros designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados: seis de ellos por propia iniciativa y los otros cuatro a propuesta de los docentes.

Este artículo modificó sustancialmente la estructura administrativa del Consejo General de Educación que, en la Constitución de 1934, le era confiada a un Consejo General de Educación y a un director general de escuelas. Es decir que el órgano rector era del Consejo, no el director general.

En la actual redacción, el Consejo pasó a ser un órgano no directivo sino de asesoramiento. Esta modificación, fue impuesta por la Directora General de Escuelas cuando deliberaba la Convención, Graciela Giannattasio, a través de convencionales liderados por Aníbal D. Fernández, por ese entonces intendente de la ciudad de Quilmes, con lo cual ganó mucho más poder dentro de la Dirección General de Cultura y Educación. Yo estaba en desacuerdo pero en minoría, pues el sector de los convencionales

CONSTITUCION DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES DE 1949; capítulo V art.36.

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

duhaldistas apoyaron la modificación.

La enseñanza religiosa en las escuelas

Yo había adelantado mi intención de propugnar en la Convención Reformadora:

Una cláusula, como existen en las constituciones modernas, en el sentido que si los padres lo quieren, el Estado provea, fuera de horario y como materia no promocional, la educación religiosa-moral.

El Estado tiene que ser laico pero no hacer laicidad. Es decir, no creer que la religión es un enemigo. Si los padres lo piden, el Estado debe permitir que el educando reciba las dos lecciones: la temporal y la espiritual.⁵²

Muchos convencionales tenían la misma idea tradicional del peronismo.

El Modin tenía el igual propósito de incluir el precepto constitucional de la enseñanza religiosa en las escuelas.⁵³

El atentado contra la AMIA, ocurrido el 18 de julio de 1994, con un saldo de 85 personas fallecidas y 300 heridos, ocurrió mientras sesionaba la Reformadora bonaerense. El presidente de esa institución, Rubén Beraja, se apersonó en la Convención y nos relató

52 KLAPPENBACH, Fernando R.; diario HOY, lunes 4 de abril de 1994, p.8.

53 Diario EL DIA, La Plata, viernes 5 de agosto de 1994, p. 1.

lo traumático que fue para la comunidad judía la experiencia de la educación religiosa durante las primeras presidencias justicialistas. Si bien entendió que, en nuestro proyecto, la educación religiosa era para todas las religiones aceptadas por el Estado argentino y no obligatoria, pensaba que era inconveniente.

La Delegación de Asociación Israelita Argentina (DAIA) filial La Plata expresó su rechazo a nuestro proyecto educativo que mantenía la formación de los niños de acuerdo con la moral cristiana.⁵⁴

Muy sensibilizada por los atentados recientes, la oposición judía en estos aspectos educativos fue, en mi opinión, la razón más importante para desistir la inclusión de la enseñanza religiosa, atento que no había consenso suficiente en nuestro bloque consustanciado con el dolor de esa comunidad.

Epílogo

El intento de reformar la Constitución de la provincia de Buenos Aires de 1990 adolecía dos aspectos principales que determinaron su fracaso. El primero, político: la ciudadanía no quería la reelección del gobernador Antonio Cafiero; el segundo, la instrumentación a través de la enmienda, sin llenar los requisitos que la Constitución exigía para ese excepcional atajo.

54 Diario EL DIA, La Plata, viernes 2 de septiembre de 1994, p.10.

— Klappenbach, F. R.. *Núcleos ideológicos y aspectos...* (227-276)

Desde el punto de vista ideológico se legislaba la principalidad educativa del Estado.

Todo ello determinó, para regocijo de los viejos conservadores, la legitimación de la fraudulenta constitución de 1934.

La Convención Reformadora de 1994 fue exitosa, entre otros aspectos, porque la Constitución sancionada tenía, al decir de Arturo Sampay, “el espíritu” de la Constitución Justicialista de 1949, especialmente en Cultura y Educación y porque los bonaerenses querían la reelección de Eduardo Duhalde.

Los conflictos que se suscitaron en el seno de la Convención se debieron a los errores políticos del Gobernador en concertar la convocatoria con un sector minoritario de la UCR. y la desactivación de la campaña electoral, que restó representación al justicialismo en la Asamblea Reformadora. También se debieron a las corrientes Modeso y Convergencia de la UCR bonaerense al trasladar sus internas partidarias al seno de la Convención.

La desacertada intervención de la Suprema Corte Provincial complicó también el normal desenvolvimiento reformador.

Este trabajo reproduce la conferencia dictada por el autor en el marco de la Jornada Internacional de Derecho Constitucional a 30 años de la reforma de la Constitución Argentina y de la provincia de Buenos Aires, del 22 de agosto de 2024, y forma parte de la Obra Colectiva del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, en edición con la Editorial Ábaco.

Dr. Fernando R. Klappenbach
Diputado Convencional (M.C.)

La reforma del proceso administrativo 1994 – 2003

Lo hecho, lo frustrado y lo que resta por hacer

Por Carlos A. Botassi

I - Introducción

Para comprender el verdadero alcance y trascendencia del sistema procesal administrativo establecido por la reforma constitucional bonaerense de 1994, consolidado con la sanción del Código Procesal en 1997 y puesto efectivamente en marcha en diciembre de 2003, es necesario detenerse en sus antecedentes. Para medir hasta dónde se ha llegado es menester recordar el punto de partida.

En la década de 1990, con anclaje en los artículos 18 y 43 de la Constitución Nacional, y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 22.11.69, ratificada en Argentina por ley 23054 de 1984), la garantía de “debido proceso” hacía mucho tiempo que se había consolidado como un derecho humano fundamental, habiendo sido invocada en numerosos fallos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación para anular actos administrativos que se pretendían irrevisables judicialmente y para dejar sin efecto sentencias de tribunales inferiores dictadas sin la adecuada intervención del particular afectado. La idea-fuerza de que la conducta estatal, especialmente sus decisiones formales, debían ser susceptibles de

control judicial “suficiente”, colocando bajo revisión a los hechos que se tuvieron por probados y al derecho invocado por la administración, a finales del siglo XX ya constituía un dogma que marcaba un hito en la evolución del Estado en juicio y en materia de limitaciones a los abusos del Poder¹.

Actualmente cualquier persona física o jurídica puede hacer que los jueces revisen la legalidad y razonabilidad del proceder oficial y de las resoluciones administrativas nacionales, provinciales, municipales o provenientes de cualquier sujeto público o privado que ejerza funciones administrativas. Pero no siempre fue así.

Como es de suponer, la consagración de tales garantías constitucionales no ha sido sencilla y el caso de la provincia de Buenos Aires resulta un ejemplo paradigmático de lucha —todavía inconclusa— en

1 La Corte Suprema de Justicia de la Nación, tres décadas antes había decidido que en todos los casos el pronunciamiento de los órganos administrativos debía quedar sujeto a un “control judicial suficiente”, a fin de impedir que aquellos ejerzan un poder absolutamente discrecional, sustraído a toda especie de revisión ulterior; aclarando que control judicial suficiente significa el reconocimiento a los interesados del derecho a interponer acciones o recursos ante el Poder Judicial al igual que la negación a los órganos administrativos de la potestad de dictar resoluciones finales en cuanto a los hechos y al derecho controvertidos; de manera que si las reglas que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial, existe agravio constitucional originado en privación de justicia (causa Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José, 19.9.1960, Fallos 247:646 y La Ley 100-58).

favor del Estado de Derecho hasta superar en gran medida (aunque no absolutamente) las barreras legal y jurisprudencialmente opuestas al acceso al proceso contencioso administrativo. De todos modos, aporta esperanza reconocer que, aunque algunos obstáculos que enumeramos hace casi cuatro décadas² siguen presentes, es extenso el camino recorrido y la reforma de 1994-2003 significó un impulso muy significativo.

Cabe reparar en que a principios del siglo xix en el ámbito nacional imperaba el dogma de la indemandabilidad del Estado, mientras en la provincia de Buenos Aires, aunque con restricciones que hoy serían intolerables, podían someterse a juicio las decisiones materialmente administrativas controlando su legitimidad y anulándolas cuando violaran en orden jurídico.

La resistencia al cambio alcanza a legisladores y jueces que, salvo excepciones, no se esfuerzan por mejorar el control judicial de la conducta de los administradores. Bien se sabe que el “presidencialismo” extremo amortigua la independencia de los restantes poderes. Existe una natural resistencia al cambio prohijada por el estamento gubernativo que se beneficia con las limitaciones opuestas al control judicial de sus decisiones. Ello permite llevar a cabo abusos y desaguisados de variada índole, denunciados incansablemente por la doctrina³ pero con escasos

2 Botassi, Carlos Alfredo, *Legalidad y control judicial de la Administración Pública en la provincia de Buenos Aires*, La Ley 1987-B-1118.

3 Entre muchos otros pueden citarse las siguientes obras: Fernández, Tomás-Ramón, *De la arbitrariedad de la Administra-*

—casi nulos— efectos prácticos. Ensayamos en otra oportunidad una síntesis que podía considerarse pesimista pero que el paso del tiempo confirma constantemente: “Si el Estado es la más compleja de las creaciones del género humano, el pleno sometimiento de quienes detentan el poder al orden jurídico es la más ambiciosa de sus fantasías”⁴.

II - Las constituciones anteriores a 1994

ción, Civitas, Madrid, 1994; García de Enterría, Eduardo, Democracia, jueces y control de la Administración, Civitas, Madrid, 1995; García Hamilton, José Ignacio, El autoritarismo hispano-american y la improductividad, Edit. Sudamericana, Buenos Aires, 1998; D'Argenio, Inés, La Justicia Administrativa en Argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional (con prólogo de Agustín Gordillo), FDA, Buenos Aires, 2003; García de Enterría, Eduardo, Democracia, Ley e inmunidades del poder, Palestra, Lima, 2004; Nino, Carlos, Un país al margen de la ley (Cap. II La anomia en la vida institucional de la Argentina), Ariel, Buenos Aires, 2005 (reedición); Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo (La defensa del usuario y del administrado), FDA, Buenos Aires, t. 2, 2006; D' Argenio, Inés, La Administración Pública. Crisis del sistema autoritario, Editora Platense, La Plata, 2012; Mairal, Héctor, Control judicial de la Administración Pública, La Ley, Buenos Aires, 2021.

4 Botassi, Carlos Alfredo, Estado formal y real en Argentina, en Farlei Martins Riccio de Oliveira (Coordinador), Direito Administrativo Brasil-Argentina. Estudos em homenagem a Agustín Gordillo; Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2007, p. 366.

La primera Constitución del entonces Estado Soberano de Buenos Aires fue sancionada el 11 de abril de 1854, rigió en tal carácter hasta 1860 cuando la “hermana mayor” de las provincias rioplatenses se reintegró a la Confederación Argentina, aunque mantuvo su vigencia como Carta provincial hasta 1873. Reconoció que “la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio se delega en los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial” (art. 15); señalando expresamente la independencia del Poder Judicial y colocando a su cabeza al “Tribunal Superior de Justicia”, cuyos miembros eran designados por el gobernador a propuesta en terna del Senado (arts. 118, 120 y 121). Previó la futura creación de un fuero especializado en materia contencioso administrativa al disponer que “las causas contenciosas de hacienda y las que nacen de contratos entre particulares y el gobierno, serán juzgados por un tribunal especial, cuyas formas y atribuciones las determinará la ley de la materia” (art. 129).

Luego de la reforma de la Constitución Nacional en 1860, reincorporada Buenos Aires al Estado Federal, se hizo necesario adaptar la Constitución local de 1854 a la realidad política que encontraba a la provincia como un nuevo Estado miembro de la Federación. Se dictó entonces la Constitución de 1873 que reemplazó la denominación de “Tribunal Superior de Justicia” por “Suprema Corte de Justicia” (arts. 155 y 217 inc. 1.º) y estableció que esta “decide las causas contencioso administrativas, en única instancia y en juicio pleno, previa denegación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los derechos que se gestionen por parte interesada. La ley determinará el plazo dentro del cual podrá deducirse la acción

ante la Corte y los demás procedimientos de este juicio" (art. 156 inc. 3.º). Asimismo, dispuso que "en las causas contencioso administrativas la acción debe deducirse ante la Suprema Corte en el perentorio término de un mes, contado desde la fecha en que la autoridad administrativa hizo saber su resolución a la parte interesada" (art. 218). De esta manera, la Constitución de 1873 fue la primera Carta provincial que se refirió al proceso contencioso administrativo erigiéndose en un primigenio antecedente para las restantes constituciones provinciales argentinas.

La siguiente Constitución fue sancionada en 1889 y las modificaciones con relación a su predecesora fueron mínimas. Como dato de interés cabe recordar que declaró que "la capital de la provincia de Buenos Aires es la ciudad de La Plata" (art. 4) y elevó de tres a cuatro años la duración del mandato del gobernador y del vicegobernador (art. 118).

Poco tiempo después del dictado de la Constitución de 1889 comenzaron a oírse voces que reclamaban su reforma⁵ pero esta se concretaría recién en el año 1934. Su principal innovación en nuestra materia fue establecer que "en las causas contencioso administrativas, la Suprema Corte de Justicia tendrá facultad de mandar cumplir directamente sus sentencias por las oficinas o empleados respectivos si la autoridad administrativa no lo hiciere dentro de los

5 Una exposición de las vicisitudes sufridas por los intentos de reforma de la Carta de 1889 puede verse en Cueli, Hugo Oscar: *Constitución de la Provincia de Buenos Aires Anotada y Comentada*, La Ley, Buenos Aires, 1996, págs. 40 y sigs.

sesenta días de notificada la sentencia. Los empleados a que alude este artículo serán responsables por la falta de cumplimiento de las disposiciones de la Suprema Corte de Justicia" (art. 151). Esta regla fundamental, que coloca al cumplimiento de las sentencias de condena contra el fisco en su justo sitio de condición esencial del Estado de Derecho, ha sido mantenida en el texto constitucional actualmente vigente (art. 163).

La reforma de la Constitución Nacional en el año 1949 motivó una medida similar en la provincia de Buenos Aires. La nueva Carta local tuvo una vida tan breve como la que soportó su inspiradora ya que fue derogada en 1956, retornando la vigencia del texto de 1934.

III - El código de Varela

El denominado código de Varela⁶ que rigió entre 1906 y 2003, la Constitución de 1934, y sobre todo la interpretación restrictiva de sus disposiciones por parte de la Suprema Corte de Justicia, limitaron la citación a juicio de la provincia y de sus municipalidades por cuestiones de derecho público y restringieron extraordinariamente el alcance del examen de la conducta oficial. La materia contencioso

6 Así llamado en alusión a su autor, Luis Vicente Varela (1840-1911), quien fue sucesivamente magistrado de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Varela redactó un cuerpo legal de avanzada para su época, aunque, lógicamente, se tornó anacrónico un siglo más tarde.

administrativa quedó acotada a la revisión de la legalidad de actos administrativos definitivos, imponiendo la necesidad del reclamo previo al juicio y el agotamiento recursivo de la vía administrativa. Se establecieron plazos breves de caducidad de la acción y se consagró la regla inexorable del *solve et repete* en materia tributaria.

La llamada “habilitación de la instancia” judicial se transformó en un “antejuicio” o examen previo de presupuestos procesales, en cuyos alambicados vericuetos sucumbieron numerosos derechos sustanciales.

Para colmo la legitimación activa, hasta 1996, estuvo limitada a los titulares de derechos subjetivos, dejando sin acceso al sistema judicial a quienes invocaran intereses legítimos, difusos o colectivos.

La consecuencia es imaginable: el enseñoramiento del abuso de poder y la sobrevivencia de infinitos actos administrativos ilegítimos.

IV - El cambio impuesto a partir de 1994

Como es natural, el principal cambio del proceso administrativo fue producto de la reforma constitucional de 1994⁷. Y, aunque como veremos

⁷ Al mismo tiempo que en Santa Fe sesionaba la Convención Constituyente Federal, en la ciudad de La Plata se discutía la enmienda de la Carta local, la cual se concretó en septiembre de 1994. Las principales reformas en materia de Derecho Público que, de una u otra manera, se vinculan con el contencioso admi-

más adelante, son muchos los estigmas del antiguo régimen que perduran— la situación ha mejorado ya que el juicio contencioso administrativo ha encontrado su basamento constitucional no solo en el artículo 166, sino fundamentalmente en el artículo 15: “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes

nistrativo, son las siguientes:

- 1) Consagró a nivel constitucional los procesos de *habeas corpus*, *habeas data* y amparo (art. 20).
- 2) Estableció que la Provincia “ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio, incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada” (art. 28).
- 3) Reconoció como derechos sociales la protección de la familia, de la niñez, de la juventud, de la mujer, de los discapacitados, de los ancianos, de los indígenas y de los veteranos de guerra. También colocó a cargo del Estado promover el acceso a la vivienda y a la salud (art. 36) y la defensa de los consumidores y usuarios (art. 38).
- 4) Declaró que la Provincia se reserva el monopolio de los juegos de azar (art. 37).
- 5) Reconoció y garantizó el derecho de las entidades intermedias de variada gama, incluyendo colegios y consejos profesionales (art. 40).
- 6) Prohibió la delegación de facultades de un Poder a otro (art. 45).
- 7) Creó la figura del Defensor del Pueblo (art. 55).
- 8) Contempló el funcionamiento del Consejo de la Magistratura (art. 175).

carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial”.

En correlato con el imperativo del artículo 5 de la Constitución Nacional de 1853⁸, el Preámbulo de la Carta provincial informa la intención del Poder Constituyente de “afianzar la justicia”. En esa dirección la Sección Sexta (artículos 160 a 189) de la Constitución reformada organiza y regula el Poder Judicial, el cual “será desempeñado por una Suprema Corte de Justicia, Cámaras de Apelación, Jueces y demás Tribunales que la ley establezca” (art. 160).

La competencia *ratione materiae*, junto con las características medulares del proceso contencioso administrativo, fue definida en el párrafo final del artículo 166: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

8 CN, art. 5: “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones, el Gobierno Federal garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

Transcurridos tres años desde la reforma constitucional se sancionó la ley 12008 (B.O. 3.11.1997) que aprobó el Código Procesal Administrativo, posteriormente modificado por las leyes 12310, 13101, 13325 y 14437.

Debido a que la Suprema Corte entendió que la nueva regulación debía entrar en vigencia una vez puestos en funcionamiento los juzgados de primera instancia encargados de aplicarla y, fundamentalmente, en razón del poco interés de las autoridades en hacer efectivo un régimen que acentuaría el control de su conducta, la reforma recién se hizo efectiva en diciembre de 2003. Tres meses antes, el 19 de septiembre de 2003, se publicó la ley 13101, causante de un retroceso legislativo que muestra a las claras las acechanzas y dificultades que aparecen en el camino hacia el pleno estado de derecho. La contrarreforma fue producto de un proyecto del Poder Ejecutivo y dio por tierra con varias mejoras al sistema de defensa del ciudadano contra los abusos del poder que había consagrado la ley 12008⁹.

9 La nota de fundamentación de la ley 13101 en una paradoja no exenta de hipocresía, comienza por reconocer que el Código aprobado por la Ley 12.008 establecía “un sistema contencioso administrativo que ponía a nuestra Provincia en sintonía con las legislaciones más avanzadas del derecho comparado en esta materia”. Sin embargo, alejando una vez más las palabras de la realidad, el texto expreso del proyecto luego convertido en ley se dedica puntualmente a desbaratar —precisamente— aquellos aspectos del nuevo Código que lo colocaban entre las legislaciones más desarrolladas del Planeta.

Aspectos claves del nuevo régimen, como la pretensión prestacional, el acceso a la jurisdicción, las medidas cautelares y el enjuiciamiento directo de las ordenanzas municipales recibieron cambios evidentemente destinados a agravar la posición del particular dentro del proceso y enderezados a revivir los privilegios de los gobernantes (disfrazados desde antaño como justas y necesarias “prerrogativas” del Estado) que la reforma había morigerado.

Más allá del paso atrás que significó la sanción de la ley 13101, la eliminación de la competencia originaria de la Suprema Corte, la sanción del nuevo Código Procesal Administrativo y la organización judicial del nuevo sistema mediante la ley 12074, significaron un cambio sustancial en el régimen de juzgamiento de los casos vinculados con la función administrativa del Estado y de otras personas que actúan por delegación de potestades públicas. Desde entonces, cuando se analice el desarrollo del sistema de defensa del ciudadano resultará insoslayable recordar tres momentos esenciales: la entrada en vigencia en el año 1906 del Código redactado por Luis V. Varela un año antes, la reforma constitucional de 1994 (arts. 15 y 166) y la puesta en marcha del nuevo régimen en diciembre de 2003 a través de la ley 12008 y sus reformas.

El contencioso limitado a la revisión de la legalidad de actos administrativos preexistentes había sido impuesto por la Constitución de 1934, aceptado de buen grado por la Suprema Corte que gestó una jurisprudencia todavía más restrictiva, haciendo que durante casi un siglo este proceso (erróneamente

calificado de “especial”¹⁰) estuviera lejos de significar una herramienta eficaz para garantizar el derecho fundamental de defensa en juicio que emanaba del artículo 18 de la Constitución Nacional y su doctrina.

En el sistema anterior a 1994, la competencia única y originaria de la Suprema Corte quedó limitada al conocimiento de aquellos pleitos en los cuales un particular¹¹, invocando la titularidad de un derecho subjetivo¹², pretendía la anulación de un acto administrativo, expreso o tácito¹³, dictado en

10 En rigor, así como el Derecho Administrativo debe considerarse el “derecho común” de la Administración Pública, el proceso administrativo es tan “común” al juzgamiento de la conducta estatal como el proceso civil y comercial es “común” para los vecinos y comerciantes y el proceso laboral es “común” para empleadores y dependientes. Claro está que si se prefiere destacar las notas diferenciadoras todos esos procesos pueden considerarse “especiales” en razón de las diferentes materias reguladas, sin que nada se agregue desde el punto de vista sustancial. El problema surge cuando el carácter “especial” se invoca para coartar el acceso a la jurisdicción (plazos breves de caducidad, legitimación reducida), imponer recaudos superfluos (reclamo previo, agotamiento recursivo) y consagrar privilegios procesales para el Fisco (estricto carácter revisor de actos reglados preexistentes, amplia requisitoria del *solve et repete*, etc.).

11 Excepto el caso excepcional de la demanda del Fiscal de Estado contra la Provincia (art. 9 C.P.A.)

12 Recién en 1995, al sentenciar el caso Rusconi, la Suprema Corte legitimó expresamente a quienes detentan intereses legítimos.

13 La necesidad de “acto” generó la ficción de que el silencio (es decir una omisión formal que, precisamente, por ser silencio nada dice) era en realidad un acto tácito denegatorio de la pre-

ejercicio de facultades regladas¹⁴, por funcionarios pertenecientes a la Administración Pública provincial o municipal¹⁵. Por esta razón, aunque pueda parecer una obviedad, resulta de una importancia capital lo afirmado por el Alto Tribunal en el séptimo considerando de la sentencia dictada en *Consorcio de Gestión del Puerto de Bahía Blanca c/ Pentamar S.A*¹⁶: la reforma constitucional de 1994, al derogar el art. 149 inc. 3º de la Carta de 1934, introdujo una nueva cláusula general de la materia contencioso administrativa, haciendo “que la atribución de la competencia contencioso administrativa debe responder al mandato constitucional enunciado en el art. 166, *in fine*”.

Toda la doctrina que analizó la nueva normativa constitucional destacó su trascendencia y celebró la clausura de un sistema contencioso administrativo restringido¹⁷. Se corrigió de esa manera un atraso

tensión del particular.

14 Los componentes discrecionales de la decisión atacada quedaron exentos de revisión judicial (arts. 28 inc. 2º y 29 inc. 1º del Código de 1906).

15 Durante demasiado tiempo, a contramano de la evolución de la teoría objetiva que reconocía que determinadas decisiones del P.L. y del P.J. eran claros y concretos actos administrativos, la Suprema Corte negó su justiciabilidad haciendo una interpretación estricta de las palabras del art. 1 del Cód. de Varela que no incluía otros ámbitos estatales como no fueran la Administración propiamente dicha.

16 Sent. del 23.10.2002, J.A. 2002-IV-62.

17 Ver, en este sentido y entre muchos otros, Cassagne, Juan Carlos, Lineamientos generales del Código contencioso adminis-

incommensurable ya que, mientras otras provincias que originariamente habían tomado como fuente aquel Código de 1906 lo modificaban sustancialmente, el “Primer Estado Argentino” quedó congelado en el último puesto hasta el año crucial de 1994, cuando se reemplazó la añeja cláusula del contencioso administrativo revisor por la establecida en la parte final del art. 166 antes transcripta.

V - La década perdida

La nueva norma constitucional no fue acatada por el Congreso, que estaba obligado a reglamentarla, hasta el año 1997 cuando se sancionó la ley 12008. Tampoco mereció la atención del Poder Ejecutivo, excepto para tratar de demorar su entrada en vigencia y, de paso, propiciar la reducción de sus mejoras mediante el proyecto que se transformó en la nefasta ley 13101. Una vez más se puso en evidencia que quienes tenían a su cargo la legislación y la administración de la Provincia preferían que rigiera un sistema de control judicial diseñado para el siglo xix por la legislación española de 1888, inspiradora del código de Varela.

El Poder Ejecutivo de entonces, a cargo del gobernador Carlos Ruckauf, demoró extraordinariamente la implementación del Nuevo Fuero¹⁸, que recién vería

trativo de la Provincia de Buenos Aires en el marco de la tutela judicial efectiva, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2^a edición, 2004, pág. 23.

18 La Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a pesar de haber sancionado su Código en fecha posterior al de nuestra Provincia lo

la luz en diciembre de 2003, frente a la pasividad de la Suprema Corte de Justicia que, siete años después de la reforma constitucional, debió sentenciar la demanda de amparo deducida el día 7 de julio de 2001 por el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires ante el Tribunal de Casación Penal, denunciando la ilegalidad en que se incurría al no hacer lo debido para acatar la manda del constituyente. Recién un año más tarde, el 4 de julio de 2002, dicho Tribunal se declaró incompetente. El Colegio de Abogados recurrió entonces ante la Suprema Corte de Justicia Bonaerense la cual, por mayoría, dictó sentencia el 19 de marzo de 2003 haciendo lugar parcialmente a la demanda.

Con la firma de los Dres. Juan Carlos Hitters, Hilda Kogan, Daniel Fernando Soria, Eduardo Julio Pettigiani, Héctor Negri, Francisco Héctor Roncoroni, Eduardo Néstor de Lázzeri y Juan Manuel Salas, la Suprema Corte declaró “manifestamente arbitraria la demora de la provincia de Buenos Aires en la puesta en funciones del fuero contencioso administrativo previsto por la Constitución de la Provincia (arts. 20 inc. 2º, 166 párrafo final, 175, 215, 217, en concordancia con el art. 15, todos de dicha Constitución...)”¹⁹.

puso antes en funcionamiento al no padecer la resistencia del sector político.

19 SCBA, “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c/ Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”, sent. del 19.3.2003, publicada en J.A. 2003-II-152, con nota de Carlos A. Botassi y Augusto Mario Morello, “Amparo por omisión política: la puesta en marcha del fuero contencioso administrativo en la Provincia de

Comentando aquella trascendental sentencia junto a Augusto Mario Morello, señalamos que son numerosos los pasajes del fallo en los cuales la Suprema Corte destaca el “visible interés público e institucional” o “el carácter eminentemente institucional que encierra la materia en debate” (voto del Dr. Soria, consideración de la primera cuestión). Por ese sendero el decisorio expresamente deslinda las responsabilidades de cara a la manda constitucional incumplida, ya que el Poder Ejecutivo, a pesar de haber dictado sendos decretos determinando cuáles serían los tribunales que comenzarían a funcionar, cayó luego en un estado de inactividad, que el fallo califica como “antijuridicidad por omisión”, resaltando que los otros dos Poderes cumplieron con sus obligaciones, toda vez que la Legislatura dictó las leyes pertinentes (ley 12074 de organización del Fuenro y ley 12008 que aprobó el Código de la materia) y la Suprema Corte asumió la competencia transitoria para evitar la privación de justicia derivada de la mora oficial (voto del Dr. Hitters, segunda cuestión, numeral II, apartados 2 y 3).

No resulta extraño que tratándose de disputas regladas por el Derecho Público los enfrentamientos políticos salgan a la luz, aunque no es menos cierto que, en tales coyunturas, los jueces se muestran poco dispuestos a decidir el fondo del asunto y eluden el compromiso cobijándose bajo el manto de la falta de legitimación activa²⁰. Por ello cabe celebrar que

Buenos Aires”, J.A., 2003-II-172.

20 Ver, en este sentido, las agudas reflexiones de Bidart Campos, Germán J., *La legitimación procesal activa de los legisladores*, La Ley

el cimero Tribunal Provincial no haya rehuido el desafío.

Sin llegar a configurar, al menos en sentido técnico-jurídico, un conflicto de poderes resulta innegable que la sentencia constituye un severo llamado de atención al Poder Ejecutivo y ello explica la ausencia de rúbrica del Dr. Luis Esteban Genoud que antes de asumir en la Suprema Corte se había desempeñado como Ministro de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Existen por lo demás pasajes marcadamente admonitorios dirigidos al Gobierno Provincial. Así, luego de recordar que a fines del año 2000 el Poder Ejecutivo informó a la Suprema Corte que “en un breve plazo el fuero se encontrará en condiciones de funcionar”, la sentencia resaltó que, hasta la fecha de su dictado, ni siquiera se habían remitido al Senado la totalidad de los pliegos de nombramiento de los postulantes a jueces que fueron seleccionados por el Consejo de la Magistratura²¹. La modorra oficial no se sacudió a pesar de haberse incluido la partida del caso en la Ley de Presupuesto del año 2001, y aun

1997-E-564, y *Desde Tierra del Fuego se nos da una buena lección sobre la legitimación de los miembros de los órganos legislativos*, La Ley 1998-F-77.

21 Este episodio confirma una obviedad: las autoridades administrativas no desean ver mejorado el sistema judicial de control de sus actos y, además, demuestra que no solo se considera lícita la rutina de engañar a los ciudadanos, sino que, bajo determinadas circunstancias, no existe empacho por parte del Ejecutivo a la hora de embaucar también a los otros Poderes del Estado.

cuando, “en ejercicio de funciones de gobierno”, la Suprema Corte solicitó al Gobernador la necesidad de incorporar al Presupuesto del año 2003 la partida necesaria para la inauguración del Fuero.

En definitiva, tal como lo recuerda el voto del Dr. Soria (numerales II.5.f y II.5.g.), el artículo 40 de la ley 12310, al reformar el art. 27 de la Ley 12.074, había removido todo plazo fatal para implementar el nuevo fuero²². Sin embargo, existiendo un mandato concreto del constituyente no resultaba posible tolerar su perpetuo incumplimiento, interpretándose que en la especie se habían excedido las pautas de orden temporal consideradas razonables, calificando negativamente la omisión del Poder Ejecutivo que no ha actuado dentro de un lapso mínimamente prudencial.

En su capítulo resolutivo, el fallo condenó a la provincia de Buenos a poner en funcionamiento el Fuero Contencioso Administrativo antes del 1º de septiembre de 2003, realizando las acciones que resulten necesarias a tal fin, incluyendo su financiamiento. Al mismo tiempo impuso al Poder Ejecutivo el deber de seleccionar las ternas que le elevara el Consejo de la Magistratura, remitiendo al Senado los pliegos concernientes a los jueces de las Cámaras de La Plata y San Martín dentro del plazo de 30 días hábiles; agregando que, una vez que

22 Debido a esa reforma el párrafo segundo del art. 27 de la Ley 12.074 dispuso que los Tribunales Contencioso serían puestos en funcionamiento “gradualmente por el Poder ejecutivo” eliminándose toda referencia a una fecha concreta.

aquel Cuerpo Legislativo prestara los pertinentes acuerdos, el Poder Ejecutivo debería pronunciarse sobre las respectivas designaciones en el plazo de 15 días hábiles.

Sin embargo, la cuestión no terminó allí. Decidida a postergar todo lo posible la eficacia de la reforma de 1994, la fiscalía de Estado —el 7 de abril de 2003— interpuso el recurso extraordinario federal de la ley 48. Y, al denegarse su concesión, recurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que el 30 de septiembre de 2003, admitió el recurso de hecho y dispuso “la suspensión del curso del proceso, sin que esto signifique pronunciamiento sobre el fondo del recurso”.

La paralización del trámite, obtenida *in extremis* por el Poder Ejecutivo, aportó tiempo y habilitó una ronda de negociaciones entre el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, miembros de la Cámara de Senadores y del Ministerio de Justicia, con el objeto de revisar el contenido de las leyes 12008 y 12074 que aprobaron el Código Procesal Administrativo y organizaron el nuevo fuero.

Cuando la contrarreforma comenzó a vislumbrarse al conocerse el proyecto del Poder Ejecutivo, cuya redacción se atribuyó a la Fiscalía de Estado y que más tarde sería sancionado como ley 13101 (B.O. 19.9.2003), el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires emitió un comunicado aclarando “que si bien participó, a instancias de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Acuerdos (del Senado Provincial) ... para lograr consenso acerca del texto definitivo, con el propósito de acelerar la

implantación del referido fuero en todo el territorio bonaerense; algunas cuestiones como las dilucidadas en la etapa final del trámite no fueron motivo de análisis ni de debate, y ni siquiera insinuadas, en esa fase definitoria”.

De esa manera la “mesa de diálogo” que se había formado para destrabar la puesta en marcha del moderno sistema judicial que tendría a su cargo el control de legalidad de la Administración (y por eso mismo generaba la resistencia del gobierno), prescindió de los representantes de la colegiación y, con la complicidad de los senadores que la integraban, dio por tierra con los cambios que más favorecían el acceso de los ciudadanos a la Justicia Administrativa y el ensanche de la materia justiciable.

Entre otras, el Colegio de Abogados denunció las siguientes modificaciones reaccionarias contra el texto del código aprobado por la ley 12008, todas ellas concretadas más tarde por la ley 13101:

- a) Eliminación de la pretensión prestacional de los artículos 12 inc. 6º y 17, destinada a obligar al fisco el cumplimiento del ordenamiento cuando coloque a su cargo un deber específico de actuar.
- b) Generalización del agotamiento de la vía administrativa, cuando el artículo 14 del código, de consuno con el artículo 166 último párrafo de la Constitución local, lo establecía como excepción.
- c) Exigencia del planteo previo en sede administrativa del pedido cautelar de suspensión de la ejecutoriedad de un acto administrativo.

El acatamiento de la Constitución Provincial, forzado por la actividad del Colegio de Abogados, recién se hizo efectivo en diciembre de 2003²³.

La mora oficial mereció la crítica de la doctrina²⁴, y no faltaron quienes entendieron con razón que el Estado Provincial debía indemnizar los perjuicios causados a los jueces designados e impeditos de asumir por la desobediencia del mandato constitucional²⁵.

VI – El nuevo régimen

La reforma del régimen contencioso administrativo provincial fue muy significativa, aunque en la práctica —como veremos *infra*— el Poder Judicial sigue en deuda con la ciudadanía.

Ampliada la materia justiciable (arts. 1 a 4 del CPA), el objeto litigioso ya no es únicamente la anulación de un acto administrativo (reglado, preexistente

23 El extraño congelamiento de una ley sancionada, promulgada y publicada, junto a la suspensión *sine die* del juramento de los jueces administrativos elegidos por el Consejo de la Magistratura y nombrados por el P.E., FUE decidido por la SCBA al decidir la causa B-57.380, *La Jirafa Azul S.A.*, 25.11.97, La Ley 1998-B-506, con nota de Claudia Milanta, *Vigencia diferida del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.008)*.

24 Gordillo, Agustín, Privación sistemática de justicia en la Provincia de Buenos Aires, La Ley 1995-D-299.

25 Cabral, Pablo O. y Maljar, Daniel E., Responsabilidad del Estado por no poner en marcha la nueva Justicia Administrativa bonaerense, J.A. 2000-IV-1285

y generador de derechos subjetivos) como lo era en el Código de 1906, sino cualquier causa, pleito o diferendo jurídico, originado por el ejercicio de la función administrativa de cualquiera de los tres Poderes del Estado (y aún de personas públicas no estatales).

Como lo ha señalado Inés D'Argenio, a partir de la reforma constitucional, “la competencia judicial en materia administrativa adquiere su verdadera significación de juzgamiento de una contienda específica, sin las limitaciones provenientes del carácter revisor que hasta ahora le fue atribuido”²⁶.

Junto a aquella relevante mejora en cuanto a la materia justiciable, cabe inventariar las siguientes características del nuevo modelo de contencioso administrativo:

1. Ensanche de la legitimación

Limitar la legitimación a los titulares de derechos subjetivos fue una de las herramientas más visibles de la impunidad del Poder. “La posibilidad de instar

26 D'Argenio, Inés A., *La materia determinante de la competencia en el proceso administrativo provincial*, J.A. 2000-III-1095, quien recuerda la opinión coincidente con el sentido de la reforma de Grau, Armando E., *Habilitación de la instancia contencioso administrativa*, Platense, 1971, pág. 50. Ver de la misma autora *La justicia administrativa argentina. Situación actual. Necesidad de su adaptación a nuestro sistema institucional*, con prólogo de Agustín Gordillo, F.D.A., 2003, especialmente págs. 33 a 35, 37, 46, 53, 110 sigs. y concs.

el control pude restringirse, fundamentalmente, de dos formas distintas: estableciéndose plazos breves de caducidad y mediante la reducción del universo de sujetos que pueden impugnar el acto. Esto hace posible, es claro, que un mayor número de actos ilegítimos resulte irreversible. Solo porque, de algún modo, y sin que quepa indagar el por qué, el acto quedó firme, ilegal pero irreversible”²⁷.

A la posibilidad reconocida en Rusconi (1995) en favor de los titulares de intereses legítimos, toda vez que el art. 2 inc. 7 del nuevo Código incluye a las controversias promovidas por cualquier ente estatal, se suma la legitimación como parte actora de personas públicas debido a lo cual, nada impide sustanciar *acciones de lesividad* donde el propio Estado solicite la anulación de sus decisiones regulares, anulables, con vicios ocultos o defectos leves (según la semántica que se prefiera en este resbaladizo tema). Deberá entonces variarse la tradicional jurisprudencia cimera que, apoyándose en la inexistencia de acción de lesividad, reconoce a la Administración facultades revocatorias amplísimas, dejando a su merced los derechos adquiridos de los particulares.

El artículo 13 del código aprobado por ley 12008 dispone: “Legitimación activa: Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión,

27 Prieto, Hugo, *La acción popular en el proceso administrativo*, en Cassagne, Juan Carlos (Director), *Derecho Procesal Administrativo. Obra en homenaje a Jesús González Pérez*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 661.

afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico". De manera que pueden actuar como parte demandante no solo los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sino también quienes invoquen intereses simples y derechos de incidencia colectiva ya que, claramente, se encuentran tutelados por los artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional²⁸.

2. Amplitud de pretensiones

Los casos a considerar no siempre estarán referidos al cuestionamiento de la legitimidad de actos administrativos.

En el ejercicio de su función administrativa el Estado provincial o municipal puede incurrir en omisiones materiales, incurrir en vías de hecho y provocar daños de variada índole. Ha muerto el juicio al acto y, aunque demorado, fue alumbrado un nuevo proceso cuya materia es la dilucidación, mediante el dictado de una sentencia final, de casos o conflictos vinculados con la función administrativa del Estado.

3. Mejora del sistema cautelar

Otro aspecto relevante del cambio consiste en el giro copernicano producido en materia de medidas cautelares, antes —debido a una interpretación

28 Ampliar en Botassi, Carlos, *Las legitimaciones activa y pasiva en el nuevo contencioso administrativo*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2^a edición, 2004, pág. 263.

restrictiva del art. 22 del Código de Varela—limitadas a un único remedio: la suspensión de la ejecutoriedad del acto administrativo judicialmente impugnado y ahora extendidas a toda clase de formas de tutela anticipadas a la sentencia final en los artículos 22 a 25 del Código sancionado por ley 12008, incluyendo aquellas que el juez, por su propia iniciativa, considere pertinente para asegurar el objeto del proceso, evitar perjuicios al interesado o el agravamiento de una determinada situación de hecho o de derecho.

El nuevo régimen no solo autoriza la adopción de medidas de contenido positivo o cautelares innovativas (art. 22 inc. 3) sino que permite que el litigante las solicite de manera anticipada al juicio de conocimiento que promoverá en un tiempo posterior (art. 23).

Queda entonces abierto un riquísimo bagaje de remedios tutelares injustificadamente ausente hasta la entrada en vigencia del nuevo código²⁹.

4. Limitación del principio del pago previo

El artículo 30 del Código de Varela imponía la condición del *solve et repete*³⁰ cuando se demandare

29 Ampliar en Logar, Ana Cristina, *Las medidas cautelares en el nuevo Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2^a edición, 2004, pág. 437.

30 Los antecedentes de este instituto en la Provincia de Buenos

contra una resolución administrativa que “ordenase el pago de alguna suma de dinero, proveniente de liquidación de cuentas o de impuestos” (art. 30).

La amplitud de la norma provocaba incertidumbre ya que permitía la exigencia del pago previo a créditos fiscales provenientes de conceptos ajenos a la materia tributaria limitando indebidamente el acceso a la justicia. El texto actual, en cambio, aclara que “será obligatorio el pago previo a la interposición de la demanda cuando se promueva una pretensión contra un acto administrativo que imponga una obligación tributaria de dar sumas de dinero” (art. 19 inc. 1º).

La específica proscripción legal del *solve* en materia de sanciones pecuniarias y cualquier otro tipo de *liquidación de cuentas* constituye un avance muy significativo en la lucha contra los abusos del poder y la efectiva revisión judicial de las decisiones administrativas. Además, la nueva norma deja en claro que el pago previo no procede si en lugar de deducirse una pretensión impugnatoria (*contra un acto administrativo*) que determina un impuesto, tasa o contribución se promueve un juicio meramente declarativo³¹.

Aires pueden consultarse en Marafuschi, Miguel Ángel, Principio *solve* et repete, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, 2^a edición, 2004, pág. 391.

31 Soria, Daniel F., *Aspectos básicos de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, en la obra colectiva *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia*

VII - **Contrarreforma de la ley 13101**

La expresión “contrarreforma” fue empleada por Gordillo a fines de 2001 para calificar la inusitada demora en que venía incurriendo el Gobierno bonaerense en poner en marcha el nuevo fuero contencioso administrativo como lo había ordenado la modificación constitucional de 1994³². Más tarde con motivo de la recién recordada sentencia de la Suprema Corte de Justicia que hizo lugar al amparo interpuesto por el Colegio de Abogados de la provincia de Buenos Aires, se dijo: “Pero no todas son buenas noticias y junto a las rosas vienen las espinas. La sentencia en comentario ha sacudido la modorra oficial en dos sentidos, uno positivo y el restante sumamente retrógrado. Por un lado, la Subsecretaría de Administración y Contrataciones de la propia Suprema Corte de Justicia ha publicado avisos solicitando inmuebles en locación destinados al funcionamiento del Fuero Contencioso Administrativo y ha llamado a licitación pública para adquirir el equipamiento informático del caso. Por el otro el Poder Ejecutivo, evidenciando que no está dispuesto a arriar sus banderas sin oponer batalla, ha elevado al Congreso un proyecto de ley de reformas al nuevo Código Procesal Administrativo que aspira a limitar el alcance del control judicial de la actividad administrativa, generalizando nuevamente el requisito del reclamo administrativo

de Buenos Aires, Platense, 2^a edición, 2004, pág. 180.

32 Gordillo, Agustín, *La Justicia Administrativa en la Provincia de Buenos Aires (Una contrarreforma inconstitucional)* E.D. Adm. del 30.11.01, pág. 1.

anterior a la demanda y siempre inútil, ensanchando el presupuesto del pago previo en materia tributaria que literalmente impide demandar y eliminando las pretensiones prestacionales como si el obrar estatal fuera facultativo en toda circunstancia. De esta manera el Gobierno, impelido a poner en marcha el sistema de Justicia Administrativa propio de los tiempos que corren, busca mantener cierto margen de impunidad sin advertir que el propio Tribunal Cimero con los numerosos fallos que se citan en el voto del Dr. Soria (numeral II, 5) ya no está dispuesto a mantenerse congelado en el siglo xix y a ignorar los efectos de la reforma constitucional de 1994. La reforma proyectada, según se explica en el mensaje de fundamentación remitido al Parlamento, 'posibilitará a nuestros ciudadanos una justicia contenciosa seguramente no tan pretenciosa (sic) como la que propusieran juristas y legisladores en otro contexto histórico, pero sí posible, realizable y de ejecución inmediata'. Parece mentira que en apenas media docena de años cambie el 'contexto histórico' de tal forma que imponga la enmienda de un código que jamás entró en vigencia (¡!). De todos modos, con la —tal vez utópica— esperanza de que el Congreso rechace el intento reaccionario de reforma, a la vista del fallo comentado, de significativa trascendencia jurídica e institucional, no cabe más que celebrar el activismo judicial de la Suprema Corte que ha evitado renunciar a sus facultades y no ha tenido empacho en amonestar a un Poder Ejecutivo reticente".

Pues bien, el Congreso disciplinadamente aceptó sin reservas el proyecto del Ejecutivo y sancionó la ley que recibió el n.º 13101, alterando la letra y el espíritu

de un código que por entonces todavía no estaba vigente.

Fueron muy numerosas las disposiciones del código aprobado por la ley 12008 que resultaron modificadas por la ley de 2003. No es casualidad que se diera marcha atrás precisamente en los cambios sustanciales del nuevo régimen que habían merecido los mayores elogios. Ninguno de ellos fue olvidado por la contrarreforma. Así aspectos claves como la pretensión prestacional, el acceso a la jurisdicción, las medidas cautelares y el enjuiciamiento directo de las ordenanzas municipales, recibieron cambios todos ellos destinados a agravar la posición del ciudadano dentro del proceso y enderezados a revivir los privilegios de los gobernantes (disfrazados desde antaño como justas prerrogativas del Estado) que la reforma había morigerado en su justa medida³³.

33 Como creemos haberlo demostrado en Botassi, Carlos: *La defensa del Estado en el nuevo Código Procesal Administrativo* (E.D. Administrativo, Suplemento del 29.4.02, pág. 1), la reforma de 1994/1997 no afecta en manera alguna el sistema de defensa judicial del Fisco ni lo coloca en desventaja respecto de los particulares. Por el contrario, sus prerrogativas lógicas han sido puntualmente conservadas. Con total acierto, comentando el texto originario del Código Ley 12.008, se explicó que “la Constitución local de 1994 y sus normas reglamentarias no han venido a empeñar la situación de la Provincia y Municipios; es, más bien al contrario, consagran en relación a la Administración de Justicia garantías y modificaciones que fortalecen el estado de derecho y de este modo las instituciones locales y su juridicidad. La nueva Constitución y el Código Procesal Administrativo dictado en consecuencia no ponen en riesgo la defensa de la Administra-

La nota de fundamentación de la ley 13101, en una paradoja no exenta de hipocresía, comienza por reconocer que el Código aprobado por la ley 12008 establecía “un sistema contencioso administrativo que ponía a nuestra provincia en sintonía con las legislaciones más avanzadas del derecho comparado en esta materia”. Sin embargo, alejando las palabras de la realidad, el texto expreso del proyecto luego convertido en ley se dedica puntualmente a desbaratar —precisamente— las mejores reglas del nuevo Código. Cómo único fundamento del retroceso, con notoria imprecisión, la nota de elevación invoca “la realidad social, política y económica que se desató en la República Argentina en los años posteriores a dicha encomiable labor legislativa”. Como era de esperar el mensaje no aclara cómo y de qué manera la contrarreforma mejoraría “la realidad social, política y económica” que viene degradándose sin prisa y sin pausa desde hace casi un siglo; entre otras razones, por el abuso de poder en que incurren los gobernantes.

Las criticables enmiendas al Código de 1997 son las siguientes:

1. Eliminación de la pretensión prestacional

El texto originario de la ley 12008, en su artículo 12 inc. 6 preveía que el proceso pudiera articularse con el objeto de obtener “la realización de una determinada prestación” por parte de algún ente oficial.

ción” (Milanta, Claudia: “Seminario: La defensa de la administración en el nuevo contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, E.D. Administrativo del 30.11.01, pág. 1).

Por obra y gracia del art. 1º de la ley 13101 los nueve incisos del art. 12 del Código según ley 12008 ya no incluyen a la pretensión prestacional. Sin explicación alguna su enunciación expresa ha desaparecido.

De cualquier modo, el intento resulta infructuoso. La eliminación de la pretensión prestacional en el listado no alcanza para evitar que se ensaye exitosamente con base en el artículo 166 de la Constitución Provincial y en el artículo 1º del propio Código ya que ambos incluyen en la competencia material del nuevo Fuero a las pretensiones que se deduzcan en los casos originados “por la actuación u omisión” de los órganos estatales.

Toda vez que la competencia es irrenunciable, existe siempre un deber de actuar en búsqueda del bien común. El principio de legalidad impone, por lo demás, hacerlo en tiempo útil y forma adecuada. Aunque no aparezca enunciada expresamente en el catálogo del artículo 12 reformado, considerando que la enumeración de pretensiones no es taxativa, la demanda puede apuntar a que se condene al fisco a hacer aquello que se ha omitido ilegalmente.

Desde luego que la esterilidad del intento no borra su malicia. El Poder Ejecutivo autor del proyecto que derivó en la ley 13101 y los legisladores (en su mayoría alineados disciplinadamente sin interrogarse sobre si lo que es bueno para las autoridades lo es para la sociedad) dejaron en claro su deseo de que los ciudadanos no estén en condiciones de peticionar ante los jueces el dictado de una orden de cumplimiento de aquello a lo que están por ley obligados. Volveremos sobre esta cuestión al comentar el artículo 12 del CPA.

2. Generalización de la necesidad de agotamiento de la vía administrativa

En su redacción original el art. 14 del CPA establecía la obligación de agotar la vía administrativa en una serie de situaciones vinculadas exclusivamente a la pretensión anulatoria de actos administrativos ya que indicaba: “será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal, en los siguientes supuestos [...]”. El reclamo y la presentación de recursos del procedimiento no estaban previstos más que en los casos específicos allí puntuizados.

El artículo 9 de la ley 13101 realizó un giro copernicano al establecer: “...será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión en todos los casos”, excepto en determinadas situaciones que allí se especifican.

El previo tránsito de la vía administrativa para arribar a la instancia judicial, cuando es impuesto en lugar de quedar librado a la voluntad del interesado, constituye un ritualismo inútil, un privilegio de la Administración solamente empleado para perder tiempo y frustrar el acceso irrestricto, efectivo y oportuno al sistema judicial (razón por la cual mereció el repudio de la doctrina que se ocupó del asunto³⁴), en clara contradicción con lo prevenido

34 Así por ejemplo Perrino, Pablo E.: *El régimen del agotamiento de la vía administrativa en el nuevo Código Contencioso Administrativo bonaerense*, E.D. Administrativo del 28.9.99, Capítulo III y nota 21; D'Argenio, Inés: “La Justicia Administrativa en Argentina,

en el artículo 15 de la Constitución Provincial. El agotamiento de la vía administrativa mediante reclamo o recurso en condición de regla general se explicaba (aunque no se justificaba por su frustrante falta de utilidad) en el régimen procesal anterior a 1994, que funcionaba exclusivamente como sistema revisor de actos administrativos. Actualmente, en el moderno proceso administrativo donde se juzga no solo la legalidad de decisiones formales sino la conducta activa u omisiva del Estado, su exigencia carece de sentido.

La intención también aparece fallida en términos constitucionales. La contrarreforma del art. 14 colisiona con la letra y el espíritu del propio artículo 166 de la Carta local en tanto reza que la ley “establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

La intención del constituyente quedó plasmada en el debate de la Convención cuando el Diputado Siniego Berri explicó que “frente a lo ocurrido desde 1934 a la fecha, deberíamos excluir la etapa administrativa previa, ya que no se conoce casi ningún caso en el que la Administración Pública haya revocado sus propias decisiones, tornando por ende tortuosos, tediosos, largos y sin sentido, los trámites a que se ve obligado el ciudadano a realizar, tan solo como previos —pero conociendo su resultado final— para poder recién adentrarse en la etapa judicial, ello sin mengua de correr el serio riesgo de perder su derecho, en algún escritorio de la larga y barroca

F.D.A., 2003, págs. 37 y sigs.

tramitación administrativa”³⁵.

Interpretada esta disposición específica de consumo con la regla general del artículo 15 de la Constitución Provincial, que “asegura la tutela judicial continua y efectiva (y) el acceso irrestricto a la justicia”, cabe concluir que la generalización del presupuesto del agotamiento de la vía administrativa, por atentar contra dichos valores, deviene inconstitucional. El legislador debió puntualizar “los supuestos” que, por su especial naturaleza ameritaban recorrer el camino de la Administración para recién después comparecer ante el Poder Judicial y nunca invertir los términos y pasar a describir los casos de excepción en los cuales aquél agotamiento no resulta necesario.

3. Eliminación del efecto interruptivo del plazo de caducidad de la demanda de amparo

La ley 12008, si bien amplió significativamente el plazo, mantuvo el injustificado régimen de caducidad de la acción anulatoria³⁶. El inciso f) de su artículo 18, al establecer desde cuándo comienza a correr el plazo de caducidad que extingue el derecho sustancial, dispuso que si se pretendiere la anulación de un acto administrativo que fuera objeto de impugnación mediante una acción de amparo tramitada ante un tribunal contencioso administrativo, el mismo se

35 Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, Diario de Sesiones, Asuntos entrados hasta el 14.7.1994, t. 3 pág. 171.

36 El Código de 1906 establecía un plazo de 30 días (art. 13) y la nueva reglamentación lo estiró a 90 (art. 18).

contaría “desde que hubiere finalizado la instancia ordinaria en dicho proceso”. De esta manera, resultando innegable la voluntad contestataria del particular afectado por la decisión formal de la Administración, aunque hubiera errado en la elección de la acción, conservaba el derecho de fondo. Rechazada la demanda de amparo recién entonces comenzaba a correr el plazo de caducidad para incoar la acción contencioso administrativa.

La contrarreforma lisa y llanamente eliminó el inciso f) del art. 18, aunque, como veremos, no logró su objetivo.

Bajo el prisma del recordado artículo 15, cabe señalar que la circunstancia de demandar equivocadamente por la vía de amparo cuando el camino procesalmente correcto era la demanda contencioso administrativa debe tener por efecto la interrupción del curso del plazo de caducidad, aunque no se lo diga expresamente. En primer lugar, debido a que todo sistema extintivo de derechos debe interpretarse restrictivamente. En segundo término, porque no es posible tener por consentido por el transcurso del tiempo un acto administrativo que fue expresamente impugnado por el amparista³⁷.

37 La firmeza que adquiere el acto administrativo por efecto del transcurso del plazo de caducidad se apoya en la presunción de que el afectado lo ha consentido conformándose a lo resuelto y dejando vencer el término legal de impugnación. Una eventualmente errada demanda de amparo, más allá de su improcedencia formal, deja demostrada la voluntad cuestionadora de la legalidad y constitucionalidad de la decisión y –frente a esa

Finalmente, porque ha sido intención del legislador preservar con vida la acción al establecer que es deber del juez ordenar al actor subsanar los defectos de proposición de su demanda (art. 31 inc. 3º del C.P.A.). En este punto cabe recordar que la Suprema Corte de Justicia, ejerciendo en forma transitoria la competencia contencioso administrativa por efecto del art. 215 de la Carta reformada, dispuso en numerosas oportunidades la subsanación del defecto de postulación.

4. Reclamo administrativo previo al pedido judicial de suspensión de la ejecutoriedad de actos administrativos

La ejecutoriedad de las decisiones oficiales constituye una de las prerrogativas estatales más necesitadas de moderación. Su ejercicio abusivo puede ocasionar perjuicios graves e irreparables. La indemnización posterior al daño causado por el acto ilegal ya ejecutado llega tarde, mal y nunca. No faltan autores que propician la lisa y llana eliminación de este pregonado “carácter” del acto administrativo o, al menos, su limitación a casos muy concretos donde la legalidad de la decisión surja evidente y su ejecución inmediata satisfaga una concreta y urgente necesidad pública.

Uno de los avances más significativos del nuevo Código fue implementar un régimen de medidas de tutela preventiva autónomo que —a diferencia del sistema del Código de 1906— separara el pleito

realidad incontestable- torna írrita a la presunción contraria.

sobre la cuestión de fondo del juicio cautelar. Frente al acto lesivo el particular podía, sin ningún tipo de actuación administrativa previa, solicitar al juez la suspensión de su ejecutoriedad.

En su redacción originaria, el art. 25 inciso 2 estableció que “para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo no será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa”. La ley 13101 dispuso todo lo contrario: “Para decretar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo será necesario el planteo previo de esa medida en sede administrativa y que su resolución hubiera sido adversa para el peticionante”.

Si bien la parte final de la nueva norma deja expedita la vía judicial si la Administración no se expide dentro de los cinco días hábiles, no es menos cierto que bajo determinadas circunstancias apremiantes dentro de ese plazo (que se estira a siete días corridos, sin contabilizar el caso de las ferias judiciales de julio y enero) el particular puede sufrir un perjuicio irreparable. Así, por ejemplo, si se ordena la clausura de un comercio o una industria, si se manda demoler una construcción o si se decomisa mercadería perecedera.

Una vez más la inconstitucionalidad de la contrarreforma tiene que ver con el agravio a la tutela judicial efectiva, ya que el reclamo suspensivo previo al pedido judicial impone una demora que puede ser fatal y que desnaturaliza la tutela cautelar que, por definición, resulta siempre de extrema urgencia. Afortunadamente, así lo ha entendido la jurisprudencia considerándolo contrario a la propia

naturaleza de las medidas cautelares y soslayando su exigencia³⁸.

5. Eliminación de la pretensión anulatoria contra ordenanzas municipales

Durante la vigencia del Código de 1906 las ordenanzas sancionadas por los concejos deliberantes municipales eran consideradas actos administrativos de alcance general o reglamentos municipales. Para acceder a su cuestionamiento en sede judicial era necesaria la impugnación administrativa previa³⁹ que se concretaba en la forma establecida en el artículo 95 de la Ordenanza General de Procedimiento Administrativo n.º 267/80.

Por efecto del intenso *lobby* desplegado en el ámbito legislativo por los representantes de los municipios bonaerenses, el régimen de impugnación del Código de 1997 fue blanco de un intento de modificación que, como veremos enseguida, resultó frustrado por el apuro y la mala técnica legislativa.

38 Las resoluciones en ese sentido de las Cámaras de Apelación de La Plata y San Martín fueron acompañadas de la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (v. gr. causas B-65.900, Buceto, 31.3.2004; B-65.739, Burtín, 13.10.2004).

39 El art. 1º del Código de Varela reputaba causas contencioso administrativas a las que se iniciaran “reclamando contra una resolución definitiva, dictada por... las municipalidades” y la Suprema Corte exigía, para considerar presente la definitividad de la resolución que se hubiera articulado, al menos, un recurso administrativo (doctrina del caso Lesieux).

Lo cierto es que la ley 13101 también introdujo su larga y dañina mano en este crucial asunto, introduciendo sorpresivamente reformas en el Código Ley 12008 y en la L.O.M. Y decimos sorpresivamente debido a que el mensaje de fundamentación del proyecto de ley que luego llevaría el número 13.101 (Expediente A-2-03/04 del Senado bonaerense), no contiene una sola palabra vinculada con este aspecto de la reforma, ni señala la intención de impedir que las ordenanzas municipales puedan impugnarse en el proceso contencioso administrativo.

De manera que, sin aviso previo —para satisfacer los cabildeos de los intendentes—, la contrarreforma eliminó la expresión “ordenanzas municipales” de los artículos 2 (casos incluidos en la materia contencioso administrativa), 25 (suspensión de la ejecución de un acto administrativo), 50 (sentencia que hace lugar a la pretensión) y 67 (caracterización del proceso sumario de ilegitimidad).

Al mismo tiempo, con la aspiración de perfeccionar la maniobra reaccionaria, incorporó al artículo 77 de la Ley Orgánica de las Municipalidades el siguiente párrafo: “Las ordenanzas serán consideradas ley en sentido formal y material”, sin advertir que la naturaleza de las instituciones jurídicas, como bien lo ha señalado Marienhoff⁴⁰, no depende la calificación que le otorgue el legislador.

En realidad, si se analiza la cuestión desde una perspectiva política y constitucional, la condición

40 *La supuesta autonomía municipal*, La Ley 1990-B-1012.

que se reconozca a las ordenanzas municipales dependerá del criterio que adoptemos en punto a su autonomía, ya que si concluimos que estas constituyen entes autárquicos, carentes de potestades propias y originarias, toda su actividad jurídica —incluyendo los actos normativos emitidos por los concejos deliberantes— será producto de su función administrativa y, por añadidura, todas sus decisiones (incluyendo las ordenanzas) serán actos administrativos⁴¹. Si nos inclinamos por la postura autonomista —conforme la manda del art. 123 de la Constitución Nacional— reconociendo a las comunas poderes originarios, los concejos deliberantes en ejercicio de potestades propias, producirán normas idénticas a las leyes del Poder Legislativo Provincial, más allá de su inferior rango consecuencia del art. 31 de la Constitución Nacional.

En una primera lectura de la regresiva reforma de septiembre de 2003 parecería que ha sido eliminada la posibilidad de que las ordenanzas municipales, antes consideradas actos administrativos y ahora asimiladas en plenitud (formal y materialmente) a las leyes, puedan ser objeto de una demanda contencioso administrativa. Sin embargo, corresponde recordar que, en el plano político, la provincia de Buenos Aires aún no ha consagrado la autonomía municipal

41 Comadira, Julio R.: *Acto administrativo municipal*, Depalma, 1992, págs. 8/9. Este ha sido el criterio tradicional de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, actuando como tribunal de lo contencioso administrativo, habilitó la instancia cuestionadora de ordenanzas municipales considerando las actos administrativos.

en su Constitución⁴², como lo demuestra la propia vigencia del Decreto Ley 6769/58 (Ley Orgánica de las Municipalidades). En ese marco que, lamentablemente, mantiene a las comunas en el *status* de entidades autárquicas territoriales, la ley 13101 no pudo válidamente dotar a los concejos deliberantes de un poder legislativo autónomo ausente en la Carta Magna local. La pretendida exclusión de las ordenanzas municipales como objeto de la acción anulatoria, resulta así en pugna con la Constitución Provincial.

Pero, además, debido a la premura con que se llevó a cabo la modificación, no se advirtió que el artículo 33 inc. 2° de la ley 12.008 (que no mereciera variantes), dispone que la demanda deberá notificarse “al presidente del Concejo Deliberante...si se tratare de una impugnación contra una ordenanza municipal”. Queda demostrado, de esta manera, que las ordenanzas municipales pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, más allá del criterio teórico que se prefiera a la hora de calificar su naturaleza jurídica.

Asimismo, no debe olvidarse que la parte final del art. 2 del nuevo Código (texto según ley 13101), luego de puntualizar casos concretos en los cuales

42 Aunque en clara contradicción con el artículo 123 de la Constitución Nacional, los artículos 190 a 197 de la Carta Provincial consagran un régimen municipal autárquico que en manera alguna autoriza a considerar a las ordenanzas leyes en sentido formal equiparando los concejos deliberantes a la Legislatura Provincial, propia de un Estado autónomo.

existe “materia administrativa” de competencia de los nuevos juzgados, aclara que “la enunciación anterior es meramente ejemplificativa. No implica la exclusión del conocimiento por los Tribunales Contencioso Administrativos de otros casos regidos por el Derecho Administrativo”.

Cabe todavía señalar que las ordenanzas quedan incluidas en el art. 95 de la Ordenanza General 267 de Procedimiento Administrativo municipal, en tanto permite impugnar en sede administrativa y ante el mismo órgano de la que proviene toda “medida de carácter general”. Si ese cuestionamiento primario no arriba a un resultado positivo para el afectado, la vía contencioso administrativa quedará expedita, sin perjuicio de la posibilidad de que el particular decida optar por demandar la declaración directa de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia en el marco de los artículos 683 y siguientes del Código Procesal Civil y Comercial⁴³.

El control amplio, relativo a los hechos y al derecho, propio del proceso contencioso administrativo no debe considerarse ajeno a las ordenanzas por el hecho de provenir de los cuerpos deliberativos municipales. De cara a la tendencia universal de mayor control del poder y mejor defensa del ciudadano (cabe aquí nuevamente la cita del art. 15 de la Constitución Provincial), frente a los antes

43 Art. 683 del CPCC: “Objeto del juicio: De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución de la Provincia, se podrá demandar la declaración de inconstitucionalidad de la ley, decreto, ordenanza o reglamento que estatuya sobre materia regida por aquella...”.

recordados artículos 2 parte final y 33 inc. 2º del CPA, no existe razón para confinar la impugnación de las ordenanzas municipales al régimen restringido de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

VIII. - Propuestas de mejora del proceso administrativo

Como dijimos inicialmente, si se compara el antiguo régimen con el actual, el progreso es muy significativo. Lamentablemente el éxito de la reforma se ha visto opacado por el legislador y por la praxis. La modificación del código mediante la ley 13101 merece las críticas ya señaladas y la multiplicación de causas en la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, al prolongar por años la duración de los juicios, ha convertido en letra muerta el carácter “efectivo” de la tutela judicial, reclamado en el tantas veces citado art. 15 de la Constitución Provincial.

1.- Debe corregirse el desvío provocado por la contrarreforma.

Si se desea mejorar el servicio de justicia contencioso administrativa desde el mirador de los derechos individuales (pretensión que no parece estar en los planes inmediatos ni del Parlamento ni de la Suprema Corte provincial) debería darse marcha atrás en los aspectos reaccionarios de la ley 13101, implementando las siguientes medidas legislativas acompañadas por una interpretación *pro homine* del Alto Tribunal, Cámaras de Apelación y Jueces de Primera Instancia:

- 1.º. Restablecer la pretensión prestacional.
- 2.º. Disponer que el agotamiento de la vía administrativa será un recaudo de excepción, limitado a aquellos casos legalmente establecidos, a tono con el art. 166 de la Constitución Provincial.
- 3.º. Restituir el efecto interruptivo e la prescripción de la demanda de amparo, aun cuando no fuera admitida.
- 4.º. Eliminar la exigencia del reclamo previo a la solicitud de una medida procesal de tutela urgente.
- 5.º. Incluir expresamente a las ordenanzas municipales entre las decisiones justiciables por la vía del proceso contencioso administrativo.

2.- Debe dotarse a la Cámara de Apelación con asiento en La Plata de los recursos humanos y materiales imprescindibles para superar el colapso que la paraliza.

Una circunstancia que echó por tierra la gran expectativa que generó la reforma del régimen contencioso administrativo fue el cuello de botella que se formó en la Cámara de Apelación con asiento en La Plata⁴⁴, extendiendo el dictado de las sentencias

44 Se trata del Tribunal que más causas recibe debido a la competencia en razón del territorio asignada a las Cámaras regionales que hace que el Tribunal radicado en La Plata reciba la casi totalidad de las apelaciones en juicios contra la Provincia de Buenos Aires y sus entidades autárquicas, al igual que contra las

de alzada por más de tres años, incluyendo asuntos de empleo público, previsionales y vinculados con honorarios de abogados y peritos. Es decir, cuestiones de carácter alimentario cuya definición no debería soportar demoras semejantes.

El Centro para la implementación de Derechos Constitucionales llevó a cabo un concienzudo y detallado estudio evaluando el desempeño de la Cámara⁴⁵. El resultado es desalentador, sin perder de vista que el lapso considerado fue 2015 – 2020 y la experiencia demuestra que la parálisis se ha agravado a partir de entonces.

El citado informe, al analizar la cantidad de causas ingresadas y resoluciones dictadas por año, señala que “de los datos detallados puede advertirse que el problema central del órgano en este punto es que, mientras que la cantidad de ingresos de casos aumentó exponencialmente a partir del año 2020, la cantidad de resoluciones dictadas por año se mantiene dentro de los promedios de la última década, en donde la cantidad de ingresos era sustancialmente inferior[...] La Cámara dicta alrededor de 2.000 resoluciones por año, en promedio, número que disminuyó excepcionalmente en el año 2020, debido a las restricciones sanitarias de la pandemia del COVID-19

Municipalidades de los Partidos ubicados en los Departamentos Judiciales de La Plata, Lomas de Zamora, Avellaneda-Lanús y Quilmes.

45 “¿Qué y cómo resuelve la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata? Zoom al período 2015-2020”. Disponible en www.cidc.org/nuevosaires

y al criterio de trabajo adoptado por el Dr. De Santis quien, en ejercicio de la presidencia del tribunal durante se año, decidió que solo se tramitarían las causas urgentes y solo en soporte digital, quedando paralizadas en su trámite todas las restantes [...] Ante la imposibilidad de hacer frente al cúmulo de casos que ingresan al tribunal, los asuntos pendientes se trasladan al año siguiente y ello genera una demora significativa en el tiempo de duración de los procesos, que ha motivado a los miembros del tribunal a elevar numerosas comunicaciones solicitando prórrogas en los plazos de resolución a la SCBA, nombramiento de personal y auditoría, tal como se detalla en los informes de gestión elaborados por la Secretaría de Planificación del Máximo Tribunal en los años 2019 y 2021”.

El análisis de la situación, según el informe de la Subsecretaría de Control de Gestión de la SCBA, del 28 de septiembre de 2021, contabiliza ocho pedidos de prórroga efectuados por la Cámara y destaca que el colapso tiene al menos dos razones coadyuvantes: un inusitado y extraordinario incremento de causas (entre enero de 2020 y junio de 2021 ingresaron a la Cámara 5.541 expedientes) y el criterio de trabajo adoptado durante la pandemia por el entonces presidente Dr. De Santis, disponiendo que solo se traten las causas “urgentes” en soporte digital, “quedando paralizadas en su trámite todas las restantes”, ratificando el estudio del CIDC antes transcripto.

Respecto del estado de situación —siempre a septiembre de 2021— el estudio de la Subsecretaría de Control de Gestión aclara que, en cuanto al

dictado de sentencias, la crisis tiende a estabilizarse, otorgándose prioridad a los amparos y demás casos urgentes. Sin embargo, en cuanto atañe al estado de trámites en despacho, señala que “ha empeorado, con graves consecuencias para la administración de Justicia, por la enorme cantidad de causas que continúan ingresando sin cesar”.

En cuanto al desarrollo de los trámites ante la Cámara de La Plata, cuando un litigante urge el dictado de la sentencia recibe como respuesta un proveído-formulario que le hace saber la situación del Tribunal, “en virtud del ingreso de más de 1.000 expedientes en el período comprendido entre los años 2021-2022 y los más de 2.200 ingresos en el año en curso”. Como documento adjunto se lee la presentación efectuada por la Cámara a la Suprema Corte de Justicia el 9.3.2023, “a fin de poner en su conocimiento la reiterada solicitud de auditoría urgente, sin respuesta, formuladas a la Subsecretaría de Control de Gestión en fechas 26/9/2022 y 5/10/22 [...] en atención al agravamiento que supone un incremento de ingresos que para el período 2021-2022 registra un ingreso superior a los 10.000 expedientes y para el período 01-02-2023 al 09-03-2023 la cantidad de 734 expedientes, con el consiguiente impacto negativo en la prestación del servicio de justicia, que es progresivo, persistente, de público y notorio”.

La gravedad del caso impone soluciones de fondo y urgentes.

El 22 de diciembre de 2022 se publicó en el Boletín Oficial la ley 15400, que incorporó un artículo 4 bis a la ley 12074 de Creación del Fuero Contencioso

Administrativo, disponiendo que la Cámara de Apelaciones con asiento en La Plata, pasará a conformarse con dos Salas de tres miembros cada una; aclarando que la segunda Sala, cuya creación se ordena, podrá ser integrada transitoriamente por la Suprema Corte (art. 5), supuestamente para dotar de celeridad al trámite y no sujetarlo a los plazos siempre extensos de los concursos destinados a cubrir vacantes en el Poder Judicial.

Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, la nueva Sala brilla por su ausencia y no existen indicios de una inminente puesta en funcionamiento. Mientras tanto, el deber de los Tribunales de dictar sentencia en los plazos establecidos al efecto por las leyes procesales, establecido en el art. 168 de la Constitución Provincial, se ha transformado en letra muerta.

Igual suerte corrió la magnífica garantía de tutela judicial efectiva del art. 15, ya que las causas nunca se resuelven en un tiempo razonable, condición indispensable para hacer realidad el “proceso justo” tantas veces reclamado por Morello con sólidos fundamentos, siempre vinculados al derecho humano a la defensa en sede judicial⁴⁶.

3.- Debe reducirse el índice de litigiosidad

La puesta en marcha de una segunda Sala en la Cámara con asiento en La Plata (y, seguramente,

46 Morello, Augusto M., *Justicia continua y efectiva para la Provincia de Buenos Aires* (El art. 15 de la Constitución reformada en 1994), E.D. t. 171 p. 932

impulsar la formación de una tercera) mejorará sin duda la atención de los justiciables. Sin embargo, no será suficiente mientras el número de conflictos siga incrementándose exponencialmente. Debido a ello nos permitimos sugerir algunos cambios de paradigmas tendientes a disminuir la conflictividad en el Estado provincial y municipal.

Una primera medida, tan elemental como ignorada por la Administración provincial y municipal, consiste en respetar la legalidad⁴⁷. Para ello resulta imprescindible educar a los administradores. No siempre la desobediencia a las normas es producto de la tendencia al abuso de poder de las autoridades. Aunque el porcentaje de ilegalidad dolosa es alarmante, en muchas ocasiones los encargados de aplicarla violan la ley sencillamente porque no la conocen. Un régimen meritocrático

47 Si los funcionarios asumieran que la salud pública es el bien más preciado a proteger por el Estado y respetaran el principio *pro homine* no se hubieran deducido 2607 demandas contra el IOMA entre 2004 y 2023, según informa el “Centro para la Implementación de Derechos Constitucionales” en “IOMA. Análisis del relevamiento de causas. Período 2015-2020”, p. 1 nota 4, en materia de medidas cautelares, en el lapso 2015-2020 en el 88% de los casos la Cámara de La Plata hizo lugar a la tutela urgente pedida por el particular. “La contundencia de estas tendencias da fuertes razones para pensar en la necesidad de promover reformas institucionales que logren resolver el conflicto jurídico en instancias anteriores y mejoren la eficiencia de la actuación del Estado en su totalidad” (Informe citado, p. 5). La demora en dictar sentencia definitiva, en promedio, se acerca a los tres años (p. 7).

debería reemplazar al actual sistema clientelista. Los nombramientos de empleados y funcionarios deben dejar de obedecer a razones de afinidad política, parentesco o amistad.

El camino correcto a seguir no es otro que la implementación de una carrera administrativa que apunte a formar un equipo burocrático idóneo. Cabe recordar en este sentido que el artículo 16 de la Constitución Nacional establece que todos los habitantes son “admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad”. De resulte imprescindible poner en marcha escuelas o institutos de Administración, imitando la experiencia de los países más desarrollados. Estados eficientes, como el francés, nutren los despachos oficiales con egresados de instituciones dedicadas a la capacitación de futuros funcionarios⁴⁸. En Argentina la afiliación a un partido político y/o la buena relación con sus líderes garantiza el acceso a la función pública, aunque se carezca de la más mínima preparación. Ya no basta con tener educación de nivel secundario para conducir en aguas turbulentas el barco de la Administración estatal y sus enormes desafíos en materia de seguridad, salud colectiva, servicios esenciales y educación.

48 El caso más conocido es el de la *Ecole Nationale D'Administration (ENA)*, fundada por De Gaulle en 1945 y reemplazada desde el 1º de enero de 2022 por el *Institut National du Service Public*. Entre otros altos funcionarios, se graduaron en la ENA los Presidentes Valery Giscard d' Estaing, Jacques Chirac, Francois Hollande y Emmanuel Macron.

La garantía de idoneidad de los responsables de mejorar la calidad de vida de la gente se alcanza a través de los concursos. Sin embargo, “hace años que no se hacen concursos ni para ingresar ni para ascender, con lo cual se está atentando contra el derecho de la sociedad civil a contar con una Administración manejada por los agentes públicos mejor preparados y dispuestos a brindarle en legal tiempo y forma los servicios que aquella les demanda”⁴⁹.

Aunque los artículos 7, 50 y 80 del Decreto Ley 7647/70 de Procedimiento Administrativo provincial (y su equivalente Ord. Gral. 267/80 en el ámbito municipal), consagran el principio de celeridad y responsabilizan a los empleados y funcionarios por incumplimiento de los plazos, se cuentan por miles los amparos por mora que no existirían con solo cumplir con el deber de responder mediante acto formal a los reclamos de los particulares. Sin embargo, no solo se demora la definición de los trámites, sino que en muchísimas oportunidades el administrado no recibe respuesta alguna.

Surge entonces necesario eliminar, o al menos mitigar, la impunidad de los despachos oficiales, haciendo responsables personalmente (con sus patrimonios) a los agentes que ocasionan daños al propio Estado y a los ciudadanos. Aunque en nuestro ordenamiento ello es perfectamente posible, la práctica muestra

49 Hutchinson, Tomás, en Lamoglia, Marcelo y Rodríguez García, Nicolás, *Administración Pública y corrupción*, Scotti-Zavalía, 2017, p. 249.

que nunca o casi nunca los reclamos se enderezan contra los administradores. Desde hace tiempo se ha denunciado que “la inexistencia de responsabilidad civil de los funcionarios públicos significa en la práctica otorgarles impunidad para seguir cometiendo los mismos daños [...] La importancia de que el funcionario sufra también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas”⁵⁰.

Además de administrar mejor para evitar conflictos justiciables, el fisco debe reparar en que la legalidad no se agota en el ordenamiento, sino que se complementa con la jurisprudencia que, finalmente, constituye fuente importantísima del Derecho.

Un motivo esencial de extensión inusitada de los procesos administrativos es el planteo dilatorio de todo tipo de excepciones, incidentes y apelaciones sobre asuntos definitivamente resueltos por la jurisprudencia, tanto de las Cámaras regionales como de la Suprema Corte de Justicia Provincial. Es moneda corriente que la representación fiscal niegue el reconocimiento de los derechos individuales o defienda la validez de actos administrativos manifiestamente viciados, a pesar de existir numerosos pronunciamientos contrarios a la posición oficial. Aquel proceder resulta inaceptable en el Estado, ya que se trata de una “persona ética por

50 Gordillo, Agustín, *Teoría General del Derecho Administrativo*, IEAL, Madrid, 1984, págs. 777 y 805.

excelencia” según lo ha expresado la Corte Nacional en reiteradas oportunidades.

El Congreso ha ignorado la manda del art. 166 cuarto párrafo de la Constitución provincial que le ordena dictar una ley que “establecerá un procedimiento expeditivo de queja por retardo de justicia” y, al cobijo del principio de que las sentencias solo aplican para el caso concreto, la Administración desconoce intereses y derechos sobre cuya procedencia nadie duda, mientras la Fiscalía de Estado, al igual que las municipalidades, resiste durante años procesos idénticos a los ya sentenciados de manera reiterada y pacífica.

La demora infinita comienza con el trámite de agotamiento de la vía administrativa antesala del juicio y en muchos casos se produce la prescripción extintiva de la acción, rigurosamente opuesta por el fisco⁵¹.

51 Cuando el crédito del particular resulta innegable, el Estado, al oponer la prescripción transformando su deber jurídico en una obligación natural cuyo cumplimiento omite y niega, comete una inmoralidad. La doctrina que se ha ocupado del asunto ha criticado la postura oficial y comienza a avizorarse una tendencia jurisprudencial en igual sentido. Así, por ejemplo, el Supremo Tribunal de Córdoba decretó la dispensa de prescripción opuesta por la Municipalidad de Cosquín en una demanda por daños y perjuicios promovida por la víctima de un accidente de tránsito que quedó en estado vegetativo (TSCordoba, Sala Civil y Com., “O., D.J. c. Municipalidad de Cosquín y otro”, sent. del 19.2.2009, publicado en: LLC 2009-mayo-, 359-RCyS 2009-VI, 45-DJ 16/09/2009).

En materia de salud pública los amparos se cuentan por miles. En muchos casos los pacientes-padecientes⁵² mueren antes de que se agoten todas las instancias judiciales a las que acude la representación fiscal. Otro tanto ocurre en materia previsional. Los diferendos se discuten hasta agotar las instancias locales ordinarias y extraordinarias y en no pocas oportunidades se interponen recursos extraordinarios federales llevando el juicio a la Corte Nacional. Son numerosos los casos de salud y previsionales en los cuales el paso del tiempo termina con la vida de los actores, estirando la exigibilidad de los créditos hasta la finalización de los procesos sucesorios.

El alongamiento indefinido de los juicios —sin que los jueces, salvo honrosas excepciones, impongan sanciones pecuniarias o amonesten la mala fe procesal— resulta un negocio financiero para el fisco, ya que la tasa de interés judicial siempre se ubica por debajo de los índices inflacionarios.

Otra causal de morosidad intolerable en el desarrollo de los procesos es la saturación que sufren los juzgados departamentales de primera instancia y las cámaras de apelación regionales, debido a la proliferación de juicios de apremio. El 16,30 % de las causas ingresadas en la Cámara de Apelaciones de La Plata, en el lapso 2015-2020, fueron apremios, mientras los juicios con pretensiones impugnatorias y de reconocimiento de derechos alcanzaron el 27 %;

52 Recomendamos la lectura de la obra de Auyero, Javier, *Pacientes del Estado*, Eudeba, 2013.

de tal suerte que los apremios superan la mitad de los casos de conflictos por excelencia pertenecientes a todo Fuero Contencioso Administrativo⁵³.

A pesar de que la ley 13435 (B.O.19.1.2006)⁵⁴ estableció el Fuero de Ejecución Tributaria, con el doble objetivo de asignar una materia específica y compleja a magistrados especializados y descongestionar los

53 Centro para la Implementación de Derechos Constitucionales, *¿Qué y cómo resuelve la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata?* Zoom al período 2015-2020, p. 18.

54 Las principales normas de la Ley 13.435 son: Art. 1º: Créase en el Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, el “Fuero de Ejecuciones Tributarias”, con competencia en las ejecuciones de los créditos fiscales por tributos, sus accesorios y sus multas de la Provincia o Municipalidades contra sus deudores, en las medidas cautelares autónomas que se soliciten anticipadamente en su resguardo y en el proceso de conocimiento posterior. Art. 2º: Créanse en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia y en el Fuero de Ejecuciones Tributarias, los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias. Art. 3: En la ciudad cabecera de cada departamento judicial, tendrá asiento un Juzgado de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias, salvo el correspondiente al Departamento Judicial La Plata en cuya cabecera tendrán asiento dos (2) Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias. Art. 4: Los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias funcionarán con dos (2) Secretarías. En función del índice de litigiosidad que se presenten en éstos, la Suprema Corte de Justicia podrá disponer la creación de otras Secretarías. Art. 5: Las Cámaras en lo Contencioso Administrativo tendrán competencia como tribunal de alzada contra las sentencias que dicten los Juzgados de Primera Instancia de Ejecuciones Tributarias.

juzgados contencioso administrativos, esta nunca se puso en práctica. Parafraseando a Carlos Nino, otro ejemplo para sumar al extenso catálogo de anomalías propio de un país al margen de la ley.

4.- Debe priorizarse el “impacto financiero” al ciudadano antes que cuidar el presupuesto oficial

A fines del año 2022, exactamente en el Boletín Oficial del 29 de diciembre, disimulados en la Ley de Presupuesto para el año 2023, la ley 15394 sumó dos artículos demostrativos —una vez más— del desprecio del legislador por los derechos individuales y el poco acatamiento de la letra y del espíritu del art. 15 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires.

En cuanto aquí interesa, es decir, transcribiendo solo las partes pertinentes, tales disposiciones rezan:

Art. 70: En los juicios contra el Estado provincial, municipal o entes descentralizados, el plazo para el cumplimiento de las sentencias de condena que se dicten en su contra, será de sesenta (60) días, por extensión del artículo 163 de la Constitución Provincial, quedando sujeto dicho plazo a las siguientes reglas:

1) Regirá para toda sentencia de condena cualquiera sea el fuero de actuación o la materia involucrada, salvedad hecha de los casos relativos a la tutela urgente de derechos fundamentales en especie.

[...]

6) Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso de sentencias que puedan tener magnitud económica como para comprometer la estabilidad presupuestaria, se admitirá la posibilidad de apertura de un incidente de evaluación de impacto financiero, con efecto suspensivo de la ejecutoria, con la finalidad de ponderar las consecuencias económicas del fallo y en su caso graduar, atenuar o diferir sus efectos, mediante un plan de cumplimiento, con el objeto de evitar alteraciones serias de la sostenibilidad fiscal. En ningún caso se afectará el núcleo esencial de derechos fundamentales.

En todos los casos deberán tomarse en cuenta las diligencias útiles implementadas y las posibilidades materiales de cumplimiento, sea a los fines de conceder una prórroga, de justificar una demora y/o de eximir de responsabilidades.

Art. 71: Quedan derogadas todas las leyes y demás disposiciones que se opongan a lo dispuesto en el artículo precedente.

La duración exasperante de los procesos antes descripta, se complementa ahora con el “incidente de evaluación de impacto financiero, con efecto suspensivo de la ejecutoria”; de tal suerte que, una vez agotadas todas las instancias (transitando, con suerte, media docena de años y siempre que el fisco perdidoso no acuda a los recursos extraordinarios ante la SCBA, en cuyo caso el plazo puede sumar un lustro o más) el juez encargado de hacer efectiva su sentencia tendrá que evaluar la contradicción y prueba del compromiso de la “estabilidad presupuestaria” invocada por la provincia demandada o reconvenida.

La carga de la prueba incumbe al incidentista. Cabe entonces preguntarse: ¿cómo acreditará la provincia el desequilibrio del presupuesto en caso de intento de ejecución de la sentencia de condena a pagar una suma de dinero? Pareciera que habrá que solicitar informes a despachos y organismos oficiales, sumando seguramente una pericia contable. En semejante escenario (imaginario, pero no fantasioso), la actora gananciosa deberá armarse de paciencia y resignarse a que su crédito pierda poder adquisitivo debido a la alta inflación y a las tasas de intereses negativas que la persiguen y nunca la alcanzan.

Otro interrogante esencial: ¿Cuáles son “los casos relativos a la tutela urgente de derechos fundamentales en especie” que justificarán la excepción a la regla? Si se trata de cumplir una sentencia “en especie”, es decir, no dineraria, el derecho fundamental a tutelar será la salud. Esto es la entrega de medicamentos por la obra social estatal. ¿Y si se tratara del desalojo de un inmueble arrendado por el Estado, el derecho de propiedad del locador se asumirá como “derecho fundamental” como lo ha reconocido en varias oportunidades la Corte Interamericana de Derecho Humanos?

No existen precedentes. Una cosa es segura, estos y otros interrogantes que callamos en homenaje a la brevedad, obligarán a discutir —tal vez durante años— la posibilidad de cobrar el crédito reconocido por sentencia firme. No parece ser este un mecanismo que honre la tutela judicial “efectiva” del tantas veces citado artículo 15 de la Carta Provincial.

Una vez más corresponde transcribir la inmejorable reflexión de González Pérez:

“Desde que se inventó eso que se ha llamado Estado de Derecho, la doctrina, de buena fe, con una ingenuidad sorprendente, ha venido ideando y perfeccionando fórmulas para garantizar la ejecución de las sentencias, en la convicción de que es el momento de la verdad en el control jurisdiccional de la Administración, pues solo en ese momento puede verificarse si los tribunales sirven para algo más que para hacer declaraciones platónicas. Pero mucho más hábiles que los buenos doctrinantes para buscar fórmulas de garantías son los legisladores para matizarlas y los encargados de aplicarlas para eludirlas. Los procedimientos utilizados son infinitos. Los administradores muestran una habilidad extraordinaria para conseguir sus fines y lograr que prevalezca su criterio. Se ha llegado a decir que la Administración, a la que, por otra parte, se le reprocha falta de imaginación, hace gala en este aspecto de una notable ingeniosidad”⁵⁵.

Cabe esperar la urgente declaración de inconstitucionalidad de los artículos 70 y 71 de la Ley de Presupuesto para el año 2023.

55 González Pérez, Jesús, Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano, Temis, Bogotá, 1985, pág. 387, el destacado ausente en el original.

IX - Consideraciones finales

El salto de calidad, producido a partir de la reforma constitucional bonaerense de 1994, fue muy importante en materia de acceso al servicio de justicia y tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos afectados por errores y excesos de poder de las autoridades. Sin embargo, la realidad de estas dos décadas pasadas ha dejado un amargo sabor a poco y no hay indicios de que se avecinen tiempos mejores, sumiendo a los estudiosos del tema en la desesperanza. No somos pocos quienes pensamos que el panorama se ensombrece cada vez más⁵⁶.

Es mucho lo que se ha avanzado en beneficio del debido proceso contencioso administrativo, pero, como bien se sabe, a lo ideal se contrapone la realidad. Desgraciadamente la provincia de Buenos Aires registra claras falencias en materia de calidad institucional, servicios públicos y eficacia en las funciones del Estado. La Administración, la actividad legislativa y la función judicial se muestran alejados de los niveles de eficacia deseables. De todos modos, conviene reiterarlo, el sistema instaurado entre 1994 y 2003 resulta claramente superador del antiguo régimen decimonónico del Código de Varela.

56 Para un completo y fundado inventario de los vicios y defectos que empañan la reforma, ver: Oroz, Miguel H. E., A casi veinte años del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Provincia de Buenos Aires, Revista Jurídica Digital “Palabras del Derecho”, <https://palabradelderecho.com.ar>, 7.5.2023 primera parte, 5.7.2023 segunda parte.

Este trabajo reproduce la conferencia dictada por el autor en el marco de la Jornada Internacional de Derecho Constitucional a 30 años de la reforma de la Constitución Argentina y de la provincia de Buenos Aires, del 22 de agosto de 2024, y forma parte de la Obra Colectiva del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, en edición con la Editorial Ábaco.

*Carlos Botassi
Profesor Emérito
de la Universidad Nacional de La Plata.
Director de la Carrera de Posgrado de Especialización en
Derecho Administrativo
de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad Nacional de La Plata.*

El artículo 75 inciso 22: la incorporación de los instrumentos de derechos humanos y el discurso de odio

Por Miguel Oscar Berri

"Nadie nace odiando a otra persona por el color de su piel, o su origen, o su religión"

Nelson Mandela

Resumen

A partir de la primera parte del siglo xxi han comenzado a surgir, en forma más intensa, discursos sesgados por el nacionalismo, la discriminación, y la caracterización de una polarización entre nosotros y ellos que se identifican con el discurso de odio. El presente trabajo tiene por objeto hacer un análisis comparativo entre la regulación y la jurisprudencia española, europea, de los Estados Unidos y la República Argentina en una breve síntesis. Tratando de establecer una relación con la acentuación de los movimientos denominados populistas.

Abstract

Since the first part of the 20th century, discourses biased by nationalism, discrimination, and the characterization of a polarization between us and them, identified with hate speech, have begun to emerge more intensely. The purpose of this paper is to make a comparative analysis between the Spanish, European, United States and Argentinean regulations and jurisprudence in a brief synthesis. Trying to establish a relationship with the accentuation of the so-called populist movements.

Introducción

Al cumplirse 30 años de la reforma de la Constitución Argentina, aniversario que también comprende la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, consideramos importante comenzar con algunos puntos incorporados que surgen de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos que tienen rango constitucional. Dentro de ello hemos decidido tratar de analizar el discurso de odio, una expresión que se ha incorporado, fundamentalmente, a nuestro derecho a partir de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 13 apartado 5) y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 20)

Desde nuestra mirada una de las normas esenciales que generó una transformación estructural en nuestro sistema jurídico es el inc. 22 del artículo 75. Ello por cuanto genera un nuevo procedimiento para darle o quitarle rango constitucional a Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo que no solo resulta importante por establecer una nueva forma de darle contenidos a la Constitución sin reformarla (lo que algunos autores han definido como función semiconstituyente), sino que, además, termina en definitiva con la discusión respecto de la jurisdicción y competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con ello garantiza la consagración definitiva del control de convencionalidad. Como bien sabemos, el discurso de odio se encuentra en nuestra Constitución por medio de los tratados internacionales sobre derechos humanos que son parte de ella en el inc. 22 del art 75, con lo cual consideramos importante examinar su

alcance y aplicación en el derecho comparado, en el derecho internacional de los derechos humanos y en nuestro sistema jurídico.

Los discursos de odio han sido definidos como: "Formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración..."¹. Estas formas tienden a hacer surgir una diferencia en la que se estigmatiza una división: nosotros - ellos que genera una diferencia esencial con relación a determinadas reivindicaciones en materia de derechos y reconocimientos. De este modo, se tiende a una polarización de una sociedad pluralista que se radicaliza en la diferencia, tratando de generar un concepto maniqueo (bien-mal), de manera tal que aquellos que profesan una determinada religión, una militancia ideológica, pertenencia a determinados grupos sexuales, etc., hagan sentir a los que son diferentes como inferiores.²

1 Recomendación N° 97 (20) del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio, en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

2 "El concepto de lo político". Schmitt Carl, 2014. Editorial: Alianza Editorial. Alianza Editorial, S.A. c/ Juan Ignacio Luca de Tena, 15 28027 Madrid (España)." La razón populista", Laclau Ernesto 2005. Editorial Fondo de Cultura Económica Argentina. "En torno a lo político" Mouffe Chantal. 2007. Editorial Fondo de Cultura Económica Argentina. Dirección El Salvador 5665, C1414BQE

La necesidad de crear un sujeto colectivo PUEBLO contra otro u otros sujetos colectivos ANTIPUEBLO, u otro tipo de caracterizaciones comienza a cobrar relevancia nuevamente en la cultura occidental y pone en el centro del análisis el concepto democracia Militante y democracia Liberal.

Sin embargo, en América Latina y algunos ámbitos europeos se mantienen y desarrollan concepciones afines con la democracia deliberativa. Esto es, un ideal regulativo donde la deliberación de todos los ciudadanos, especialmente de los afectados por las medidas del gobierno sea un componente del sistema además de la votación.

En este sentido es importante recordar la clasificación sintética de José Luis Martí en democracia de mercado, democracia agonista y democracia deliberativa.³

Para que funcione esta división binaria amigo-enemigo (Schmitt) es necesario un discurso que genere equivalencias entre las demandas de los que pertenecen al grupo de los amigos y oponerlas a las demandas o situaciones de los que pertenecen al grupo de los enemigos.

Es allí donde aparece el discurso de odio (no solo las palabras sino cualquier otro tipo de expresión que genere asco, repulsión, o mecanismos de exclusión constituyen este concepto discursivo).

CABA. Argentina. “El populismo” Loris Zanatta. 2014 Katz Editores. Buenos Aires, argentina.

3 La Republica deliberativa. Editorial Marcial Pons. 2006

Estos hechos ponen en crisis el derecho a la libertad de expresión y su posible limitación. Obviamente existen situaciones claras de discurso de odio que han traído como consecuencia los crímenes de lesa humanidad.

El punto en crisis es fundamentalmente las zonas de penumbra y su definición, esto es la existencia de zonas dudosas que ponen en peligro la diferencia entre víctimas y disidentes.

La disidencia y su expresión en el discurso y la protesta son elementos sustanciales del sistema democrático por ello es interesante verificar las diferencias entre la posición de Superior Tribunal Constitucional de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Suprema de los Estados Unidos, la Corte Suprema de la República Argentina, y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El concepto europeo del discurso de odio⁴

Resulta necesario, con carácter previo a la descripción de la jurisprudencia europea en sus casos más relevantes, tener en cuenta una definición de carácter normativo y doctrinaria de lo que se entiende en la Unión Europea como el discurso de odio.

⁴ En este apartado seguimos el trabajo de Carmen Quesada Alcalá, “La labor del tribunal europeo de derechos humanos en torno al discurso de odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española”. Revista electrónica de Estudios Internacionales (2015).

En este sentido, la recomendación 97 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, entiende por discurso de odio: “Formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan, o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas nacidas de la inmigración”.⁵

Esta definición del tema en tratamiento ha sido reconocida en diversas oportunidades por el Tribunal Europeo de derechos Humanos, que, además, ha determinado que dicho concepto es autónomo, ya que se encuentra vinculado por la clasificación que al respecto realizan los tribunales internos.⁶

Surgen a partir de aquí tres categorías: 1) la incitación al odio racial contra personas o grupos de personas por distintos motivos, 2) la incitación a otras formas de odio basadas en la intolerancia, inclusive la intolerancia que se funde en formas de nacionalismo agresivo o etnocentrismo.

Finalmente, como tercer grupo, es importante la incitación al odio por motivos religiosos (quizá hoy la más relevante como consecuencia de las actividades

5 Recomendación 97(20) del Comité de Ministros sobre el Discurso del Odio, en http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec%281997%29020&expmem_EN.asp

6 Ver al respecto: STEDH, Asunto Sürek v. Turkey, (Nº 26682/95), 8 de julio de 1999.

del terrorismo internacional que invoca el islam). En este sentido la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Permanente del Consejo de Europa sobre la blasfemia, insultos religiosos y discursos contra las personas a causa de su religión considera discurso de odio: "...las manifestaciones en las que se pide que una persona o grupo de personas sean objeto de odio por motivo de su religión o cualquier otro motivo".

Además, podemos indicar que la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 7 del año 2002 que ha establecido una clasificación similar y en tres categorías el discurso del odio.

Por último es importante señalar que el discurso de odio se encuentra prohibido en varios instrumentos internacionales como: la Carta de las Naciones Unidas de 1945 (párr. 2º del Preámbulo, artículos 1.3, 13.1.b, 55.c y 76.c), la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 1, 2 y 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículos 2.1, 20.2 y 26), la Convención Internacional de 1965 sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 4 y 5), la Declaración de 1981 sobre la Eliminación de todas las formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la religión o las convicciones.

En esta primera aproximación se trata de describir conceptos normativos y recomendaciones. Si bien no tienen carácter obligatorio han impulsado la legislación interna de los países pertenecientes a la Unión que incluso tipifican el delito de odio.

El discurso del odio ante el tribunal europeo de derechos humanos

El TEDH ha dictado varias sentencias referidas al discurso del odio. Podemos decir que partiendo de la libertad de expresión como uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y que como consecuencia de ello se encontrarían protegidas las informaciones o ideas que ofenden, chocan o molestan a algún sector de la población, que Carmen Quesada Alcalá designa como de discurso impopular u ofensivo, la instancia europea destaca que en algunos supuestos resultaría de aplicación la prohibición del artículo 17 del CEDH.

En este sentido varias sentencias pueden citarse, recogeremos los casos que a nuestro criterio son relevantes:

1. *Marais contra Francia*, de 24 de junio de 1996. La sentencia se centra en el trabajo de un científico que pretendía demostrar que la técnica utilizada por los nazis en las cámaras de gas del campo de Struthof-Natzweiler, en ningún caso pudieron haber producido los efectos devastadores que se le atribuyen. Marais fue condenado a una multa y a la indemnización civil por daños y perjuicios, dado que al negar la existencia de los crímenes cometidos en una de las cámaras de gas se subsumía la conducta en el delito de negación del Holocausto judío, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 del Convenio. Por otra parte, el criterio relacionado con la ponderación de valores y derechos es un recurso cada vez más utilizado. El análisis puntual de los derechos en conflicto ha contribuido a delimitar

el alcance de las expresiones que cuestionan el Holocausto. No obstante, la doctrina mayoritaria se ha inclinado por la interpretación del artículo 17 del CEDH.⁷

2. Un cambio sutil en la jurisprudencia del TEDH se aprecia desde la aparición de la sentencia *Lehideux e Isorni contra Francia*, de 23 de septiembre de 1998. En esta resolución se cuestionaba la publicación del diario *Le Monde*, en la que se reprochaba la corta memoria de los franceses en relación a las acciones realizadas por el mariscal Pétain, cuyas simpatías durante la Segunda Guerra Mundial se evidenciaron en favor del bando alemán. El controvertido texto enfatizaba en la revisión de la condena y la rehabilitación del militar, amparándose en todo momento bajo el artículo 10 del CEDH. El TEDH resolvió que la publicación no se refería a un caso análogo al de la negación del Holocausto judío.

3. *Garaudy contra Francia*, de 24 de junio de 2003. En esta resolución se cuestiona la publicación de un libro que incluye un capítulo sobre el “mito del Holocausto”, en el que minimizaba los crímenes cometidos contra los judíos frente a otros genocidios. El autor fue condenado por la Ley Gayssot por la negación de crímenes contra la humanidad, resolución que sería impugnada ante el TEDH.⁹⁵ Al respecto, el

⁷ En este punto seguimos el trabajo de Yéssica Esquivel Alonso “El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”. *“Hate speech in the jurisprudence of the european court of human rights”*. Publicado en Revista Mexicana de Derecho Constitucional Núm. 35, julio-diciembre 2016.

TEDH volvió a señalar que “no puede caber duda de que negar la realidad de hechos históricos claramente establecidos como el Holocausto [...] no constituye un trabajo de investigación histórica que guarde relación con una búsqueda de la verdad”. Por lo que afirmó que los actos son incompatibles con la democracia y los derechos humanos, consecuentemente no puede ampararse su publicación en la protección del artículo 10 del CEDH.

4. En el *Norwood vs. The United Kingdom*, el Tribunal Europeo aplicó el mencionado artículo por primera vez en relación con los ataques de un Partido Político, el British National Party, contra la comunidad musulmana. En este asunto, dicho Partido político mostró una fotografía de las Torres Gemelas en llamas con las palabras “Islam out of Britain-Protect the British People”, y el símbolo de la media luna en una señal de prohibición. El Tribunal Europeo estimó que tal ataque contra un grupo religioso, vinculando dicho grupo con el terrorismo, es incompatible con los valores proclamados y garantizados por la Convención, sobre todo con la tolerancia, la paz social y la no discriminación. En consecuencia, para el Tribunal Europeo, quedarían excluidos de la protección de la libertad de expresión los discursos claramente racistas. De este modo, el recurso al art.17 de la CEDH, raramente invocado, pone de manifiesto una postura evidente de implicación de dicha instancia europea en la lucha contra el discurso de odio, postura que sería reafirmada con posterioridad.⁸

8 Caso citado en el trabajo mencionado en nota *supra* 3.

5. Erbakan c. Turquía (Nº 59405/00), de 6 de julio de 2006. Se refería a un político y ex primer ministro de Turquía que, durante la campaña para las elecciones municipales, pronunció un discurso contra los no musulmanes, con acusaciones de explotación y opresión del mundo islámico, y con una abierta invitación a instaurar una fraternidad basada sobre el islam. El discurso fue interpretado por los tribunales internos como incitación al odio y a la hostilidad, y Erbakan sería condenado a penas pecuniarias y de prisión. El Tribunal Europeo estimó, en cambio, que la sanción impuesta a nivel interno por el discurso de odio entraba en contradicción con el art.10.2 de la CEDH.

6. Féret c. Bélgica (nº 15615/07), de 16 de julio de 2009, párr. Tuvo en cuenta que la contextualización de dicho discurso en el marco de un proceso electoral, no impide que “levantemos el velo” para determinar si el lenguaje utilizado se halla incitando al odio y a la discriminación racial. “[...] es necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”. En cuanto a los mensajes explícitos, se impone claramente la idea de que la libertad de expresión no puede ofrecer garantías para los mismos, de modo que “expresiones concretas que constituyen un discurso del odio [...] no se benefician de la protección del artículo 10 36 del Convenio”. En cambio, para los mensajes implícitos, se habrán de tomar en consideración determinados criterios en referencia al contexto y al impacto que produzcan los mismos en el momento de su difusión. En todo caso, se ha de hacer un análisis sistemático de los mensajes

difundidos con el fin de lograr resultados claros.

7. Giniewski c. Francia, de 31 de enero de 2006. Giniewski realiza un análisis crítico de la posición del Papa y discierne sobre los posibles vínculos de una determinada doctrina con los orígenes del Holocausto. Será condenado en Francia y apela al TEDH. El Tribunal de Estrasburgo considera que el artículo no contiene ataques a una determinada religión, sino el punto de vista que el demandante quería expresar como historiador y periodista. Es esencial para una sociedad democrática, dice el Tribunal, que el debate sobre las causas de actos de especial gravedad sobre crímenes contra la humanidad se lleve a cabo libremente. Si bien el artículo en cuestión contenía pasajes que podían molestar o chocar a algunas personas, el Tribunal reitera que ello no es suficiente para interferir en la libertad de expresión. El escrito en concreto, además, no había ofendido gratuitamente, insultado ni incitaba al odio. Concluye que, aunque al final se había condenado simbólicamente al demandante, la obligación impuesta por el Tribunal interno de publicar la noticia en la que se indicaba que había sido condenado penalmente en primera instancia constituía una sanción desproporcionada desde el punto de vista de la importancia e interés del debate en torno al tema del artículo.

8. En la sentencia Aydin Tatlav c. Turquía, de 2 de mayo de 2006, el demandante, periodista de profesión, editó un exitoso libro titulado *La realidad del islam*. La idea de la obra era muy sencilla: la religión tiene como efecto legitimar las injusticias sociales justificándolas en base a la voluntad de Dios.

En Estrasburgo el demandante argumenta que la condena ha supuesto una violación de su libertad de expresión. El TEDH constata que la obra en cuestión contiene vivas críticas a la religión, desde un plano sociopolítico. Sin embargo, el Tribunal no observa en tales reflexiones un tono insultante hacia los creyentes, ni un ataque a la comunidad del islam injurioso a los símbolos sagrados de los musulmanes. En cuanto a la sanción impuesta al demandante, una condena penal puede tener el efecto de disuadir a los autores y editores de publicar opiniones sobre la religión que no son conformistas y constituir un obstáculo a la protección del pluralismo, indispensable para la evolución saludable de toda sociedad democrática.⁹

El discurso de odio ante el Superior Tribunal Constitucional de España¹⁰

En el presente acápite veremos algunas sentencias que consideramos importantes a los fines del presente trabajo.

9 Omar Bouazza Ariño “Notas de jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”. Revista de Administración Pública 278 ISSN: 0034-7639, núm. 171, Madrid, septiembre-diciembre (2006), págs. 277-289.

10 En el presente acápite seguimos el trabajo de Andrés Gascón Cuenca “Evolución Jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década” “Hate Speech in Spain: the Case Law Evolution of the Last Decade”. Publicado en: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho Número 26 (2012) ISSN: 1138-9877. También se cita a Michel Rosenfeld en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681>.

1. Sentencia del Tribunal Constitucional número 214/1991 del 11 de noviembre de 1991.

En el presente caso, se trata la publicación en el número 168 de la revista “Tiempo” de una entrevista realizada a un ex jefe de las Waffen S.S., en las que realizaba afirmaciones (que se recogen en la sentencia) del siguiente cariz:

Hay tantos ahora, en referencia a los judíos, resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios.

Ante tales afirmaciones la actora, Violeta Friedman, acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional (TC) por no haber encontrado satisfacción a su demanda en el Tribunal Supremo (TS), ya que éste no admitió su recurso de casación por una vulneración del artículo 18.1 CE (derecho al honor), en relación con el artículo 20.4 Constitución Española (límites a la libertad de expresión) y el artículo 10.2 de la CE (interpretación de los derechos fundamentales de la CE acorde con la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros acuerdos y tratados internacionales), puesto que los magistrados de la Sala Primera del TS no le reconocieron legitimación activa en el proceso, ya que las afirmaciones del ex jefe de las Waffen S.S. no constituyan un ataque a su derecho al honor, dado que (según la interpretación del TS), no se observó un nexo entre las afirmaciones vertidas en la revista “Tiempo” y la presunta lesión alegada. El superior tribunal constitucional por el contrario considera que (cabe destacar que esta sentencia es dictada antes de la reforma del Código penal de 1995) “...nuestra Ley fundamental no otorga

la legitimación activa exclusivamente a la “victima” o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés legítimo”. El Tribunal Constitucional afirma, que su decisión sigue la línea jurisprudencial que sobre esta materia ofrece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que las sociedades democráticas necesitan proteger una amplia libertad de expresión, “protección esta que es aplicable no solo a la información o ideas que son favorablemente recibidas o que se tienen como inofensivas o sobre una materia que es indiferente, sino que también sobre aquellas que ofenden, causan shock o turban al Estado o a cualquier sector de la población”.

Asimismo, el TC afirma que las declaraciones realizadas a la revista “Tiempo” por parte del ex jefe de las Waffen S.S., superan el margen establecido anteriormente, puesto que se trataban de afirmaciones abiertamente racistas y antisemitas, que no pueden interpretarse más que como una incitación antijudía, con independencia de cualquier juicio de opinión sobre la existencia de hechos históricos”. “...Puesto que no se limita a ofrecer una versión de la historia que, por despreciable que nos parezca, estaría dentro del derecho fundamental a la libertad de expresión, sino que ofrece un manifiesto descrédito y menosprecio hacia las propias víctimas y por lo tanto, concluye el TC, “exceden del ámbito en el que debe entenderse prevalente el derecho a expresar libremente los pensamientos, ideas y opiniones consagrados en el art. 20.1 CE”.

En lo que se refiere al presente caso, como argentino, me resulta sumamente interesante como se resolvió

el problema de la legitimación. Ello por cuanto en mi país en el año 1992 en el caso "EKMEKDJIAN MIGUEL A. c. SOFOVICH, GERARDO Y OT." Corte Suprema de Justicia de la Nación. 07/07/1992 se planteó la legitimación activa para un profesor de derecho constitucional en representación del grupo de los pertenecientes a la grey católica, en el ejercicio del derecho de réplica, por unas manifestaciones, que se consideraron ofensivas, de un autor con relación a la Virgen María. En el fallo solo se hace consideración a un artículo que sostenía una posición similar en el derecho norteamericano: "a los efectos de considerar la habilitación de la revisión judicial se distinguen los intereses "materiales", los "ideológicos" y los que se refieren a la vigencia efectiva de la ley (Richard B. Stewart, "The Reformation of American Administrative Law", Harvard Law Review, vol. 88, N° 8, junio de 1975, p. 1669). Se destacan aquí los denominados "intereses ideológicos", que son aquellos que buscan "la afirmación de principios morales o religiosos (...) y aunque prima facie no deben ser acogidos a los efectos de la revisión judicial si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dicho interés alcanza suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca." sin citarse este caso que hubiera tenido mayor fuerza normativa..."

2. Sentencia del Tribunal Constitucional número 235/2007 de 7 de noviembre de 2007.

Esta sentencia, que resuelve el recurso de amparo contra la dictada por el Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, con fecha de 16 de noviembre de 1998, que condenaba a Pedro Varela Geis a dos años

de prisión por un delito continuado de genocidio en base al artículo 607.2 CP y a la pena de tres años de prisión por un delito continuado consistente en provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas o antisemitas de acuerdo con el artículo 510.1 CP.

Compartimos con Andrés Gascón Cuenca del Institut de Drets Humans Universitat de València Tribunal, que el Tribunal Constitucional al resolver el caso va a definir como *holding* o *ratio decidendi* lo siguiente:

- a. El TC cree, que la mera difusión de una visión de la historia, “sin emitir juicios de valor” sobre los mismos o su antijuridicidad, afecta al ámbito del derecho fundamental a la libertad de expresión.
- b. El Tribunal afirma que la mera negación de un delito, sin una promoción positiva, o adhesión valorativa al hecho criminal, resulta inane y por lo tanto es una extralimitación del legislador penal.
- c. Situación esta, diferente de la justificación del delito de genocidio, donde sí sería constitucionalmente legítimo castigar penalmente las conductas que supongan una incitación directa o indirecta a la comisión de delitos contra el derecho de gentes, o que provocan de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia. Para ello es necesario que la difusión pública de las ideas justificadoras entre en conflicto con bienes constitucionalmente relevantes.

En este sentido hace dable recordar que se consuma el delito: cuando la conducta consistente en presentar

como justo el delito de genocidio se busque alguna suerte de provocación al odio hacia determinados grupos definidos mediante la referencia a su color, raza, religión u origen nacional o étnico, de tal manera que represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación".

3. Sentencia desestimatoria del Superior Tribunal Constitucional caso Tasio Erkizia Almandoz del 20 de junio de 2016. Se trata de una sentencia desestimatoria de un acusado de alabar a la ETA en un discurso de odio de nacionalismo agresivo. El tribunal consideró:

III. El discurso del acusado Tasio Erkizia Almandoz fue el momento central del acto. En él pidió "una reflexión [para] escoger el camino más idóneo, el camino que más daño le haga al Estado, que conduzca a este pueblo a un nuevo escenario democrático" y terminó con los gritos ¡Gora Euskal Herria askatuta", "Gora Euskal Herria euskalduna" y "Gora Argala" - ¡Viva Euskal Herria libre! ¡Viva Euskal Herria vasca! ¡Viva Argala!, gritos que fueron respondidos por el público...

Las resoluciones judiciales impugnadas, en su labor de interpretación y aplicación del art. 578 CP, han ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes en la conducta del demandante de amparo. Concluyen correctamente no solo la aplicación del tipo penal –sobre lo que nada tiene ahora que decir este Tribunal al no ser una cuestión controvertida en este recurso de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE); sino, especialmente, que era una

conducta que no quedaba amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido de la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], que es el concretamente invocado en este amparo, al tratarse de una manifestación del discurso del odio que incitaba públicamente el uso de la violencia en la consecución de determinados objetivos políticos. Al respecto, no es ociosa la cita de STEDH de 8 julio 1999, caso Sürek contra Turquía, en la que se subraya que "...allí donde las declaraciones litigiosas inciten al uso de la violencia con respecto a un individuo, un representante del Estado o una parte de la población, las autoridades nacionales gozan de un margen de apreciación más amplio en su examen de la necesidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión". Aceptado, como aquí hemos hecho, la presencia de dicha incitación a la violencia en los hechos objeto de enjuiciamiento, se comprimen aún más los márgenes para apreciar el ejercicio legítimo del derecho invocado.

En conclusión, debe denegarse el amparo solicitado por el demandante, toda vez que la sanción penal de su conducta, por ser una manifestación del discurso del odio, que incitaba a la violencia, a través del enaltecimiento del autor de actividades terroristas, la cual no puede quedar amparada dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE].

Como hemos visto existe una jurisprudencia que sanciona el discurso del odio, que, en distintas situaciones, toma en cuenta las circunstancias del caso.

El discurso de odio en los Estados Unidos¹¹

En los Estados Unidos la visión sobre la libertad de expresión es sumamente amplia. Se considera que todas las manifestaciones discursivas se encuentran cubiertas por la segunda enmienda, a excepción de aquellas que hagan aparecer un peligro claro e inminente.

En este sentido es esencial tener en cuenta el voto del juez Holmes en “Schenk vs Estados Unidos” (249 U.S., 1919, 47) las aportaciones del juez Holmes sobre el «peligro claro e inminente» y la imposibilidad de amparar el derecho a gritar ¡FUEGO! En un teatro lleno. En el caso en el que estaba en análisis el derecho a criticar la implicación del Gobierno de los Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial por parte de algunos líderes del Partido Socialista, y que fue resuelto, por unanimidad, en sentido contrario a tal derecho de crítica.

11 En el presente acápite seguimos a los trabajos siguientes: Rafael Alcácer Guirao. “VÍCTIMAS Y DISIDENTES. El «discurso del odio» en EE. UU. y Europa” en Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 103, enero-abril (2015), págs. 45-86. Miguel Revenga Sánchez “Trazando los límites de lo tolerable: Libertad de expresión y defensa del ethos democrático en la jurisprudencia constitucional española” publicado en Cuadernos de Derecho Público, núm. 21 (enero-abril, 2004). MICHEL ROSENFEILD “El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo” publicado en Pensamiento Constitucional Año XI N.º 11.

Posteriormente y con la intervención nuevamente de Holmes en su famosa disidencia en el caso Abrams v. United States (250 U.S. 616.1919) Expreso: "... pero cuando los hombres se den cuenta de que el transcurso del tiempo ha desvirtuado muchas convicciones profundas, podrán terminar creyendo... que el fin último deseado es mejor alcanzarlo por el libre intercambio de las ideas, que el mejor test de la verdad es el poder que tiene el pensamiento de terminar siendo aceptado en la competencia del mercado y que la verdad es la sola base sobre la cual sus deseos pueden ser conseguidos sin riesgo. De todos modos, esta es la teoría de la Constitución. Es un experimento, como la vida en sí misma es un experimento. Cada año, sino cada día, tenemos que apostar nuestra salvación a alguna profecía basada sobre nuestro conocimiento imperfecto. Mientras este experimento forme parte de nuestro sistema, creo que debemos estar siempre vigilantes contra los intentos de impedir las expresiones que aborrecemos... Solo la emergencia que hace inmediatamente peligroso dejar la corrección de los malos consejos al tiempo, justifica hacer una excepción al mandato de que "el Congreso no hará ninguna ley que restrinja la libertad de expresión".

La doctrina sentada en el mencionado voto de Holmes terminará siendo la que se mantiene hasta hoy por la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Sin embargo, por ser anterior al caso mencionado merece traerse, como excepción, el voto disidente que el juez Jackson firmó en el asunto Terminiello c. Chicago (337 U.S. 1. 1949).

El caso se trataba en lo que aquí nos interesa de un sacerdote antisemita que se pronunció frente a una multitud en auditorio, mientras que en exterior cientos de personas lo repudiaban. Este clérigo entre otras manifestaciones racistas afirmó: «Hay que matar a todos los judíos». En aplicación de una norma que prohibía toda manifestación que pudiera alterar la paz pública por generar ira o alarma social, las autoridades de la ciudad de Chicago impusieron una multa al sacerdote, recurriendo éste ante el Tribunal Supremo por vulneración de su derecho a la libre expresión. En una sentencia de cuatro folios, el voto mayoritario declaró la sanción contraria a la libertad de expresión por cuanto la norma aplicada abarcaba supuestos de expresión con relevancia pública, protegidos por la Primera Enmienda. La decisión estaba sostenida en la idea de que «la vitalidad de las instituciones civiles y políticas en nuestra sociedad depende de la libre discusión pública», siendo «el derecho a expresarse libremente y de promover la diversidad de ideas y programas [lo] que nos separa de los regímenes totalitarios». Recogía así la posición que terminaría por hacerse unánime —sobre todo a partir de *Brandenburg c. Ohio*, de 1969—, según la cual la expresión pública (máxime respecto de asuntos con relevancia política) no puede ser restringida en aras a proteger otros derechos o valores.

Como vemos la visión de la libertad de expresión como “libertad preferida” (conforme la expresión de Laurence Tribe) se profundizaba en la doctrina de la Corte norteamericana.

A pesar de ello el juez Jackson emitió un extensísimo y apasionado voto disidente, en el que, oponiéndose a la decisión mayoritaria, afirmó que, sin lugar a dudas, el ejercicio del gobierno debería estar controlado por una opinión pública libre, pero que no debe perderse de vista que «en muchas ocasiones reclaman libertad quienes esperan una oportunidad para poner la democracia en jaque», y que, frente al «dogma de la libertad absoluta», «a largo plazo el mantenimiento de la libertad de expresión peligrará en mayor medida si la población no puede obtener protección frente a los abusos que llevan a la violencia. Ninguna libertad puede asegurarse si se asume que sus abusos son inseparables de su disfrute». Jackson finalizaba su alegato afirmando que «la opción no es entre orden o libertad. Es entre orden con libertad o anarquía sin ninguno de ellos. Existe el peligro de que, si el Tribunal no atempera su lógica doctrinaria con un poco de sabiduría práctica, convertirá la Constitución en un pacto suicida». La voz de Jackson no encontraría eco en la jurisprudencia americana.¹²

La visión se profundizará aún más en: *Brandenburg v. Ohio* (395 U.S. 444.1969), en la que el Tribunal sentó el principio de que las garantías constitucionales asociadas a la libertad de expresión no permiten siquiera a un Estado prohibir la apología del uso de la fuerza o de la violación de la ley excepto cuando esa apología está dirigida a incitar o producir una inminente acción ilícita y es adecuada para incitar o

12 Quizás haya tenido mucha influencia en el voto de juez Jackson el hecho de que fue fiscal de los Tribunales de Nuremberg en los juicios contra los criminales de guerra.

producir esa acción. No puede equipararse, afirmó, la mera exhortación en abstracto sobre la corrección o necesidad moral del recurso a la fuerza con la preparación de un grupo para la acción violenta o la provocación a tal acción. En atención a lo anterior, declaró inconstitucional la ley de Ohio que, dirigida a prohibir el sindicalismo violento, había sido aplicada para sancionar a un cabecilla del Ku Klux Klan por un discurso racista ante sus seguidores, porque, desconociendo esa diferencia, prohibía, bajo amenaza de pena, la mera apología y la reunión con otras personas solo para abogar por el uso de la violencia.

Luego vendrá una decisión que muestra la diferencia sustancial en relación a la interpretación del alcance del derecho a la libertad de expresión entre los Estados Unidos y Europa (no solo lo restringiría a Europa, sino que me atrevo a expresar con casi la totalidad de las democracias occidentales.¹³

Este fallo será: “El Partido Nacional Socialista de América v. Village of Skokie, (432 US 43.1977)” (también conocido como Smith contra Collins, a veces referido como el Caso Skokie).

Paso a relatar brevemente los hechos: En 1977, Frank Collins, líder del Partido Nacional Socialista de Estados Unidos, anunció la intención del partido de marchar a través de Skokie, Illinois. En la comunidad predominantemente judía, uno de cada seis residentes era un sobreviviente del Holocausto

13 Ver Rosenfeldl, *Op cit supra* nota 10.

o estaba directamente relacionado con uno. Originalmente, la NSPA había planeado un mitin político en Marquette Park en Chicago; Sin embargo las autoridades de Chicago bloquearon estos planes al exigir a la NSPA publicar un bono de seguridad pública y al prohibir las manifestaciones políticas en Marquette Park.

En nombre de la NSPA, la ACLU impugnó la orden emitida por el Tribunal de Circuito del Condado de Cook, Illinois, que prohibía a los manifestantes en la manifestación propuesta de Skokie usar uniformes nazis o exhibir esvásticas. La ACLU estuvo representada por el abogado de derechos civiles Burton Joseph. Los desafiadadores argumentaron que el mandato violó los derechos de la Primera Enmienda de los manifestantes para expresarse.

La Suprema Corte utilizó un mecanismo procesal particular una opinión *per curiam*, la Corte sostuvo que Illinois debe proveer estrictas salvaguardas procesales, incluyendo revisión de apelaciones, para negar la suspensión de un mandato judicial privando al Partido Nazi de los derechos protegidos de la Primera Enmienda. El Tribunal trató la negación de la Corte Suprema de Illinois de una suspensión como una sentencia final a los propósitos de la jurisdicción de la Corte Suprema porque involucraba un derecho separable y colateral a los méritos del caso del Partido Nazi. Por lo tanto, la Corte también trató la solicitud del Partido Nazi para una estancia como una petición de certiorari. La Corte revocó y remitió el caso para nuevos procedimientos.

El juez William Rehnquist, seguido por los jueces Warren Burger y Potter Stewart, discreparon. No estaban de acuerdo con que la negativa de la Corte Suprema de Illinois a suspender un mandato judicial podría ser descrita como un fallo o decreto final por parte del tribunal supremo de un estado. Señaló que ningún Tribunal de Apelación de Illinois había oído o decidido los méritos de la reclamación federal del Partido Nazi.

Luego se decidirá otro caso: "RAV c. Ciudad de St. Paul, (505 U.S. 37.1992)", un grupo de adolescentes quemó una cruz improvisada en el césped de una pareja afroamericana, la Ordenanza de Delitos de la Ciudad de St. Paul prohibía símbolos que "[despiertan] ira, alarma o resentimiento en otros sobre la base de raza, color, credo, religión o género". En un fallo unánime del magistrado Antonin Scalia (con opiniones concurrentes), la Corte consideró que la ordenanza era excesivamente amplia entre una gran cantidad de argumentos de un voto de la mayoría redactado por el juez Scalia. Lo que nos importa rescatar es el siguiente párrafo referido a la constitucionalidad de la ordenanza, la Corte concluyó: "No nos equivoquemos en nuestra creencia de que quemar una cruz en el patio delantero de alguien es reprobable, pero San Pablo tiene suficientes medios a su disposición para evitar ese comportamiento sin agregar la Primera Enmienda al fuego".

En el caso *Virginia v. Black*, once años después de R.A.V la Corte (en un fallo 5-4) encontró que el estatuto de Virginia contra la quema de una cruz es inconstitucional en relación a cuando el texto del estatuto dice: "Cualquier quemadura de una

cruz será evidencia prima facie de una intención de intimidar a una persona o grupo de personas. En lo que nos importa el Superior Tribunal expresó: “Este texto en particular fue declarado inconstitucional, ya que viola la Decimocuarta Enmienda en la medida en que proporciona la presunción de que el acto de quemar la cruz es una prueba de la intención de intimidar...”.¹⁴

En el caso *Snyder v. Phelps*, (562 US 443.2011), se planteó la cuestión de si la Primera Enmienda era capaz o no de proteger a los manifestantes públicos en un funeral contra la angustia emocional, más conocida como *responsabilidad civil por agravio*. Se trataba de una afirmación de inflación intencional de angustia emocional por Albert Snyder, un hombre gay cuyo hijo Matthew Snyder, un marine, murió durante la guerra de Irak. La demanda se hizo en respuesta a las acciones de la familia Phelps, así como la Iglesia Bautista de Westboro que también estaban presentes en el piquete del funeral. La Corte falló en favor de Phelps en una decisión 8-1, determinando que su discurso relacionado con un asunto público estaba completamente protegido, y no podía ser prevenido como lo fue en propiedad pública.

En los contenidos del fallo: “si bien no pueden considerarse refinadas reflexiones políticas o sociales, las cuestiones a que aluden —la conducta moral y política de los Estados Unidos y sus ciudadanos, el destino de nuestra nación, la homosexualidad en el ejército, o determinados escándalos vinculados

14 Traducción del autor.

a la Iglesia Católica— son importantes para la opinión pública». Por lo demás, aun cuando algunos de los mensajes pudieran ir dirigidos contra el soldado Snyder en particular, ello no les priva de su relevancia pública, dado el contexto y finalidad con que son emitidos (...) En consecuencia, por muy ofensivo, y vejatorio que sea, ha de prevalecer sobre el indudable sufrimiento que causara sobre la familia del soldado Snyder, debiendo considerarse contraria a la libertad de expresión la condena por *emotional distress* impuesta por los tribunales. "La razón de ser de la defensa de la libre expresión [...] radica precisamente en proteger los mensajes que puedan ser considerados equivocados o lesivos"; "en el debate público debemos tolerar el discurso ofensivo e incluso indignante en aras a proporcionar un adecuado espacio de actuación a las libertades protegidas por la Primera Enmienda...".

Además de estos podemos mencionar: *Texas vs. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989) (que trata de la quema de una bandera en la Convención Nacional Republicana de 1984 celebrada en Dallas, Texas); *Hustler Magazine, Inc. vs. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) (sobre una burda parodia de un líder religioso); *New York Times Co. vs. United States*, 403 U.S. 713 (1971) (que trata de la publicación de información diplomática confidencial que eventualmente podría afectar de modo negativo las delicadas negociaciones de paz). En cada caso, la Corte Suprema sostuvo que la expresión involucrada estaba constitucionalmente protegida.

Hace poco tiempo en una controversia sobre la denominación de un grupo musical los "Slants" la corte volvió a sostener esta doctrina en el caso:

Matal vs. Tam , 582 US (2017) (antes conocido como Lee v. Tam), fue un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el que la Corte confirmó, 8-0 (Gorsuch no participó), la sentencia de la Corte de Justicia Apelaciones al Circuito Federal de que las disposiciones de la Ley Lanham que prohíben el registro de marcas que puedan "menospreciar" a personas, instituciones, creencias o símbolos nacionales con la Oficina de Patentes y Marcas de los Estados Unidos violan la Primera Enmienda.

El juez Alito, citando a Estados Unidos vs. Schwimmer —un caso histórico que respalda la libertad de expresión— dijo:

El Gobierno tiene interés en impedir que el habla exprese ideas que ofenden. Y, como hemos explicado, esa idea golpea el corazón de la Primera Enmienda. El discurso que degrada en base a raza, etnia, género, religión, edad, discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso; Pero la más orgullosa jactancia de nuestra jurisprudencia de libre expresión es que protegemos la libertad de expresar "el pensamiento que odiamos"¹⁵

La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la relatoria especial para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶

15 Traducción del autor.

16 Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión. Relatoría Especial para la Libertad de Expresión. Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Internet:

Como veremos, si bien la Convención Interamericana de Derechos Humanos en su art. 13 ap. 5 prohíbe expresamente el discurso del odio y el artículo 20 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. No obstante ello, algunas posiciones de la Corte Interamericana al igual que la de la Comisión tienen una importante influencia de la doctrina del peligro inminente de los Estados Unidos. Ello es el resultado de que en América Latina, en virtud de las dictaduras fundadas en la doctrina de la seguridad nacional, existe una mayor preocupación por la libertad de expresión que por el discurso del odio. A ello se le suma el hecho de que a partir de la década de 1980 muchas democracias recuperadas cayeron en sistemas populistas que tienden a lesionar la libertad de expresión. En este sentido resulta importante lo expresado por Daniel Herrera en su trabajo sobre el discurso de odio expresando¹⁷:

Al respecto, podemos citar a Eduardo Andrés Bertoni, ex relator para la libertad de expresión de la Comisión Interamericana: "En primer lugar, hay una discrepancia entre las versiones en inglés y Castellano del art. 13.5. En inglés, el texto dice

<http://www.cidh.org/relatoria>. Email : cidhexpresion@oas.org . Si bien existen informes de mayor actualidad consideramos que este expresa el carácter general que se pretende para la presente elaboración.

17 La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte. *Freedom of Expression in the Inter-American System for the Protection of Human Rights and its Impact on the Domestic Law of the States Parties*. Daniel A Herreral.

que los discursos de odio 'shall be considered as offenses punishable by law' (una traducción cercana puede ser: 'serán considerados como ofensas sujetas a castigo por la ley'). Esto sugiere que los discursos de odio solo pueden ser regulados a través de la posterior atribución de responsabilidad. En castellano, en tanto se utiliza la palabra 'prohibir', queriendo decir que los discursos de odio deberán estar prohibidos por la ley, y ello sugiere que la censura de los discursos de odio podría ser posible. Para resolver esta diferencia es necesario referirse a los medios de interpretación del derecho internacional. La Convención de Viena establece que todo el texto del artículo puede ser utilizado para entender su significado.

Si se considera todo el texto del artículo 13, parece claro que el párrafo 5 está relacionado con el párrafo 2, que habla de la atribución de responsabilidades. Esta interpretación también fue apoyada por la Corte Interamericana, la cual estableció que la censura solo es permitida para los propósitos establecidos en el párrafo 4. Los discursos de odio, por lo tanto, deberán estar regulados al igual que las demás áreas de expresión en el párrafo 2. Esto es, a través de la posterior atribución de responsabilidades.

La jurisprudencia de la CIDH que cita es la OC 5/85, sobre la colegiación obligatoria, párrafo 5, a la que podemos agregar especialmente el fallo respecto al caso de "La última tentación de Cristo", que dice: "Es importante mencionar que el artículo 13.4 de la Convención establece una excepción a la censura previa, ya que la permite en el caso de los espectáculos públicos, pero únicamente con el fin de

regular el acceso a ellos, para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos, cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y expresión". La segunda dificultad es delimitar los alcances de los discursos del odio y fijar cuales son los contenidos. La CIDH ha establecido como cuestión central la incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional), que debe estar sujeta a una prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona tenía la clara intención y la posibilidad de cometer un crimen y no sólo emitiendo una opinión por dura que fuera..." Como podemos observar la doctrina interamericana asemeja a las posiciones de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

A modo de síntesis final del desarrollo jurisprudencial sobre libertad de expresión, voy a remitirme a la que realiza Asdrúbal Aguiar en su libro *La libertad de expresión y de prensa*:

- La prohibición de la colegiación obligatoria de los periodistas y de la impertinencia del criterio de veracidad informativa, como intento justificativo de la censura por el Estado (OC 5/85, párrafo 77).
- El carácter indivisible de la expresión y de la información, a cuyo efecto la restricción indebida de una implica a la otra y viceversa (Caso "Palamara", párrafo 72).
- El derecho de acceso a la información y su atadura al principio de máxima divulgación por el Estado (Caso "Claude Reyes", párrafos 76, 77 y 92).
- El fin legítimo que han de acusar las restricciones a la libertad de expresión y su disposición sólo

mediante ley formal y material (OC 6/86, párrafo 18).

- La pluralidad de medios y la prohibición de los monopolios (OC 5/85, párrafos 34 y 56).
- La prohibición de las leyes de desacato, por innecesarias en una democracia (Caso "Palamara", párrafo 88).
- El derecho de rectificación y respuesta (OC 7/87, párrafos 23, 27 y 33).
- El carácter crucial de la libertad de expresión en democracia, y la protección mayor de las opiniones e informaciones que afectan a los funcionarios públicos, en especial durante las campañas electorales (Caso "Canese", párrafos 90 y 102).
- La responsabilidad social de los medios de comunicación social y la ética profesional del periodista.
- La lucha contra la impunidad y el deber de protección de la vida e integridad de los periodistas. El derecho a la verdad, al silencio, al uso de la lengua, a la expresión procesal y penitenciaria.

En este sentido hemos extractado algunos puntos del informe de la relatoría especial sobre libertad de expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que pasamos a transcribir:

58. La propaganda de la guerra y la apología del odio que constituya incitación a la violencia. El artículo 13.5 de la Convención Americana dispone expresamente que, "...estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier

otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional". La CIDH ha indicado, siguiendo reiterada doctrina y jurisprudencia internacional en la materia, que la imposición de sanciones por el abuso de la libertad de expresión bajo el cargo de incitación a la violencia (entendida como la incitación a la comisión de crímenes, a la ruptura del orden público o de la seguridad nacional) debe tener como presupuesto la prueba actual, cierta, objetiva y contundente de que la persona no estaba simplemente manifestando una opinión (por dura, injusta o perturbadora que ésta sea), sino que tenía la clara intención de cometer un crimen y la posibilidad actual, real y efectiva de lograr sus objetivos. Si no fuera así, se estaría admitiendo la posibilidad de sancionar opiniones, y todos los Estados estarían habilitados para suprimir cualquier pensamiento o expresión crítica de las autoridades que, como el anarquismo o las opiniones radicalmente contrarias al orden establecido, cuestionan incluso, la propia existencia de las instituciones vigentes. En una democracia, la legitimidad y fortaleza de las instituciones se arraigan y fortalecen gracias al vigor del debate público sobre su funcionamiento y no a su supresión. Asimismo, la jurisprudencia interamericana ha indicado claramente que, para que se imponga cualquier sanción en nombre de la defensa del orden público (entendido como la seguridad, salubridad o moralidad pública), es necesario demostrar que el concepto de "orden" que se está defendiendo no es autoritario, sino un orden democrático, entendido como la existencia de las condiciones estructurales para que todas

las personas, sin discriminación, puedan ejercer sus derechos en libertad, con vigor y sin miedo a ser sancionados por ello. En efecto, para la Corte Interamericana, en términos generales, el "orden público" no puede ser invocado para suprimir un derecho garantizado por la Convención Americana, para desnaturalizarlo o para privarlo de contenido real. Si este concepto se invoca como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, debe ser interpretado de forma estrictamente ceñida a las justas exigencias de una sociedad democrática, que tenga en cuenta el equilibrio entre los diferentes intereses en juego, y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana.

61. La libertad de expresión no es un derecho absoluto. El artículo 13 de la Convención Americana dispone expresamente—en sus incisos 2,4, y 5—que puede estar sujeta a ciertas limitaciones, y establece el marco general de las condiciones que dichas limitaciones deben cumplir para ser legítimas. La regla general se encuentra establecida en el inciso 2, en virtud del cual, el "ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Por su parte, el inciso 4 dispone que, "...los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2". El inciso

5 establece que, "[e]stará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional..

84. El director del medio de comunicación interpuso un juicio de amparo directo en contra de la condena penal. El tribunal de primera instancia resolvió negar el amparo, ante lo cual el peticionario elevó recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado, el cual ratificó la decisión de la primera instancia. El Tribunal Colegiado sustentó su decisión en las siguientes consideraciones: (i) la libertad de expresión tiene límites, y el legislador puede dar especificidad a los mismos en el despliegue ordinario de su función normativa; (ii) el delito imputado considera un ataque a la vida privada toda manifestación o expresión hecha por medio de la imprenta, o que de cualquier otra manera circule en la opinión pública y que exponga a una persona al odio, desprecio o ridículo y pueda causarle demérito en su reputación e intereses; (iii) los ataques que pondera la Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato constituyen una limitación válida a las garantías constitucionales en cuanto se refieren a la vida privada pero no a los asuntos que desarrollan los funcionarios en el desempeño de su cargo; y (iv) la protección del buen nombre de las personas es una limitación justificada de la labor de los medios de comunicación social.

95. Al aplicar este test al caso concreto, la Suprema

Corte encontró que varias normas de la Ley de Imprenta de Guanajuato eran contrarias al derecho a la libertad de expresión protegido por la Constitución mexicana y por la Convención Americana. Para empezar, la Suprema Corte encontró que el artículo 1º de la Ley de Imprenta de Guanajuato debería tener por objeto proteger el buen nombre frente a ataques especialmente graves y claramente acreditados. Sin embargo, al referirse simplemente a manifestaciones o expresiones que expongan a una persona al odio, desprecio o ridículo, o que puedan causarle demérito en su reputación o en sus intereses, el artículo 1º criminalizaba incluso casos en los que la afectación a la buena reputación fuera puramente eventual. Además, la Suprema Corte encontró la indeterminación y excesiva extensión de algunas otras expresiones de otros artículos. En virtud de estas consideraciones, el tribunal concluyó que la ley no satisfacía las condiciones del principio de taxatividad inscrito en el principio general de legalidad penal, ni el requisito, funcionalmente equivalente en este caso, de que toda restricción a la libertad de expresión esté previamente prevista en una norma con rango legal redactada de manera clara y precisa. Así, según la Suprema Corte, "[l]a Ley de Imprenta del Estado de Guanajuato es una ley formal, pero es vaga, ambigua, demasiado amplia y abierta: no supera las condiciones básicas que permitirían calificarla de restricción constitucional (y convencionalmente) admisible a los derechos protegidos por los artículos 6º y 7º de la Carta Magna..

También se analizan los discursos especialmente protegidos y aquellos que se encuentran fuera del

ámbito de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En efecto, las expresiones relacionadas con asuntos de interés público o con personas que ocupan o buscan ocupar cargos oficiales tienen un lugar especial en el universo de protección del sistema por su relación fundamental con las instituciones democráticas. Este principio se expresa en ciertos estándares que la Corte y la Comisión Interamericanas han venido desarrollando en los últimos años como, por ejemplo, la mayor tolerancia a las críticas que deben tener los funcionarios o figuras públicas, quienes se encuentran sometidos a un escrutinio mayor por parte de la sociedad. Por otro lado, el sistema interamericano excluye de su ámbito de protección a ciertos tipos de discurso de conformidad con el artículo 13.5 de la Convención Americana y con otros instrumentos de derechos humanos. Efectivamente, la propaganda de la guerra y la apología del odio que constituyan incitación a la violencia, con la voluntad y la potencialidad de causar violencia, así como la incitación directa y pública al genocidio y la pornografía infantil son expresiones no protegidas por la Convención.

La situación en la Argentina¹⁸

La República Argentina a diferencia de la mayoría de los países de América latina tomó como modelo de base de su Constitución a la Constitución de los

18 La libertad de expresión y las expresiones de odio. Un estudio a partir de las concepciones de la libertad de expresión de Robert Post y Owen Fiss, Julio César Rivera(h). Revista Jurídica. Universidad de San Andrés. Domingo, noviembre 6, 2016.

Estados Unidos. Si bien podemos decir que se asemeja a su fuente tiene algunas diferencias esenciales que se toman del modelo europeo de la época y respecto de las fuentes españolas, no solo la influencian la legislación histórica del Virreinato del Río de la Plata, sino también la Constitución de Cádiz de 1812.

Sin perjuicio de ello, la base principal es la Constitución del país del norte y la libertad de expresión ha tenido una tutela similar hasta que la reforma de 1994 les dio rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Consecuencia de ello es que las prohibiciones establecidas en relación al discurso del odio en la Convención Interamericana sobre derechos humanos (artículo 13 ap. 5) y el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (artículo 20), tienen hoy por el artículo 75 inc. 22 de la norma fundamental argentina jerarquía constitucional.

Vale la pena hacer un poco de historia. La libertad de expresión fue un deseo tan preciado para nuestros padres fundadores (especialmente Juan Bautista Alberdi y Domingo Faustino Sarmiento, entre otros) que por el artículo 32 de la Constitución se dispone: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”. Claramente la libertad de expresión era un valor fundamental para nuestros constituyentes de 1860. (Dicha norma fue agregada por la reforma de 1860).

Pero la primera restricción constitucional que surge respecto de la libertad de expresión es en el artículo 15 de la Constitución de 1949 que disponía: “El

Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad. Esta norma se entiende sin perjuicio del derecho individual de emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal, sometido únicamente a las prescripciones de la ley”.

Obsérvese que la frase terreno doctrinal genera una interpretación tan amplia que puede llevar a la censura previa o aun como sucedió con diputados opositores donde llegó a desaforarse y luego condenarse a un legislador por desacato como resultado de criticar al presidente.

Luego de esta reforma constitucional Argentina pasó por un conjunto de golpes de facto, teñidos de sangre, con la comisión de delitos de lesa humanidad y breves períodos constitucionales de democracia restringida (se encontraba prohibido o excluido el Partido Peronista en sus diversas denominaciones) hasta 1983.

En ese año se recupera definitivamente el proceso democrático institucional y al reformarse la constitución en el año 1994 se amplían y desenvuelven las libertades públicas, en especial la de expresión, y se establece la función semiconstituyente para el Congreso. Esto significa que se llevan a jerarquía constitucional los tratados de derechos humanos y se habilita al Poder Legislativo a jerarquizar o quitar jerarquía constitucional a estos tratados sin necesidad de recurrir al procedimiento de reforma constitucional.

Siguiendo a Julio Rivera (h) (nota origen) podemos decir que: “El estudio de la libertad de expresión en Argentina se ha centrado —principalmente— en los

derechos de los medios masivos de comunicación y de los periodistas. La mayor parte de los trabajos sobre los alcances de este derecho tratan sobre la responsabilidad civil y penal por la difusión de informaciones falsas o juicios de valor hirientes u ofensivos respecto de funcionarios o figuras públicas, sobre censura previa o sobre publicidad oficial, pero no se encuentran demasiados estudios acerca de los límites constitucionales del poder del Estado para castigar la difusión de determinadas ideas consideradas como nocivas. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos – en donde la Corte Suprema ha otorgado una tutela constitucional extraordinaria a los individuos que promueven ideas provocadoras, ofensivas o discriminatorias–, la Corte Suprema argentina no ha impuesto límite alguno al poder represivo del Estado en materia de difusión de ideas en el discurso público [...].

[...] En los últimos treinta años, nuestro máximo tribunal ha desarrollado un fuerte marco de protección constitucional para la actividad informativa de interés público, ha omitido casi por completo el análisis de la tutela constitucional de la difusión de ideas políticas, limitándose a señalar que "...si la publicación es de carácter perjudicial, y si con ellas [...] se hace la apología del crimen, se incita a la rebelión y sedición, se desacata a las autoridades nacionales o provinciales, no pueden existir dudas acerca del derecho del [E] stado para reprimir o castigar tales publicaciones sin mengua de la libertad de prensa...". En este marco, no puede sorprender entonces la existencia de fallos que revelan una concepción muy limitada de la libertad de expresión en materia de difusión de ideas, tales como *Ekmedjian c/ Sofovich*, en el que

la Corte sostuvo que el derecho de toda persona a profesar libremente su culto reconocido en el art. 14 de la Constitución tutela los sentimientos religiosos de los individuos ante la injuria, burla o ridiculización de las personas, símbolos o dogmas que nutren una determinada religión —o Partido Nuevo Triunfo— en el que nuestro máximo tribunal rechazó el pedido de reconocimiento de la personería jurídico-política de la Agrupación Nuevo Triunfo con el argumento de que promovía ideas discriminatorias, sin analizar siquiera superficialmente las significativas y evidentes cuestiones de libertad de expresión presentes en el caso. Tampoco puede sorprender la existencia de normas penales excesivamente amplias —como las que castigan la apología del delito, la incitación a la violencia colectiva, el ultraje a los símbolos patrios, o la incitación al odio— susceptibles de ser utilizadas para reprimir diversas formas de discursos político-ideológicos. O de normas mucho más recientes como el art. 70 de la ley 26522 de Servicios de Comunicación Audiovisual o el art. 6 inc f) de la ley 26485 (Ley Nacional de Violencia contra las Mujeres) que lleva a fallos disparatados como el dictado por un tribunal civil de primera instancia que condenó a un medio de prensa a publicar una rectificación de una nota sobre las mujeres que reciben asistencia del estado con el argumento de que dicha nota difundía una imagen estereotipada de la mujer que atentaba contra su libertad reproductiva. La concepción de la libertad de expresión de Post debe servirnos para reevaluar críticamente las restricciones que se imponen en Argentina a la libre difusión de ideas. En nuestro sistema constitucional, se acepta con demasiada facilidad el castigo del discurso ideológico- político, a pesar de las implicancias que ello tiene desde el

punto de vista de la legitimidad democrática y de la existencia de normas de jerarquía constitucional, como el art. 13 inc. 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que limitan sustancialmente el poder del Estado en esta área...”

Si bien vamos a diferenciarnos en cierto modo de las opiniones de este autor consideramos que los párrafos transcriptos expresan claramente la situación de la Argentina.

En nuestro país se mantiene un debate que se relaciona con las diferencias de interpretación de la libertad de expresión que existen entre Europa y los Estados Unidos (en realidad la diferencia de los Estados Unidos en esta materia con la mayoría de las democracias occidentales) y también, como lo señala Rivera, en las diferencias que se están generando sobre el tema en las Universidades estadounidenses básicamente entre autores como Robert Post, Owen Fiss y Jeremy Waldron, por mencionar algunos.

Pero fundamentalmente en Argentina existen unas prohibiciones normativas en los mencionados tratados que tienen carácter autoritativo. Con lo cual la discusión hoy es el alcance de las disposiciones de los artículos 13 de la CIDH y 20 del PIDCP.

Los distintos conceptos de la libertad de expresión

En este punto estamos de acuerdo con el análisis de Michel Rosenfeld.¹⁹

19 Véase Rosenfeld Michel. *Op cit.* Nota 10

La libertad de expresión no solo es el derecho constitucional norteamericano más apreciado, sino también uno de los símbolos culturales más importantes de los Estados Unidos. Además, la importancia de la libertad de expresión en los Estados Unidos se debe a muchos factores distintos, incluida una marcada preferencia por la libertad por encima de la igualdad, el compromiso con el individualismo y una tradición de derechos naturales que proviene de Locke, que propugna la libertad del estado -o la libertad negativa- por encima de la libertad a través del estado, o la libertad positiva.

En esencia, los derechos a la libertad de expresión en los Estados Unidos se conciben como pertenecientes al individuo en contraposición al estado, y están consagrados en la Primera Enmienda de la Constitución como una prohibición contra la interferencia gubernamental, más que como la imposición al gobierno de la obligación positiva de garantizar la recepción y transmisión de ideas entre sus ciudadanos.

Como señala este autor podemos distinguir cuatro etapas:

La primera de estas etapas históricas se remonta a la Guerra de la Independencia contra Gran Bretaña en 1776, y establece como el objetivo principal de la libertad de expresión la protección de las personas contra el gobierno. Sin embargo, una vez que la democracia logró afianzarse en los Estados Unidos, la principal amenaza a la libertad de expresión provino no del gobierno, sino más bien de la "tiranía de la mayoría". En consecuencia, en la segunda etapa, la

libertad de expresión tenía como propósito, por encima de todo, proteger a los defensores de puntos de vista poco populares contra la ira de la mayoría. La tercera etapa, que cubre aproximadamente el período comprendido entre mediados de la década de los cincuenta y los ochenta, corresponde a un período en los Estados Unidos en el que muchos creyeron que se había producido el fin de las ideologías, con la consecuencia de un generalizado consenso respecto de los valores esenciales. Así, la tercera etapa está marcada por una omnipresente conformidad, y la principal función de la libertad de expresión pasa de levantar las restricciones a los emisores del mensaje a asegurar que los receptores del mismo mantengan una actitud abierta.

De esta manera, Rosenfeld llega a la conclusión de que en los Estados Unidos, la justificación de la libertad de expresión provendría de cuatro fuentes: 1) la democracia, 2) el contrato social, 3) la búsqueda de la verdad; y 4) la autonomía individual.

1. La justificación a partir de la democracia es teorizada sobre la base de la convicción de que la libertad de expresión sirve a una función indispensable en el proceso de autogobierno democrático.
2. Como ocurre con la justificación a partir de la democracia, en la justificación a partir del contrato social existe la necesidad de un intercambio y discusión libre de ideas. A diferencia de la justificación a partir de la democracia, sin embargo, el contrato social no puede excluir, ex ante, ningún punto de vista que, aunque incompatible con la democracia, podría ser pertinente para la decisión

de un participante del contrato social de adoptar las instituciones fundamentales del sistema de gobierno o aceptar cualquier forma particular de organización política. En consecuencia, la justificación a partir del contrato social parece exigir cierta tolerancia del discurso del odio, cuando no en forma, al menos en sustancia.

3. La justificación a partir de la búsqueda de la verdad se origina en la filosofía utilitarista de John Stuart Mili. Según Mili, el descubrimiento de la verdad es un proceso empírico creciente que se basa en el método de ensayo y error y que exige una discusión desinhibida. La justificación de Mili de una libertad de expresión muy amplia fue importada a la jurisprudencia constitucional norteamericana por el juez Oliver Wendell Holmes, y pasó a ser conocida como la justificación basada en el libre mercado de ideas.
4. La cuarta justificación de la libertad de expresión, la que parte de la autonomía, refiere principalmente al individuo. En efecto, la democracia, la paz social y la armonía a través del contrato social, y la búsqueda de la verdad, son bienes colectivos concebidos para beneficiar a la sociedad en su conjunto. Por contraste, es de suponer que la autonomía individual y el bienestar a través de la expresión personal redunden siempre en beneficio del individuo en cuestión, sin que en muchos casos se produzca necesariamente un bien social adicional. La justificación a partir de la autonomía se basa en la convicción de que la autonomía y el respeto individual requieren la protección de la expresión personal prácticamente espontánea...”.

A pesar de la jurisprudencia citada *ut supra* y los principios y contenidos descriptos en la parte superior, podemos decir que ha habido una cierta hipocresía en materia de libertad de expresión, vale recordar la *sedition act* durante la presidencia de John Adams o la persecución a los partidarios del partido comunista y socialista que generó la aplicación de normas estaduales que no fueron declaradas inconstitucionales. Más recientemente la *patriot act* que combinada con la La Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 (FISA) (Pub.L. 95-511, 92 Stat. 1783, 50 U.S.C. cap. 36) (Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera de 1978) a las que se agregan las Cortes F.I.S.C. (El Tribunal de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de los Estados Unidos de América) no solo limitan en muchos casos la libertad de expresión, sino además la intimidad y genera la posibilidad de ser detenido sin que se acredite un “peligro concreto e inminente”.

Conclusión

Como hemos visto del pequeño y limitado análisis comparativo de la jurisprudencia de los distintos tribunales examinados existen diferencias sustanciales en el tratamiento del discurso del odio. Ello es el resultado de las distintas historias de los países y continentes que traen aparejado diferentes concepciones filosóficas del hombre y del alcance del concepto libertad en general y libertad de expresión en particular.

En América Latina se da una situación particularísima. Toda esta zona de América es de origen europeo continental. La mayoría fuimos colonias españolas

que se administraban desde la metrópoli. El derecho español ha tenido y tiene una gran importancia en estos lugares. Pero es necesario recordar que con la lucha por la independencia se empezó considerar la necesidad de liberarse de toda influencia española y en algunos casos de independizarse de la influencia europea.

Por ello, la América hispana comenzó un camino dilettante en lo que se refiere a la forma de gobierno que llevó al General Bolívar a expresar que: "... estos países necesitan reyes con el nombre de presidentes...".

El "caudillo" trajo como consecuencia un fuerte control sobre la opinión pública, el exilio de quienes opinaban distinto, y una fiscalización absoluta de la libertad de expresión.

Podemos sustentar que esta situación comenzó a moderarse recién en la década de 1980 cuando empieza a producirse la democratización general de nuestra zona.

Pensemos en la Argentina. Regímenes oligárquicos elitistas al principio del siglo xx, breve interrupción republicana de 1916 a 1930 y vuelta al sistema elitista oligárquico. En 1946 asume el General Perón a partir del voto popular, pero sancionando normas como el mencionado art. 15 de la Constitución de 1949. Se derroca a Perón por un golpe de estado. Luego se establecen alternativamente repúblicas restringidas (proscripción del peronismo) y regímenes militares. En 1973 en un marco de violencia se recupera el sistema y María Estela Martínez de Perón es

derrocada, en 1976, por el golpe más sangriento de la historia argentina.

La aplicación de la “doctrina de la seguridad nacional” y el “Plan Cóndor” afectaron a muchos países de Latinoamérica. Tengamos en cuenta, como ejemplo además de Argentina, lo sucedido en Chile y Uruguay.

Dentro de este marco resulta difícil limitar la libertad de expresión. Cualquier limitación siempre corre el riesgo de ser censura. La libertad de expresión se convirtió en una libertad preferida en los términos de Lurence Triebel.

Por ello la Corte Interamericana se ha preocupado más por la defensa de la libertad de expresión que por el discurso del odio. Lo mismo puede decirse de la Corte Argentina. Sin embargo, creo que con el tiempo se está empezando a plantear el abuso del ejercicio de este derecho. Abuso que proviene también de los propietarios de los medios de comunicación para generar una discurso homogéneo y dominante. De allí, es que comienza a considerarse el discurso del odio en un modo más parecido al europeo. Vemos que la misma discusión se está dando en los Estados Unidos. Sin embargo, la realidad política del temor al terrorismo nuevamente comienza a afectar la libertad en general y la de expresión en particular. Pensamos que los dos principales tribunales europeos sitos en Estrasburgo y Luxemburgo recientemente se han pronunciado en favor de la prohibición del velo islámico.

Desde el comienzo del siglo xxi vemos como se acentúa la violencia con todo tipo de contenido

racial, religioso, étnico, xenófobo, etc. Como resultado surgen nacionalismos extremos fundados en jerarquías y sumisiones que nos recuerdan a las peores décadas del siglo xx. Es difícil ensayar un proyecto único para resolver el problema que, de no resolverse, seguramente puede traer dictaduras sangrientas y sometimientos a situaciones equivalentes a la esclavitud o el genocidio. Debemos tener en cuenta que una forma de incentivar el odio surge de los nuevos instrumentos tecnológicos (redes sociales, violación de neuroderechos etc.).

Lo que quiere referir esta conclusión es que no puede emitirse una valoración absoluta de la posición europea o de los Estados Unidos. Todo dependerá de las circunstancias del caso, de la situación de peligro social en que se encuentre el estado y del compromiso con las libertades que tenga la población. Pero, que existan situaciones en las cuales el estado debe actuar en forma de prevenir este tipo de hechos es de fundamental importancia. Lo difícil es no caer en lo que se denomina pendiente resbalosa y utilizar ciertas normas para prohibir el discurso disidente.

Bibliografía

Carrillo, J. A. Libertad de Expresión y discurso del odio: La construcción de la tolerancia. Catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Loyola, Andalucía. Universidad y empresa. Andalucía Económica. Octubre 2015.

Esquivel Alonso, Y. El discurso del odio en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos. Cuestiones Constitucionales, núm. 35,

julio-diciembre, 2016, pp. 3-44, Universidad Nacional Autónoma de México. Distrito Federal, México.

Gullco, H. V.. Recientes desarrollos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Nación en materia de libertad de Expresión.

Landa Gorostiza, Jon-Moreira. Incitación al odio: Evolución Jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 cp. y propuesta de lege lata. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.a Época, n.o 7 (enero de 2012), págs. 297-346.

Gascón Cuenca, A. "Evolución Jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década". *CEFD, cuadernos electrónicos de Filosofía y Derecho*. Fecha de Publicación: 21/12/2012.

Gutiérrez Cham, G. Análisis del discurso: el conflicto de Chiapas en el *Diario El País* (la imagen de los indígenas y del líder del movimiento zapatista, 3 de enero a 29 de febrero de 1994) Tesis doctoral. Facultad de Filosofía y Letras, Departamento de Lógica, Lingüística, Lenguas Modernas y Filosofía de la Ciencia. 1998.

Herrera, D. A. La libertad de expresión en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y su incidencia en el derecho interno de los estados parte [en línea], *Prudentia Iuris*. 2014, 78. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2744>

Herrera, D. M. ¿Cuándo el “Hate Speech” se convierte en “Hate Crime”? Libertad de expresión y derecho internacional según el THDH.

-----Libertad de Expresión: ¿Derecho Ilimitado Según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio.

Moreno Antón, E. G. La libertad de expresión y discurso del odio desde la perspectiva internacional de los Derechos Humanos. Universidad de la Rioja. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. 2014-2015.-

Quesada Alcalá, C. La labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al discurso del odio en los partidos políticos: coincidencias y contradicciones con la jurisprudencia española.

Reyes, C. S. Jurisprudencia TEDH, 23 de noviembre de 2016.-

Ronaldo Porto Macedo Jr. Direito USP/FGV Direito São Paulo. Libertad de Expresión: ¿Qué lecciones deberíamos aprender de la experiencia de los EE.UU.?

Rosenfeld, M. El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. En <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/7681>

Tenorio Sánchez, P. J. La Libertad de comunicación en Estados Unidos.

Crónica de Jurisprudencia. QDL 22 de febrero 2010.
B) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IX Jornada de Justicia Penal Internacional y Universal Prevención y lucha contra los delitos de odio y todas las formas de intolerancia. Ponencia: Regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español. Modificación del artículo 510 del Código Penal ante la libertad de expresión. Montserrat Comas d'Argemir Cendra Magistrada-Presidenta de la 10^a Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona, 24 de mayo de 2016.

Este trabajo reproduce la conferencia dictada por el autor en el marco de la Jornada Internacional de Derecho Constitucional a 30 años de la reforma de la Constitución Argentina y de la provincia de Buenos Aires, del 22 de agosto de 2024, y forma parte de la Obra Colectiva del Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires, en edición con la Editorial Ábaco.

*Miguel Oscar Berri
Profesor de Derecho Constitucional y Decano de
la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad Nacional de La Plata.*

