

EVOLUCIÓN INSTITUCIONAL ARGENTINA: SISTEMA DE GOBIERNO, PODER JUDICIAL, DERECHOS FUNDAMENTALES (1975-2005)*

*The institutional evolution in Argentina. System of government, the
judiciary, fundamental rights (1975-2005)*

Néstor Pedro Sagüés**

Profesor de Derecho Constitucional,
Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires
y de la Universidad Católica de Rosario, Argentina.
nestorsagues@arnet.com.ar

RESUMEN: El objeto de este trabajo es presentar –muy esquemáticamente– la evolución producida entre los años 1975/2005 en Argentina, en tres campos: sistema de gobierno, Poder Judicial y derechos fundamentales. En cada caso será necesario distinguir cronológicamente los tramos y subtramos principales. En algunos, acoplar algunas veces datos posteriores al 2005, pero imprescindibles para una recta intelección de la etapa inmediatamente anterior, por su estrecha vinculación con ella.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to present-very-schematically developments in the years 1975/2005 in Argentina, in three areas: governance system, Judicial and Rights. In each case it will be necessary to chronologically distinguish sections and sub-major. In some, sometimes coupled data after 2005, but essential for a correct intellection of the immediately preceding stage, for his close relationship with her.

PALABRAS CLAVE: Sistema constitucional. Régimen democrático. Sistema político presidencialista. Sistema judicial. Derechos fundamentales.

KEY WORDS: Constitutional system. Democratic regime. Presidential political system. Judicial system. Fundamental rights.

* El presente trabajo se inserta en el programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

** Catedrático de Derecho Constitucional, Universidad de Buenos Aires. Investigador y Director del Doctorado en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina. Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Artículo enviado el 14 de septiembre de 2008 y aprobado el 22 de octubre de 2008.

1. SISTEMA DE GOBIERNO

Cabe aquí diferenciar cuatro periodos clave: a) de 1975 al 24/3/76; b) del 24/3/76 al 13/12/83; c) del 13/12/83 al 22/8/94; d) del 22/8/94 hasta el presente.

1.1. Tramo 1975 al 24/3/76.

Durante este tiempo, donde gobierna un régimen *de jure*, iniciado el 25 de mayo de 1973, Argentina se rige por la constitución nacional de 1853/60, con sus reformas de 1866, 1898 y 1957.

Sin embargo, varios artículos de tal documento quedaron igualmente modificados por el denominado “Estatuto Fundamental” del 24 de marzo de 1972, dictado por la Junta de Comandantes en Jefe durante la llamada “Revolución Argentina” (gobierno *de facto* durante el período 28/6/66 al 25/5/73), que invocó expresamente, para sancionarlo, el ejercicio del poder constituyente. Este dato es llamativo, porque el régimen *de facto* ya había concluido el 25 de mayo de 1973.

Conviene aclarar que, curiosamente, no todos los preceptos del referido “Estatuto Fundamental” rigieron plenamente en el segmento del que nos ocupamos. Por vía de derecho consuetudinario, por ejemplo, no lo hacía el art. 96, que determinaba el régimen de remoción de los jueces de los tribunales inferiores de la Nación. En su lugar, se aplicaban las reglas de la constitución nacional. Tampoco se utilizaban los artículos del “Estatuto Fundamental” concernientes a los proyectos de ley remitidos por el Poder Ejecutivo con pedido de urgente tratamiento, o la aprobación de proyectos legislativos por medio de comisiones parlamentarias (art. 68). En una palabra, en ciertos casos el “Estatuto” se superponía a la Constitución, y en otros casos pasaba lo opuesto, todo ello determinado en los hechos por la conducta de los operadores del sistema constitucional.

En el período 1/1/75 al 24/3/76 el sistema de gobierno es representativo, republicano y federal (art. 1º de la constitución nacional), con la clásica tripartición de poderes. El Presidente y Vicepresidente fueron elegidos por cuatro años por elección popular directa (art. 81, reformado por el “Estatuto Fundamental”). También los senadores y diputados nacionales (art. 37 de la constitución y art. 46, reformado por el “Estatuto Fundamental”), los cuales duraban igualmente cuatro años. Los jueces federales eran nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado (art. 86 inc. 5 de la Constitución).

El “Estatuto Fundamental” intentó moderar en algo el perfil fuertemente presidencialista de la constitución de 1853/60, permitiendo la autoconvocatoria de las cámaras al iniciar las sesiones del período legislativo, y disponer por sí mismas la prórroga de las sesiones ordinarias (art. 55, reformado por el “Estatuto Fundamental”). Redujo el período presidencial a cuatro años, con la posibilidad de reelección una sola vez (art. 77, reformado por el “Estatuto Fundamental”).

La constitución (art. 22) patrocina un sistema marcadamente representativo: “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades

creadas por esta constitución”. No contemplaba sistemas de democracia semidirecta (consultas populares, referéndums, derecho de iniciativa popular de leyes, revocatorias de mandatos, etc.).

A su turno, el régimen federal, varias veces proclamado por la constitución, quedaba diluido en la práctica por la presencia de un partido nacional de tipo predominante (el justicialismo, caracterizado además por la presencia de un líder popular de la magnitud de Juan D. Perón), y las posibilidades (ejercidas con harta frecuencia) del gobierno federal de intervenir a las provincias (art. 6º de la constitución), circunstancia que habitualmente provocó la caducidad de las autoridades locales intervenidas.

Desde el punto de vista sistémico la forma de gobierno tuvo situaciones críticas de profunda inestabilidad, especialmente durante las gestiones del presidente Héctor J. Cámpora (25/5/73 al 13/7/73) y de Isabel Martínez de Perón (29/6/74 al 24/3/76), en particular por los graves disensos existentes en el interior del partido oficialista¹ y la aparición de grupos revolucionarios que recurrieron a la acción violenta, ocupando incluso algún sector en el interior del país, en la Provincia de Tucumán. El gobierno constitucional convocó oficialmente a las fuerzas armadas para “aniquilar” a esos movimientos, que calificó como subversivos.²

1.2. Tramo 24/3/76 al 10/12/83

El 24 de marzo de 1976 se produjo un golpe de Estado, denominado “proceso de Reorganización Nacional”, que se prolongó hasta el 10 de diciembre de 1983. El régimen atravesó varias etapas.

Los instrumentos fundamentales fueron: a) la “Proclama” de los tres Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, del 24/3/76, por la cual las fuerzas armadas asumen “el control de la República”; b) el “Acta para el Proceso de Reorganización Nacional”, de la misma fecha, por la que esos tres comandantes forman la Junta Militar, que toma el poder político de la República, remueve a la Presidente constitucional de la Nación, disuelve el Congreso y exonera, entre otros, a los miembros de la Corte Suprema de

¹ El episodio quizá más significativo, entre muchos otros, fue la llamada “batalla de Ezeiza”, entre los sectores de extrema derecha y extrema izquierda del justicialismo, ocurrida el 20 de junio de 1973, al regresar al país el ex presidente Juan D. Perón. Ver VERBITSKY, Horacio (1985): *Ezeiza* (Buenos Aires, Edit. Contrapunto), *passim*.

² El decreto del Poder Ejecutivo Nacional 261/75, se refiere a la Provincia de Tucumán. Los decretos 2770/75, 2771/75 y 2772/75, al resto del país. El Consejo de Defensa creado en tal momento fue presidido por el Ministro de Defensa y formado por los comandantes en jefe, dictó la directiva 1/75 para instrumentar el empleo de las fuerzas armadas, de seguridad y policiales, con el objeto de detectar y aniquilar las organizaciones subversivas. Ver al respecto la descripción detallada que realiza el voto del Juez Carlos S. Fayt en *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*, Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN), 30/12/86, en *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (en adelante, *Fallos*), tomo 309-2, p. 1768, considerando 7.

Justicia; c) el “Acta” fijando el propósito y los objetivos básicos del Proceso de Reorganización Nacional (también del 24/3/76) y d) el “Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional”, promulgado por la Junta Militar “en ejercicio del poder constituyente”, publicado el 31 de marzo de ese año. Dicho Estatuto fue modificado varias veces.

La estructura de poder adoptó como órgano principal a la Junta Militar, ente supremo, que aparte de funciones constituyentes tomó otras que la constitución de 1853/60 asignaba al Presidente y al Congreso. El nuevo Presidente de la Nación, nombrado por la Junta, asumió roles ejecutivos y legislativos, salvo los reservados a la Junta (en esa tarea legislativa estaba acompañado por una “Comisión de Asesoramiento Legislativo”). Por último, quedaba el Poder Judicial, cuyos miembros fueron designados por el Poder Ejecutivo *de facto*. En ciertos casos fueron confirmados jueces del régimen *de jure*.

El 22 de junio de 1982 la Junta Militar dictó otro estatuto, derogado por ella misma el 21 de septiembre.

Durante el período que comentamos, la constitución regía después de los “Objetivos Básicos” que fijó la Junta Militar, y también después del Estatuto citado (art. 14 del mismo). El esquema jurídico era pues inorgánico y disperso. Por su parte, la Corte Suprema, nombrada por el régimen, procuró moderar esa posposición de la Constitución, al señalar que las actas institucionales y el Estatuto para el Proceso “son normas que se integran a la Constitución, en la medida que subsistan las causas que han dado legitimidad a aquéllas, fundadas en un verdadero estado de necesidad que obligó a adoptar medidas de excepción”.³ Con esto pareció indicar que la Constitución era lo definitivo, con algunas reglas vigentes y otras suspendidas por las normas de excepción (esto es, por las pronunciadas por las autoridades del “Proceso”, en ejercicio del poder constituyente).

Incluso, en el célebre caso “Timerman”, la Corte Suprema declaró inconstitucional el “Acta para considerar la conducta de las personas responsables de lesionar los supremos intereses de la Nación”, dictada por la Junta Militar en ejercicio del poder “estatuyente” (léase, constituyente), y por la que se imponían penas a determinadas figuras políticas y gremiales, argumentando que la constitución reservaba esa competencia en lo criminal a los jueces.⁴

Esa sensación de resurgimiento de la constitución se acentuó después de la desafortunada guerra de Malvinas (1982), y culminó cuando la Junta Militar, otra vez invocando el ejercicio del poder constituyente, resolvió el 5 de diciembre de 1983 autodisolverse y derogar algunas reglas del Estatuto. En concreto, puntualizó también que el 10 de diciembre de ese año cesaría la vigencia del Estatuto y de su reglamentación.

³ TIMERMAN Jacobo, 1979, CSJN, en *La Ley*, tomo 1979-D, p. 145.

⁴ LOKMAN Jaime, 1977, CSJN, en *La Ley*, tomo 1978-C, p. 131; TIMERMAN, ob. cit. en nota 3.

El sistema de gobierno fue sustancialmente a) *autoritario*, con una notoria concentración de poder (la Junta Militar se definió como “el órgano supremo del Estado”, según su Reglamento: art. 1.2), a lo que hubo que sumar una sensible reducción de los derechos personales (v. *infra*, 3.2), y b) *castrense*, ya que fueron las fuerzas armadas las que formalmente “se hicieron cargo del gobierno de la República” (proemio del “Acta”). Resultó, igualmente, c) *unitario*, puesto que el Poder Ejecutivo nacional “proveía lo concerniente a los gobiernos provinciales y designará a los gobernadores” de las provincias (art. 12 del “Estatuto”).

En rigor de verdad, el esquema monolítico de poder no era tan cierto, desde el momento en que las tres fuerzas armadas se reservaban de hecho espacios distintos, con prevalencia del ejército, en segundo lugar de la armada (fuerza naval) y después, de la fuerza aérea. Las provincias fueron repartidas casi feudalmente, en proporción a esas ecuaciones de poder.

La estabilidad política del régimen fue relativa. Por un lado, estaba el “flagelo subversivo”, según lo llamó la “Proclama” del 24 de marzo de 1976, o el “fenómeno terrorista” (expresión que usó más tarde la Corte Suprema de Justicia *de jure*),⁵ que incluso llegó a ocupar ciertas áreas (bien que reducidas) del país, y con importantes episodios en materia de guerrilla urbana o ataques a establecimientos militares y policiales; por otro, mediaron desinteligencias y conflictos entre las tres armas, y también en el seno de cada una de ellas, entre sectores más “duros” y otros más “flexibles” en torno a las relaciones entre las fuerzas armadas y la sociedad. Tales disputas se acentuaron después de la perdida guerra de Malvinas, iniciada en abril de 1982. Concluida ella, y fracasada su gestión económica, resultó evidente que el sistema no podía perdurar.

1.3. Tramo 10/12/83-22/8/94

Este segmento comprende el tiempo transcurrido desde la reinstitucionalización democrática que se inicia con la asunción presidencial de Raul Alfonsín, hasta la reforma constitucional que culmina el 22 de agosto de 1994.

En dicho periodo vuelve a regir la constitución de 1853/60, con las reformas de 1866, 1898 y 1957, pero sin las correcciones del “Estatuto Fundamental” de 1972, que había concluido ya su vigencia.

El sistema vuelve a ser representativo, republicano y federal, aunque el pueblo (o mejor dicho, el cuerpo electoral), a diferencia de lo ocurrido en 1973,⁶ no eligió direc-

⁵ *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional* (1986), CSJN, en *Fallos*, tomo 309-2, p. 1708, considerando 28.

⁶ Esto fue así porque según el “Estatuto Fundamental” de 1972, que rigió en este punto la elección de quienes asumieron en 1973, el jefe de estado era electo popularmente, mientras que la constitución de 1853/60, que disciplinó la elección del presidente Raúl R. Alfonsín, establecía que lo era mediante los “colegios electorales” (elección de segundo grado: el pueblo elegía los electores de presidente, y éstos al presidente).

tamente Presidente, Vicepresidente ni senadores (los dos primeros fueron nombrados por “colegios electorales”, electos por el pueblo; los senadores, por las legislaturas de las provincias: arts. 81 y 46 de la constitución). Este sistema se explica porque el texto constitucional de 1853/60, en parte conforme las pautas culturales e ideológicas de la época en que se dictó, patrocinaba una democracia notoriamente *representativa*, y poco *participativa*, a tenor de su art. 22, que ya citamos *supra*, 1.1.

El Presidente y Vicepresidente, duraban seis años, no pudiendo ser reelectos sino con el intervalo de un período (art. 77). Ambos eran removibles mediante el “juicio político” (acusación por la cámara de diputados, remoción por el Senado, en ambos casos con los dos tercios de votos: arts. 45 y 51). Los diputados duraban en su mandato cuatro años (art. 42), y nueve los senadores (art. 48). Todos los jueces federales, incluyendo la Corte Suprema, eran designados por el Presidente con acuerdo del Senado, y removibles mediante el “juicio político” (arts. 45, 51 y 86 inc. 5º).

En cuanto a las notas distintivas de gobierno federal, se mantenían las ya apuntadas (*supra*, 1.1), para el tramo 1975-24/3/76. Sin embargo, la autonomía de las provincias fue aquí más acentuada. Durante el segmento 1983/9 el partido radical, entonces oficialista, no se perfiló como partido predominante ni hegemónico, y sus rasgos populistas resultaron significativamente menos acentuados. El liderazgo presidencial adoptó igualmente otras modalidades, en comparación con los casos precedentes. Puede hablarse, por todo ello, de un mayor grado de desarrollo político. Además, la principal oposición (partido justicialista), gobernaba en varias provincias y desde 1985 tuvo una muy fuerte presencia en el Congreso (Poder Legislativo).

La estabilidad sistémica entró en riesgo en 1985, con motivo de los juicios entablados contra las juntas militares y diversos miembros de las fuerzas de seguridad, a raíz de los excesos perpetrados con motivo de la “guerra sucia” o lucha antisubversiva, durante el régimen *de facto* de 1976/83. Ante protestas y movimientos militares, el Congreso sancionó primero la llamada ley “de punto final” 23.492, y después de los sucesos de Semana Santa de 1987, lindantes con la amenaza de un golpe de estado, la de “obediencia debida” 23.521, a favor de miembros de las fuerzas de seguridad. Tales leyes significaron verdaderas normas de amnistía, constitucionalmente posibles según el art. 67 inc. 17 de la entonces constitución, aunque discutidas a la luz del Pacto de San José de Costa Rica y de otros instrumentos internacionales concernientes a delitos de lesa humanidad, que excluirían la posibilidad de despenalizar tales hechos, o de no juzgarlos en el país.

No obstante lo dicho, y respecto de las principales figuras del régimen *de facto*, hubo severas sentencias penales contra los inculpados, convalidadas –con algunas modificaciones– por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁷

⁷ *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional* (1986), CSJN, en *Fallos*, tomo 309-2, pp. 1689 y ss.

Otro factor de inestabilidad sistémica fueron los procesos megainflacionarios registrados particularmente en 1989, y proyectados a 1990. El Poder Ejecutivo, ante ciertos saqueos y desmanes, declaró el estado de sitio, medida que tuvo convalidación jurisprudencial.⁸ De hecho, tal crisis económica provocó la renuncia del Presidente Raúl Alfonsín (julio de 1989), antes de concluir su período presidencial, y la asunción anticipada del nuevo presidente electo, Carlos S. Menem, del partido justicialista. Por esa época comienzan a proliferar los “decretos de necesidad y urgencia”, o medidas legislativas adoptadas por el Poder Ejecutivo al margen de la constitución de 1853-60, aunque la Corte Suprema terminó por admitirlos en el sonado caso “Peralta”.⁹ Tales decretos incrementaron las competencias y el capital político, de por sí abundantes, del Jefe de Estado, desnivelando todavía más en su favor la balanza del ficticio equilibrio de poderes. La tendencia “decretista” aumentó hasta alcanzar niveles nunca imaginados, durante la presidencia de Carlos S. Menem.

Bajo la presidencia de Raúl Alfonsín hubo un interesante caso de democracia semidirecta, o participativa, al convocar dicho jefe de Estado por decreto 2272/84 una consulta popular no vinculante, no prevista formalmente por la Constitución, para definir si el pueblo aceptaba o no la propuesta de paz formulada por el Papa Juan Pablo II, con motivo de la disputa abierta con Chile, a raíz del conflicto austral del canal de Beagle. El grado de participación social, y de adhesión a la mediación pontificia, fue elevado, y de hecho definió positivamente su aprobación, que se hizo después por el Congreso y el Presidente mediante los canales constitucionales pertinentes.

1.4. Tramo 22/8/94-2005

Esta última etapa está signada por la reforma constitucional de 1994, que intentó alterar profundamente el sistema gubernativo.

El meollo de la reforma constitucional fue la cuestión de la reelección presidencial, sin dejar un periodo de intervalo, tradicional aspiración del justicialismo. El 14 de noviembre de 1993, los líderes de ese partido y del radicalismo, Carlos S. Menem (entonces presidente de la Nación), y Raúl R. Alfonsín (ex Presidente, por el radicalismo), suscribieron el denominado “Pacto de Olivos”, que habilitó políticamente el proceso reformista. Fue complementado por el “Pacto de la Rosada” (del 13 de diciembre). Sustancialmente, se permitió la reelección, pero bajo determinados condicionamientos que restringirían el hiperpresidencialismo e introducirían cambios propicios para un moderno estado de derecho. Todo ello se tradujo en la ley 24.309, de convocatoria a reforma constitucional, muy discutida en cuanto la corrección constitucional de su trámite de aprobación.

⁸ La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró por mayoría que no era justiciable la declaración del estado de sitio: *Granada Jorge* (1985), CSJN, en *La Ley* tomo 1986-B, p. 213. Algún tribunal inferior a la Corte entendió que se daban las causales constitucionales de declaración del estado de sitio: *Barriónuevo* (1989), Cámara Nacional Criminal y Correccional, sala V, sala V, en *La Ley* tomo 1990-A, p. 45.

⁹ *Peralta* (1991) CSJN, en *La Ley*, tomo 1991-C, p. 518.

Dicha ley prohibió en su art. 7º la enmienda de la primera parte de la constitución, denominada “dogmática”, en una tentativa de salvaguardar el espíritu ideológico de la ley suprema. Habilitó (art. 2º) la reforma (i) de un paquete de enmiendas, denominado “núcleo de coincidencias básicas”, que debía aprobarse o rechazarse en bloque, y (ii) de otro grupo de posibles reformas, de libre tratamiento (art. 3º).

La asamblea constituyente funcionó desde el 25 de mayo hasta el 22 de agosto de 1994. La reforma que realizó fue intensa: incrementó en un 33% el texto de la constitución. Pero si a ello se suma que dio rango constitucional a una serie (cerca de diez) instrumentos internacionales de derechos humanos, ese “bloque de constitucionalidad” quintuplica en extensión, al menos, al documento de 1853/60. También se alteró la numeración de numerosos artículos de la constitución. Para algunos, debe hablarse, en verdad, de una “nueva” constitución, y no de una simple “reforma” constitucional, aunque en la práctica se la denomina usualmente del último modo.¹⁰

Veamos las principales modificaciones:

1.4.1. *Órganos extra-poder*. El nuevo art. 120 instituyó al “Ministerio Público”, bicéfalo, compuesto por la Procuración General y la Defensoría General de la Nación, como un ente extra-poder, situado fuera de los tres poderes clásicos, “independiente con autonomía funcional y autarquía financiera”. Su misión es promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad.

También diseñó la reforma al Consejo de la Magistratura (art. 114), que pudo haberse instrumentado como órgano extra-poder, pero que por la ley reglamentaria 24.937 concluyó como un cuerpo del Poder Judicial.

El nuevo art. 86 contempló la figura del “Defensor del Pueblo”, dedicado a la “defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos y garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes”, ante hechos, actos u omisiones de la administración, y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas”. Si bien el diseño constitucional fue ubicarlo “en el ámbito del Congreso de la Nación”, lo cierto es que el mismo artículo lo declara “independiente”, “con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad”, perfilándose así, prácticamente como un órgano extra-poder.

1.4.2. *Poder Ejecutivo*. El mandato presidencial fue reducido a cuatro años, pero con la posibilidad de una reelección inmediata por un solo período consecutivo. El interesado podrá postularse a un nuevo mandato, pero dejando como intervalo otro período: art. 90. También se modificó el régimen de elección del presidente y vicepresidente.

¹⁰ Sobre el desarrollo de la reforma de 1994, sus alcances, filosofía y demás aspectos, nos remitimos a SAGÜÉS, Néstor Pedro (2004): “Introducción”, en *Constitución de la Nación Argentina*, 10ª edición (Buenos Aires, Edit. Astrea), pp. 17 y siguientes.

sidente, ya no más a través de “colegios electorales”, sino por sufragio directo de los ciudadanos. Para alcanzar la primera magistratura es necesario haber obtenido más del 45% de los votos afirmativos válidos emitidos; o el 40% de esos votos, si existiere una diferencia mayor de diez puntos porcentuales respecto del total de los votos afirmativos válidamente emitidos, sobre la fórmula o binomio presidencial que sigue en número de votos. De no ser así, habrá que recurrir a una segunda vuelta, o *ballotage*, entre las dos fórmulas más votadas (arts. 96 a 98).

Una de las *vedettes* de la reforma fue la figura del “Jefe de Gabinete de ministros”, inspirada en la constitución peruana de 1979, a quien le toca, según el texto, “ejercer la administración general del país” (art. 100). Las ilusiones de la oposición fueron las de intentar un sistema semipresidencialista, o presidencialista atenuado, donde el aludido Jefe de Gabinete operara como gestor administrativo del país, *puen-te* entre el Presidente y el Poder Legislativo, y por último, como una suerte de *fusible* sistémico, de fallar las políticas planeadas por el Poder Ejecutivo.

Si bien el Jefe de Gabinete es responsable políticamente ante el Congreso de la Nación, quien puede removerlo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las cámaras (art. 101), también es nombrado y excluido discrecionalmente por el Presidente de la Nación (una receta del “parlamentarismo orleanista”). Esto, sumado a la potestad que ha asumido el Presidente de poder abocarse al conocimiento de las materias del Jefe del Gabinete (según las normas subconstitucionales regulatorias del mismo), y al predominante liderazgo presidencial, ha provocado en los hechos una devaluación político-institucional del funcionario de referencia, convertido de hecho en un asistente del Jefe de Estado.

La reforma de 1994 procuró vanamente reducir las competencias presidenciales en cuanto dictar decretos de necesidad y urgencia. A esos fines (art. 99 inc. 3º), los prohibió en materia penal, tributaria, electoral o de partidos políticos; exigió que solamente se emitiesen “cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes”, y marcó un trámite puntilloso para su elaboración: debían adoptarse en acuerdo general de ministros, con refrendo conjunto del Presidente y del Jefe del Gabinete, quien personalmente tiene que dentro de los diez días someterlos a consideración de una comisión bicameral del Congreso. A esta comisión le corresponde elaborar un dictamen en diez días y elevarlo al plenario de cada cámara. Después, una ley reglamentaria tiene que disponer el trámite consecuente. Esta ley (26.122) ha dispuesto que no precisan convalidación del Congreso, ya que rigen mientras sean derogados por la voluntad de las dos Salas del Congreso (esto es, que el disenso de una Cámara no es suficiente para invalidarlo). Ello convierte al Presidente en un verdadero poder legislador.

Cabe mencionar que el número de estos decretos (que son verdaderas leyes bajo la denominación de decretos) es impresionante, y que en ciertos momentos se ha dictado uno cada cinco días. En resumen, el Presidente, hasta fines de 2007, ha legislado, y mucho.

La reforma de 1994 intentó asimismo limitar las facultades presidenciales para emitir decretos en materia legislativa, pero pronunciados con autorización previa del Congreso (“decretos delegados”). El art. 76 prohibió esa delegación, pero curiosamente la autoriza, en el mismo precepto, “en materias determinadas de administración o de emergencia pública”, con plazos para hacerlo y dentro de las bases que establezca del Poder Legislativo. La amplitud de los términos utilizados facilita esta transferencia de competencias legislativas al Presidente.

1.4.3. *Poder Legislativo*. En este sector la reforma incluyó un tercer senador nacional por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, para dar representación a la primera minoría, todos ellos, como los diputados, de elección popular a partir de 2001 (arts. 54 y 56). Abrevió el proceso de sanción de leyes, y permitió la sanción de algunas de ellas mediante comisiones parlamentarias (arts. 79 y siguientes). Amplió el periodo legislativo de sesiones, del 1º de marzo hasta el 30 de noviembre (art. 63), y procuró robustecer un órgano de control sobre el Poder Ejecutivo, la Auditoría General de la Nación (art. 85), a más del referido Defensor del Pueblo.

En los hechos, sin embargo, el Congreso ha abdicado competencias ante un Poder Ejecutivo cada vez más poderoso. Ha sido evidente la renuencia del Poder Legislativo en asumir sus roles precisamente legisferantes, como en controlar el ejercicio de poderes legislativos del Presidente mediante los decretos de necesidad y urgencia. Puede hablarse, en términos generales y con honrosas excepciones, de una pleitesía congresional hacia el Presidente.

1.4.4. *Poder Judicial*. Sobre este tema nos expedimos más adelante (*infra*, 2.4).

1.4.5. *Régimen representativo*. La reforma de 1994 programó una democracia parcialmente semidirecta, ya que confirió al electorado el derecho de iniciativa popular de leyes, que deberían ser obligatoriamente tratadas por el Congreso. Se prohibieron sin embargo propuestas en asuntos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal (art. 39), sin darse motivos de peso en la convención constituyente para justificar tal exclusión.

El nuevo art. 40 contempló igualmente “consultas populares”, de tipo vinculante, por las que un proyecto de ley podría ser sometido por la Cámara de Diputados a decisión del electorado, produciéndose así una sanción popular de leyes, no vetables por el Poder Ejecutivo. Asimismo, el Congreso o el Presidente pueden requerir, en el marco de sus competencias, consultas populares no vinculantes, con voto no obligatorio para los ciudadanos.

En la práctica estos institutos no han funcionado todavía, pese a haberse sancionado sus leyes reglamentarias. Normativamente, los nuevos arts. 39 y 40 poco coinciden con la democracia puramente “representativa”, y nada “participativa”, que consagra el viejo artículo 22 de la constitución de 1853/60, todavía vigente, y que ya mencionamos (*supra*, 1.1). Existe, al respecto, una singular incoherencia constitucional.

En materia democrática y electoral, la reforma dio rango constitucional a los partidos políticos, previendo incluso la subvención de sus actividades por el Estado (art. 38). Intentó afianzar en ellos la democracia interna, con muy poco éxito en la práctica. Estableció el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio, que ya existía en la práctica por disposición legal, pero en los últimos comicios han crecido de manera preocupante las críticas acerca de la limpieza del proceso electoral, en asuntos tales como sustracción de boletas en los recintos donde se vota, compra de sufragios mediante obsequios, retrasos e irregularidades en las aperturas de mesas electorales, etc. Se suma a ello una creciente renuencia de la ciudadanía a participar en las elecciones y en asumir las responsabilidades como autoridades de dichas mesas.

1.4.6. *Régimen federal.* La reforma de 1994 intentó también reforzar el régimen federal. Otorgó un *status* constitucional especial a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, erigiéndola como una cuasi provincia (art. 129). El artículo 123 proclama a su turno la autonomía política, institucional, financiera, administrativa y económica de los municipios.

La misma reforma ordenó la sanción de una “ley de coparticipación” impositiva entre la Nación, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a pautas de equidad, solidaridad, calidad de vida e igualdad de oportunidades (art. 75 inc. 2), norma que pese a la directriz constitucional, todavía no se ha sancionado. Declaró que los recursos naturales correspondían a la provincia del territorio donde estuvieren (art. 124), y las autorizó a crear regiones para su desarrollo económico y social, con órganos específicos para tales fines (art. 124).

De hecho, sin embargo, el federalismo argentino ha sufrido una impactante declinación por el manejo que hace el gobierno federal en la remisión oportuna y completa de los fondos impositivos coparticipables, así como por la desigual concesión de aportes del tesoro nacional a las provincias, de tal modo que logra sumisiones y dependencias mediante tal látigo económico y financiero.

1.4.7. *Evaluación.* Resumiendo, no obstante los loables propósitos que tuvo la reforma constitucional de 1994, en orden a limitar el hiperpresidencialismo, fortalecer al Congreso y a la vida democrática, robustecer las autonomías provinciales, así como plasmar trámites de democracia semidirecta, no logró en los hechos tales objetivos.

La estabilidad sistémica tuvo fuertes convulsiones en diciembre de 2001, cuando una grave crisis económica y financiera, seguida de un importante estallido social, provocó la renuncia del presidente Fernando de la Rúa y la designación de varios presidentes interinos que se sucedieron en el correr de pocos días. Aunque con todos ellos se respetó –en sus trazos fundamentales– el régimen sucesorio de la constitución y de la ley de acefalía en vigor, recién en 2003 fue electo popularmente un nuevo presidente constitucional titular.

2. PODER JUDICIAL

También se expondrá este tema según los cuatro períodos consignados al describirse la situación del sistema de gobierno.

2.1. Tramo 1975 al 24/3/76

En este segmento la Corte Suprema de Justicia de la Nación y los demás jueces federales inferiores eran nombrados según el esquema de la constitución de 1853/60, por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado (art. 86 inc. 5º). Resultaban removibles mediante el “juicio político” (acusación por medio de la Cámara de Diputados, sentencia del Senado, en ambos supuestos con los votos de los dos tercios de los miembros presentes: arts. 45 y 51). De hecho, como anticipamos (*supra*, 1.1), no se aplicaba lo dispuesto por el “Estatuto Fundamental” de 1972, en materia de remoción (juicio público por acusación ante un jurado, integrado por igual número de miembros del Poder Judicial, del Poder Legislativo y abogados).

Durante este tramo rigió una nueva Corte Suprema nombrada después de reinstucionalizado el país, a partir del 15 de mayo de 1973, por las autoridades *de jure*. También fueron designados en ese momento nuevos jueces federales. Los anteriores, que venían del período *de facto* 1966-1973, o antes, concluyeron su gestión al terminar éste, en parte debido a una generosa ley de jubilaciones anticipadas, que favorecía los egresos, aunque muchos de ellos fueron renombrados por el gobierno *de jure*, e incluso algunos ascendidos.

El grado de independencia de la nueva Corte es discutido: su filiación estuvo, en términos generales, fuertemente vinculada al partido político oficialista.¹¹ En lo ideológico, destacó que el valor supremo de la constitución era “la justicia en su máxima expresión, la justicia social”.¹²

2.2. Tramo 24/3/76 al 10/12/83

El gobierno militar removió a los miembros de la anterior Corte Suprema de Justicia de la Nación, al Procurador General de la Nación y a los integrantes de los tribunales superiores provinciales (art. 4 del “Acta para el proceso de reorganización nacional”).

Los nuevos jueces de la Corte Suprema de Justicia fueron designados por el Presidente de la Nación, convalidando los nombramientos efectuados por la Junta Militar (los tres comandantes en jefe del ejército, marina y aeronáutica). Los otros jueces del

¹¹ Ver PELLET LASTRA, Arturo (2001): *Historia política de la Corte (1930-1990)*, (Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc), pp. 318 y siguientes. El autor destaca que hubo fallos contrapuestos en materia de defensa de la libertad de expresión.

¹² Berçaitz, CSJN, Fallos, tomo 289, p. 430. En este caso, la Corte Suprema estuvo integrada por conjueces (jueces suplentes).

poder judicial federal eran nombrados por el Presidente de la Nación (art. 9 del “Estatuto para el proceso de reorganización nacional”).

El mecanismo de remoción de todos los jueces federales, incluyendo los de la Corte Suprema, fue a través de “jurados de enjuiciamiento” (art. 11 del “Estatuto”). La ley 21.374 contempló dos jurados, uno para los jueces de la Corte Suprema, formado por cuatro ex jueces de ella y un abogado de la matrícula, y el otro para los restantes jueces, integrado por un juez de la Corte Suprema, los presidentes de dos de las cámaras nacionales de apelaciones y dos abogados de la matrícula (arts. 2 y 7).

El desempeño del Poder Judicial durante este tramo fue dispar. En las áreas no comprometidas directamente con los episodios vinculados con la denominada subversión (“guerra sucia”), la calidad e independencia de los magistrados ha merecido aprobaciones y rechazos.¹³ Pero los cuestionamientos son a menudo muy severos –lapidarios a veces– en materias penales federales, sobre su comportamiento para investigar, por ejemplo, desapariciones, torturas, muertes y secuestros clandestinos realizados por las fuerzas de seguridad o los “servicios” paramilitares próximos a ellas.¹⁴

La Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó, desde luego, la estructura castrense de poder que había nombrado a sus integrantes. No obstante, en varios fallos intentó fijar límites a la cúpula militar. Ya hemos visto (*supra*, 1.2) la postura de la Corte procurando amalgamar los derechos enunciados en la constitución con las restricciones dispuestas por el régimen militar, y la declaración de inconstitucionalidad del acta de responsabilidad institucional sancionada por la Junta en ejercicio del Poder Constituyente, por la que ésta impuso penas propias del Poder Judicial.

En materia de hábeas corpus interpuestos a favor de desaparecidos, y dentro de un gravísimo contexto de violación a los derechos humanos (ver *infra*, 3.2), la Corte instó a los jueces a agotar las pruebas útiles a fin de averiguar el paradero de tales personas.¹⁵ También denunció la situación derivada de la negativa sistemática y continuada del Poder Ejecutivo del registro en las reparticiones oficiales, de los casos de

¹³ Por ejemplo, en el ámbito laboral los jueces moderaron el vigor de la ley 21.400, que de hecho disolvía el derecho a la huelga. En cambio, en algún otro caso (*López v. Garibaldi*, citado en DOMÍNGUEZ, Nelson, *El tema indexación desde nuevo ángulo*, en “La Opinión” del 30/5/78 y *Un grupo de abogados polemiza con un juez*, en “La Opinión” del 26/8/78; cfr. igualmente “La Nación” del 30/5/78), un juez habría declarado que si una ley afectaba a la Constitución, pero respondía a los Objetivos Básicos y al Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional, era derecho válido. La Corte Suprema, sin embargo, declaró inconstitucional al precepto en juego (art. 176 de la ley de contrato de trabajo, texto ordenado reformado por la ley 21.297).

¹⁴ Cfr. CONADEP (Comisión Nacional sobre la desaparición de personas), *Nunca más* (2006), 8ª edición (Buenos Aires, edit. Eudeba), pp. 395/6. El informe acusa al Poder Judicial de haber coonestado un conjunto de aberraciones jurídicas, y le atribuye reticencia y hasta complacencia con la violación de los derechos humanos perpetrada por la dictadura. Destaca también que hubo jueces que cumplieron con sus deberes de decoro y legalidad, dentro de las tremendas presiones sufridas por la situación reinante.

¹⁵ *Ollero César* (1978) CSJN, en *El Derecho*, tomo 78, p. 287; *Giorgi, Osvaldo* (1979), CSJN, en *La Ley*, tomo 1979-B, p. 460.

detención de los desaparecidos, hecho que perfilaba, dijo, una efectiva privación de justicia, y requirió al Poder Ejecutivo para que adoptase las providencias necesarias para una adecuada respuesta a los requerimientos formulados por el Poder Judicial en tales casos.¹⁶ Asimismo, apuró en los hábeas corpus el control judicial de causalidad y de proporcionalidad entre los arrestos dispuestos por la Presidencia de la Nación con motivo de la declaración del estado de sitio, y las situaciones concretas de arresto por tal medida de excepción.¹⁷ Igualmente, hizo lugar (o moderó las condiciones de detención), de arrestados por el mismo estado de sitio, que pretendían ejercer el “derecho de opción” y trasladarse fuera del país, petición habitualmente denegada por las autoridades militares.¹⁸

En definitiva, el criterio de la Corte fue puntualizar que su trabajo, y el del Poder Judicial en general, no se retraía durante los periodos *de facto*, en la custodia de los valores que la sociedad argentina dejaba bajo su custodia.¹⁹ Como balance, puede decirse que la Corte, en varios fallos, procuró “acotar la acción del gobierno y hacer pública la ilegalidad reinante” (Oteiza).²⁰ Sin embargo, como apunta Arturo Pellet Lastra, la eficacia de estas directrices fue muy relativa en el terreno de los hechos.²¹

2.3. Tramo 10/12/83-22/8/94

En este periodo cabe diferenciar algunos subtramos.

2.3.1. *Segmento 10/12/83-11/4/90.* Corresponde a la Corte Suprema nombrada por el gobierno *de iure* (la *de facto* había renunciado), cuya presidencia fue ejercida por Raúl R. Alfonsín. Se trató de una Corte compuesta por cinco miembros, la mayoría de muy reconocida reputación.

Esta Corte se caracterizó por una reinterpretación de los derechos constitucionales en sentido protectorio de las libertades individuales no patrimoniales (v. los casos mencionados *infra*, 3.3), por lo cual se la califica como *liberal*, en el sentido norteamericano de tal expresión; y, en buena medida, *activista*. Por lo demás, la mayoría del tribunal no declaró inconstitucional ninguna ley relevante para el gobierno de aquel

¹⁶ Pérez de Smith (1978), CSJN, en *La Ley* 1979-A, p. 429.

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro (1978): *El incierto destino de un decreto, y el contralor del Poder Judicial sobre las facultades del Poder Ejecutivo, en ocasión del estado de sitio*, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1978-IV, p. 121.

¹⁸ Nos remitimos a un análisis pormenorizado en nuestro *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus* (1998), 3ª edición (Buenos Aires, Edit. Astrea), tomo 4, pp. 274 y siguientes.

¹⁹ Doctrina del caso *Zamorano*, repetida en el primer caso *Timerman*. Ver ob. cit. en nota 17.

²⁰ OTEIZA, Eduardo (1994): *La Corte Suprema* (La Plata, edit. Platense), pp. 78 y siguientes. El autor observa, de todos modos, que el régimen militar tuvo una clara tendencia a restar independencia al Poder Judicial. Una defensa de la actuación de la Corte durante el proceso militar puede hallarse en GABRIELLI, Adolfo (1986): *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública (1976-1983)*, (Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot), *passim*. El autor fue presidente de la Corte en tal período.

²¹ PELLET LASTRA, Arturo (2001), ob. cit. en nota 11, p. 401.

período, según juzga Alberto B. Bianchi.²² Antes bien, por mayoría de votos convalidó arrestos dispuestos por la Presidencia sin declarar el estado de sitio, al par que entendió que era cuestión política no justiciable el análisis de los motivos alegados por el gobierno para pronunciar tal medida excepción, y reputó constitucionales las discutidas leyes de “obediencia debida” y “punto final”.²³ Sin embargo, otro calificado sector de la doctrina estima, de todos modos, que tal Corte actuó con plena independencia.²⁴

2.3.2. *Segmento 11/4/90-22/8/94.* Este tramo se inicia con la puesta en marcha de la ley 23.774, del 11 de abril de 1990, que amplió el número de jueces de la Corte Suprema de cinco a nueve, cosa que posibilitó que el gobierno de Carlos S. Menem designara a cuatro nuevos magistrados. El argumento del oficialismo fue que la cantidad de trabajo existente en la Corte justificaba su ampliación y eventualmente, la división en salas.

No obstante, la división en salas nunca se concretó y en la sociedad las encuestas sostienen que el referido aumento de jueces tuvo fines partidistas y perjudicó la independencia del tribunal.²⁵ También existe una opinión muy divulgada, en el sentido que, con el tiempo, se gestó la popularmente llamada “corte adicta”, sustentada en una “mayoría automática” de cinco miembros que convalidaba por lo común las normas y actos del Poder Ejecutivo.²⁶ El desprestigio del tribunal aumentó con la desapa-

²² BIANCHI, Alberto B. (2007): *Una corte liberal. La Corte de Alfonsín* (Buenos Aires, Edit. Ábaco), p. 213. Sobre el activismo de esta Corte, ver MORELLO, Augusto M. (1989): *La Corte Suprema en acción* (Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot), pp. 129 y siguientes.

²³ La ley de “obediencia debida” fue declarada constitucional en el caso “Camps”. Ver CSJN (1987): *Fallos*, tomo 310, p. 1162. La de “punto final” se aplicó en “Jofré”: CSJN (1988), *Fallos*, tomo 311, p. 80. Sobre la consideración de los motivos de fondo alegados para declarar el estado de sitio como cuestión política no justiciable, y aceptar que arrestos dispuestos sin declarar el estado de sitio quedaban convalidados por la posterior adopción de este último, ver *Granada*, CSJN (1985): *Fallos*, tomo 307, p. 2284; *La Ley*, tomo 1986-B, p. 213.

²⁴ PELLET LASTRA, Arturo (2001), ob. cit. en nota 11, p. 443. En orientación similar, OTEIZA, Eduardo, *La Corte Suprema*, ob. cit., quien destaca que en materia de jubilaciones, el fallo *Rolón Zappa* (CSJN, *El Derecho*, tomo 120, p. 562) fue una muestra de independencia de la Corte Suprema, al sostener la defensa de los derechos de los retirados, en materia de movilidad de sus haberes.

²⁵ Diario *La Nación*, Buenos Aires, 15/3/92. En el sentido que la ampliación del número de los jueces de la Corte significó un grave golpe a la independencia del Poder Judicial, ver también OTEIZA, Eduardo (1994), *La Corte Suprema*, ob. cit., p. 204.

²⁶ Un análisis crítico de la actuación de la Corte puede encontrarse en MILLER, Jonathan (2001): “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 2001, Los Angeles, vol. 7, p. 369, y también en SANTIAGO (h), Alfonso, *La Corte Suprema y el poder político* (1999), (Buenos Aires, Edit. Ábaco), pp. 271 y siguientes, esp. p. 373 (el autor prefiere hablar de “Corte acompañadora”, o “Corte permisiva”, en el sentido que, como balance general, ejerció con debilidad el control de constitucionalidad). Aunque constata excepciones, en este tramo que abordamos menciona entre los casos más perfilantes del tribunal, *Peralta* (CSJN, *La Ley*, tomo 1991-C, p. 141), *Cocchia* (CSJN, *La Ley*, tomo 1994-B, p. 633), *Rossi Cibils* (CSJN, *El Derecho*, tomo 149, p. 459) y *Dromi* (CSJN, *La Ley*, tomo 1990-E, p. 97). En cambio, sosteniendo que la Corte de referencia “refleja independencia, integridad jurisprudencial, amén de preocupación por los derechos, reconocimiento de las necesidades económicas, continuidad y respeto por la seguridad jurídica y el estado de derecho”, ver ROGERS, William D., y WRIGHT-CAROZZA, Paolo (1995): *La*

rición de una sentencia del protocolo respectivo, presuntamente por órdenes superiores, mediante algo que irónicamente se denominó el “recurso de arrancatoria”.²⁷ No pocos tribunales federales inferiores, a su turno, también quedaron sociológicamente devaluados en lo que hacía a su imparcialidad, independencia y calidad. Se habla, al respecto, de *los jueces de la servilleta*.²⁸

Después del “Pacto de Olivos” (*supra*, 1.4) la Corte Suprema sufrió ciertas transformaciones en su integración, pero que no lograron modificar la fisonomía política ya descripta.

La Corte del período que comentamos abandonó la línea *liberal* de la Corte precedente. Para los críticos, adoptó poses más conservadoras y tradicionales en el entendimiento de los derechos personales (ver *infra*, 3.4).

2.4. Tramo 22/8/94-25/5/2003

La reforma constitucional de 1994 intentó remodelar profundamente al Poder Judicial. Creó al Consejo de la Magistratura (art. 114), órgano al que le encomendó la administración de los recursos y del presupuesto del Poder Judicial, así como la selección mediante concursos públicos, de los jueces inferiores a la Corte Suprema, debiendo elevar una terna al Presidente de la Nación, quien escoge un candidato y requiere para él acuerdo senatorial. También le otorgó la reforma al Consejo competencias para ejercer facultades disciplinarias sobre los magistrados, decidir la apertura del procedimiento de su remoción (para los jueces inferiores a la Corte), ordenando en su caso la suspensión y formular la acusación correspondiente ante un Jurado de Enjuiciamiento. Por último, le confirió roles legislativos, ya que el Consejo puede dictar reglamentos relacionados con la organización judicial, y todos los necesarios para asegurar la independencia de los jueces.

El nombramiento y remoción de los jueces de la Corte Suprema ha continuado con el sistema de 1853/60 (aunque el acuerdo senatorial debe prestarse en sesión pública y por dos tercios de los miembros presentes: art. 99 inc. 4). Los demás jueces federales inferiores son removibles ante un jurado de enjuiciamiento (art. 115).

Sin embargo, estas reformas, que pretendían superar la crisis institucional, política y técnica de la judicatura (según expuso el miembro informante del despacho mayoritario

Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica (Buenos Aires, edit. Ábaco), p. 118. La opinión social predominante se inclina a la dependencia de la mayoría de los jueces de la Corte (no de todos), hacia el Poder Ejecutivo de aquella época.

²⁷ VERBITSKY, Horacio (1993): *Hacer la Corte* (Buenos Aires, Edit. Planeta), pp. 445 y ss. El autor realiza también un estudio pormenorizado de la vinculación de la Corte con el Poder Ejecutivo.

²⁸ La expresión popular “jueces de la servilleta” surge del hecho atribuido a un ministro del Presidente Menem, de haber escrito en una servilleta, frente a otro ministro, una lista con los nombres de jueces federales presuntamente proclives a sostener al Poder Ejecutivo en sus sentencias. Ver LABORDE, Fernando (2007): *Jueces con obediencia debida se buscan*, en diario “La Nación”, Buenos Aires, 1/4/07, y nota de ZOMMER, Laura, en diario “La Nación”, Buenos Aires, 10/4/01.

en el seno de la convención constituyente de 1994),²⁹ en aras de programar una justicia calificada e imparcial, menos vinculada a los partidos, dependían en su éxito de cómo se integraban el Consejo y el Jurado. Al respecto, el texto constitucional dio algunas pautas: mencionó, en cuanto el Consejo, que debía respetarse un “equilibrio” entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal, a más de personas del ámbito académico y científico: art. 114; y respecto del Jurado, especificó que tenía conformarse con legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal: art. 115).

Adelantándonos al tiempo, la ley 26.080 terminó después por conformar al Consejo de la Magistratura con tres vocales jueces, dos representantes de los abogados, uno del Poder Ejecutivo, uno del ámbito académico y científico, y seis legisladores. Vale decir, que la clase política cuenta hoy con siete vocales, sobre un total de trece, hecho que demuestra un notorio predominio en su favor, en vez del “equilibrio” reclamado por el constituyente. En definitiva, ello implica un “avance sobre la independencia del Poder Judicial”,³⁰ en vez de erigir un ente destinado a jerarquizar y sanear a este último.

A su turno, el Jurado de enjuiciamiento tiene, a tenor de la ley 26.080, siete miembros: dos jueces de cámara, cuatro legisladores, y un abogado de la matrícula. Vuelve a repetirse aquí la supremacía de la clase política.

La reforma constitucional de 1994 limitó la estabilidad de los jueces, que era vitalicia en tanto mediare buena conducta, a la edad de 75 años, cumplidos los cuales era necesario un nuevo nombramiento (art. 99 inc. 4°). Sin embargo, en el caso “Fayt” la Corte Suprema declaró inconstitucional, por vicios de procedimiento, tal enmienda.³¹

En el tramo que comentamos, y aunque con cambios parciales en su composición, la Corte Suprema mantuvo las críticas y el perfil que tenía desde abril de 1990.³²

2.5. Tramo 25/5/2003-2005

Con la asunción del nuevo presidente, Néstor Kirchner, en la fecha indicada, hizo eclosión la disputa existente entre la vulgarmente llamada “mayoría automática” de la Corte preexistente, y el Poder Ejecutivo, que reclamó públicamente al Congreso el inicio del juicio político contra algunos magistrados del tribunal. De resultados de ello,

²⁹ CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994 (1994): *Diario de Sesiones*, pp. 2219 y ss.

³⁰ ROMERO, Luis Alberto (2008): *Los nuevos derechos humanos* diario “La Nación”, Buenos Aires 11/6/08.

³¹ *Caso Fayt*, CSJN, *Fallos*, tomo 322, p. 1616.

³² Por ejemplo, Alfonso Santiago (h) ubica en la línea de corte seguidora o permisiva, según los fallos (renuente a ejercer el control de constitucionalidad contra el gobierno), los casos *Chocobar*, *Prodelco*, *Monges*, *Polino*, *Romero Feris*, *de los Aeropuertos* y *Senadores de la Nación*, donde quedaron convalidados importantes normas y actos de la Presidencia y del Congreso, aunque exhibe rasgos de corte moderadora en *Video Club Dreams*, *Dalla Blanca*, *Reutemann* y *Solá*. Ver SANTIAGO, (h) Alfonso (1999): *La Corte Suprema y el poder político*, ob. cit., p. 373.

dos fueron removidos por tal procedimiento,³³ mientras que otros tres renunciaron. En su reemplazo fueron designados nuevos jueces con prestigio académico y profesional, mediante un trámite que permite a la ciudadanía conocer los antecedentes y patrimonio de los aspirantes, y debatir sus cualidades (decreto 222/03).

A poco fue delineándose una jurisprudencia por lo común comprometida con los derechos humanos, en particular de fuente internacional (ver al respecto *infra*, 3.4.3). Al mismo tiempo, la Corte ha dictado sentencias de moderna factura, de las llamadas “interpretativas”, “modulatorias”, “exhortativas”, “de efectos diferidos”, etc., en particular para atender dinámica e idóneamente casos de trascendencia o interés institucional.³⁴ En ciertos casos, aplicando la doctrina de la “interpretación previsoras”, o “consecuencialista”, ha postergado los efectos de un pronunciamiento por un año, a fin de evitar situaciones de caos y posibilitar a los otros poderes del Estado que arbitren un nuevo régimen legal acorde con la constitución.³⁵

La ley 26.183, del año 2007, redujo los jueces de la Corte a cinco miembros. La enmienda ha sido por lo común aplaudida. Sin embargo, tal número parece reducido para un tribunal con roles tal significativos.

Lamentablemente, el panorama –en numerosos puntos positivo– del actual Poder Judicial, en particular en cuanto su autonomía e imparcialidad, se ha visto oscurecido por determinados sucesos, como la sanción de la citada ley 26.080, que desnaturaliza al Consejo de la Magistratura y al Jurado de Enjuiciamiento; por las críticas públicas de disconformidad de altos funcionarios del Poder Ejecutivo respecto de sentencias emitidas por tribunales federales e incluso por la misma Corte; por el pedido público de renuncia de algún juez formulado por el Ministro del ramo, o por la reciente resolución (junio de 2008) del Ministerio de Justicia y Seguridad, en el sentido de que las órdenes judiciales dirigidas a funcionarios de tal organismo, deben ser giradas, antes de ser cumplidas, al titular de dicha cartera, para su evaluación.

³³ En algunos aspectos, estas destituciones resultan muy discutibles, v. gr. si se verifican por condenar el Senado, el criterio seguido por el juez destituido al ejercer el control de constitucionalidad cuando dicta sus sentencias. El Senado puede convertirse así en el intérprete final de la constitución, al revisar la interpretación constitucional realizada por el juez de la Corte Suprema que es removido. Ver SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006): *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos* (Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc), pp. 166 y ss.

³⁴ Sobre sentencias modulatorias aditivas en el período que comentamos, puede considerarse el caso *Massa*, ver SAGÜÉS, Néstor Pedro (2007): *La decisión de la Corte Suprema argentina sobre pesificación de depósitos bancarios en dólares, desde la perspectiva procesal constitucional*, en *El Derecho*, Buenos Aires 15/3/07, p. 1; en cuanto sentencias sustitutivas, *Vizzotti*, CSJN, “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, tomo 2004-IV, p. 199; respecto de sentencias exhortativas, *Verbitsky*, CSJN, *Fallos*, tomo 328, p. 1146.

³⁵ *Rosza*, CSJN, “Jurisprudencia Argentina”, Buenos Aires, tomo 2007-III, p. 414.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. Tramo 1975-24/3/76

En este período, y en materia de derechos constitucionales, rige la Constitución de 1853/60, que no había sido afectada en tal sector por el “Estatuto Fundamental” de 1972.

El catálogo constitucional –relativamente breve– de los derechos fundamentales de aquel texto, comprende los llamados “de primera generación”, teniendo en cuenta la fecha de la sanción inicial de la constitución, una de las más viejas del mundo en funcionamiento. El art. 14 enuncia los de trabajar y ejercer industria lícita, navegar y comerciar, peticionar ante las autoridades, entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, publicar las ideas por la prensa sin censura previa, usar y disponer de la propiedad, asociarse con fines útiles, profesar libremente el culto, enseñar y aprender.

El art. 15 elimina la esclavitud, mientras que el 16 descarta las prerrogativas de sangre y de nacimiento, desaprueba los fueros personales y títulos de nobleza. Declara la igualdad ante la ley y la admisibilidad en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

El art. 17 tutela fuertemente a la propiedad, declarada “inviolable”. La expropiación por causa de utilidad pública debe ser declarada por ley y previamente indemnizada. Solamente el Congreso impone tributos. Los autores e inventores son propietarios de sus obras por el término de ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre.

El art. 18 menciona algunos derechos penales y procesales importantes. Nadie puede ser penado sin juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, ni arrestado sin orden escrita de autoridad competente. Se declara inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, como el domicilio, la correspondencia epistolar y los papeles privados. La ley determinará en qué casos corresponde su allanamiento. Quedan abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas, los tormentos y los azotes. Las cárceles se declaran para seguridad y no para castigo de los reos.

El art. 19 enuncia el derecho a la privacidad y el de reserva de ley: ningún habitante será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

Con generosidad, el art. 20 establece que los extranjeros gozan en el país de los mismos derechos civiles que los argentinos. El art. 32 agrega que el Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de expresión.

La reforma constitucional de 1957, vigente en el período que tratamos, había agregado derechos sociales “de segunda generación”, en el art. 14 bis: protección al trabajo y al trabajador, con condiciones dignas y equitativas de labor, descanso y vacaciones pagados, retribución justa, salario mínimo vital móvil, igual remuneración por

igual tarea, protección contra el despido arbitrario, estabilidad del empleado público, organización sindical libre y democrática. A los gremios se les reconoció la facultad de celebrar convenios colectivos de trabajo, recurrir a la conciliación y arbitraje, y el derecho de huelga, además de garantías específicas para los representantes gremiales. También incluyó el mismo artículo la declaración de los beneficios de la seguridad social, con el seguro social obligatorio, jubilaciones y pensiones móviles, protección integral de la familia y del bien de familia, compensación económica familia y acceso a una vivienda digna.

A ese panorama de derechos cabe formular algunas observaciones.

a) La primera es que aparte de tales derechos “enumerados”, el art. 33 señaló que había otros, no enumerados o implícitos, que derivan “de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”. Esta cláusula abierta permite a los operadores de la Constitución, y en particular a la Corte Suprema, como intérprete final de ella, ampliar el catálogo de los derechos fundamentales y reconocer como *constitucionales* a otros derechos no contemplados en el momento del parto de la constitución, como ocurrió, v. gr., con los derechos al honor, de reunión, a interponer la acción de amparo, a la dignidad humana, etc. Si se ausculta el origen de la norma, se advertirá que el constituyente entendía como implícitos a los derechos naturales de las personas y de los pueblos, superiores a cualquier constitución positiva, con lo que el sentido de la norma excede la redacción que lleva.³⁶

b) Una segunda observación es que de los derechos enumerados, la Corte Suprema ha deducido otros derechos, que podríamos llamar “desprendidos” o “inferidos” del texto constitucional, preferentemente del artículo referido al debido proceso (art. 18). Por ejemplo, el principio *non bis in idem*, o el derecho a la libertad condicional durante el transcurso del proceso, o el derecho a la justicia pronta, como el de presunción de inocencia.³⁷

c) Una tercera puntualización es que la vigencia de muchos derechos podía quedar anestesiada por su concepción como “cláusulas programáticas”, vale decir, no operativas si no se dicta una ley reglamentaria que los instrumente y motorice. Un buen ejemplo de ello es el derecho a ser juzgado mediante jurados (art. 24), o el de los trabajadores, de participar en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en su dirección (art. 14 bis).

d) Una cuarta aclaración es que la constitución de 1853/60 no tiene un techo ideológico uniforme, sino múltiple. Al momento de su sanción, coexistían en la constitu-

³⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro (1986): “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, en *Enciclopedia jurídica Omeba, Apéndice V* (Buenos Aires, edit. Driskill), pp. 33 y siguientes.

³⁷ A título de ejemplo: sobre el derecho a una justicia pronta, *Mattei*, CSJN, *Fallos*, tomo 272 p. 188; sobre el derecho a ser presumido inocente hasta tanto no se pruebe lo contrario, *Gordon*, CSJN, *Fallos* tomo 311, p. 2045. En cuanto el derecho a ser excarcelado mientras dura el proceso penal, *Stancato*, CSJN, *Fallos*, tomo 310, p. 1835.

ción un segmento liberal-individualista (cuyo valor supremo, obviamente, era la libertad), y otro cristiano tradicional (que privilegiaba los principios de bien común y justicia). Con posterioridad se le agrega, después de la reforma de 1957, un segmento propio del estado social de derecho, donde son muy cotizadas las ideas de función social de la propiedad y de justicia social. Ese cóctel ideológico produce como resultado que cada cláusula de la constitución puede interpretarse de modo distinto, según la óptica ideológica que se prefiera, circunstancia que puede producir respuestas jurídicas diferentes, y todas ellas constitucionales. En el período que estamos comentando, la Corte Suprema indicó –en el citado caso *Berçaitz*– que el valor fundamental de la constitución era la justicia social (*supra*, 2.1).

En los hechos, la decadencia de derechos humanos fundamentales principió ya antes de 1975, y continuó en este segmento, en particular por la formación de la “Triple A” (“Alianza Anticomunista Argentina”), propiciada desde el mismo gobierno, y responsable de centenares de atentados.³⁸

3.2. Tramo 24-3-76 al 10-12-83

El período que transcurre durante el “proceso” (régimen militar entre tales fechas) importó una claudicación de los derechos fundamentales. Ello se concretó por dos vías.

Por un lado, el gobierno *de facto* restringió formalmente derechos mediante la mantenida declaración del “estado de sitio” (art. 23 de la constitución), pero además con la suspensión del “derecho (constitucional) de opción” para salir del país, por parte de los arrestados (acta institucional del 24 de marzo de 1976); la prácticamente eliminación del derecho de huelga (ley 21.400); la condena –directamente por la Junta Militar– de personas “responsables de lesionar los supremos intereses de la Nación”, por el “acta institucional” del 18 de junio de 1976; o la facultad de la Junta militar para declarar la inhabilitación de bienes de personas físicas o jurídicas, según acta institucional del 3 de febrero de 1977; la ley de expulsión de extranjeros 21.259, etc.

Paralelamente, en los hechos y al margen de las normas vigentes, miles de personas sufrieron ejecuciones, torturas, secuestros y desapariciones forzadas, a más de otros tipos de vejaciones, sustracción de niños y de bienes, ocultamiento o destrucción de cadáveres, etc., por parte de fuerzas oficiales o grupos paramilitares conectados con ellas, que también operaron en centros clandestinos de detención –verdaderos campos de concentración– ocultos para la sociedad.³⁹ Todo ello, en un marco de total impunidad, con reglas y órdenes verbales y secretas, configuró un caso de *terrorismo de Estado*, en el contexto de la “guerra sucia”. Miles fueron también los que debieron exiliarse a fin de salvar sus vidas.

³⁸ Ver sobre el tema GONZÁLEZ JANSEN, Ignacio (1986): *La triple A* (Buenos Aires, Edit. Contrapunto), *passim*.

³⁹ CONADEP (2006), ob. cit., en nota 14, pp. 11 y ss., 19 y ss. Ver también *Causa originariamente instruida por el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas en cumplimiento del decreto 158/83 del Poder Ejecutivo Nacional*, CSJN (1986), *Fallos*, tomo 309, p. 1708, y voto singular del juez de la Corte Carlos S. Fayt, pp. 1768 y ss.

Al mismo tiempo, otras personas resultaron víctimas de acciones violentas provenientes de los grupos denominados subversivos o guerrilleros, algunos de los cuales montaron “cárceles del pueblo” para sus detenidos o secuestrados. Esta otra variante de ataque a los derechos humanos fue igualmente mencionada por la Comisión Nacional sobre desaparecidos, instituida por el gobierno constitucional después de 1983.⁴⁰

3.3. Tramo 10-12-83 al 22/8/94

En este período, después de la reinstitucionalización de la democracia, se suceden dos gobiernos constitucionales, con cortes supremas con diferente integración (v. *supra*, 2.3.1 y 2.3.2). Rige el mismo texto constitucional, con idéntica tabla de derechos, pero interpretado algunas veces de modo distinto. Como elemento común, puede sostenerse que en ambos gobiernos rigió un estado de derecho.

a) en el primer subtramo la Corte Suprema formuló, según adelantamos, una interpretación de los derechos fundamentales que bien podría rotularse “liberal” en la terminología norteamericana. Algunos indicadores de esa tendencia, entre otros, son: a) reputar inconstitucional, por violar el derecho a la intimidad, la norma penal que castigaba la tenencia de estupefacientes para el consumo personal (casos “Bazterrica” y “Capalbo”); b) entender que la dignidad humana exige para el divorciado la posibilidad de contraer nuevo matrimonio, motivo por el cual resultaba inconstitucional la ley de matrimonio civil que lo impedía (“Sejean”); c) admitir la objeción de conciencia para no portar armas, durante la prestación del servicio militar entonces obligatorio (“Portillo”); d) invalidar en los procesos penales las pruebas obtenidas violando los derechos de los acusados, o las que fueran consecuencia de tal infracción (doctrinas de “la exclusión”, y de “los frutos del árbol venenoso”, casos “Montenegro”, “Ruiz”, “Francomano”, etc.); e) reforzar el principio constitucional de inviolabilidad del domicilio (“Fiorentino”, “Rayford”); f) sostener la inconstitucionalidad del juzgamiento de civiles por tribunales militares, concluida la situación de excepción (“Gauna”); g) tutelar el derecho a la privacidad, y al honor personal, frente a excesos de los medios de difusión (“Ponzetti de Balbín”); h) declarar inconstitucionales los delitos de peligro abstracto (“Bazterrica” y “Capalbo”). Desde el ángulo del derecho procesal constitucional, la Corte abrió la acción declarativa de inconstitucionalidad (“Provincia de Santiago del Estero”).⁴¹

b) después de la ampliación de la Corte Suprema por la ley 23.774, en 1990, durante la presidencia de Carlos S. Menem, la Corte adoptó posturas más tradiciona-

⁴⁰ CONADEP (2006), ob. cit., en nota anterior, p. 11, cuando menciona que “Durante la década del setenta Argentina fue convulsionada por un terror que provenía tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda...”, aunque aclara con precisión que “...a los delitos de los terroristas, las fuerzas armadas respondieron con un terrorismo infinitamente peor”. Por su parte, el referido voto del juez de la Corte Suprema, Carlos S. Fayt, mencionado en la cita anterior, alude a que la prueba aportada en la causa judicial “acredita las acciones criminales cometidas (por el terrorismo, según lo denomina) y su condición de desencadenantes de la intervención de las fuerzas armadas en su represión”, aunque ello fue con una metodología absolutamente reñida con los derechos humanos, que a continuación reseña en sus aspectos esenciales (puntos 7º y 8º de su voto).

⁴¹ BIANCHI, Alberto B. (2007): *Una Corte liberal*, ob. cit. en nota 21, pp. 149 y siguientes.

les y, en ciertos temas, conservadoras. Volvió a juzgar constitucional el castigo penal por la posesión de drogas para el consumo propio, como la posibilidad de sancionar delitos de peligro abstracto, y confirmó la denegatoria de la personería jurídica de la Comunidad Homosexual Argentina, argumentando que sus estatutos no coincidían con el bien común, ya que pregonaban la pública defensa de la homosexualidad, hecho que, sostuvo, condenaba la moral pública. También recortó los efectos de las doctrinas de la “exclusión” y de los “frutos del árbol venenoso”, admitiendo la convalidación de pruebas por otros conductos distintos al constitucionalmente viciado.⁴²

3.4. Tramo 22-8-94-2005

La reforma constitucional de 1994 transformó hondamente el panorama de los derechos fundamentales de base constitucional. Fueron dos los frentes de ampliación.

3.4.1. *Derechos de “tercera” y “cuarta” generación.* En primer lugar, el nuevo texto amplió el listado de los derechos clásicos, de primera y segunda generación. Con un nuevo “capítulo segundo” en la primera parte de la constitución, entre los aportes figura el derecho (explícito) de resistencia a la opresión contra gobiernos *de facto* (art. 36); al sufragio universal, igual, secreto y obligatorio (art. 37), de igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para acceder a cargos públicos y partidistas, con más acciones positivas para así obtenerlo (art. 37); derechos de los partidos políticos (art. 38), derechos políticos de los ciudadanos de iniciativa popular (art. 39); derecho a un ambiente sano, equilibrado y apto para el desarrollo humano, incluso en favor de las generaciones futuras (art. 41); derechos específicos para los consumidores y usuarios, entre ellos el de la salud, seguridad e intereses económicos, información adecuada, libertad de elección y a condiciones de trato digno y equitativo (art. 42). Por su parte, el art. 43 trató de modo expreso a las garantías procesal-constitucionales del amparo, hábeas data y hábeas corpus, delineando sus aspectos fundamentales.

A lo expuesto cabe agregar que al modificar la segunda parte de la constitución, se introdujeron oblicuamente otros derechos. Así, la generación de empleo y formación profesional de los trabajadores (art. 75 inc. 19); el derecho, para los indígenas, a su identidad, educación bilingüe e intercultural, como a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan, y a la participación en la gestión referida a sus recursos naturales (art. 75 inc. 17). El art. 75 inc. 23 proclamó en general la igualdad real de oportunidades y de trato, con acciones positivas, respecto de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad. Derechos específicos en pro del niño desamparado, desde el embarazo hasta la conclusión del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de la lactancia, fueron enunciados en el mismo inciso. En materia de educación, se reconoció a las familias y a la sociedad la participación en el sistema, con igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna (art. 75 inc. 19. Idéntico inciso alude a la libre creación y circulación de las obras del autor). Como pauta ideológica muy significati-

⁴² Ver MILLER, Jonathan (2001): ob. cit., en nota 25.

va, que refuerza el techo constitucional propio del estado social de derecho, es la recepción constitucional expresa del principio de justicia social, en el art. 75 inc. 19.

3.4.2. *Derechos humanos provenientes del derecho internacional.* El nuevo art. 75 inc. 22, utilizando la técnica jurídica de la *recepción*, confirió rango constitucional a diez instrumentos internacionales de derechos humanos: la declaración americana de los derechos y deberes del hombre, la declaración universal de derechos humanos, la convención americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, el pacto internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo, la convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio; la convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, y la convención sobre los derechos del niño.

El mismo art. 75 inc. 22 anticipa que esa concesión de rango constitucional a tales documentos significa que “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Esta sibilina frase ha originado disputas hasta hoy interminables. Su interpretación literal lleva a concluir que si hay conflicto entre alguno de esos instrumentos y un artículo de la primera parte de la constitución, prevalece este último; y que en cambio, si la disputa es con un artículo de la segunda parte, triunfaría el documento internacional. Eso fue sostenido por un miembro coinformante del despacho mayoritario en el seno de la convención constituyente, pero el otro miembro entendió que si había oposición debía resolverse según el principio *pro persona* (esto es, el texto más favorable al individuo). Varios jueces de la Corte Suprema han entendido, en cambio, que si el constituyente dio rango constitucional a tales instrumentos, es que ya los entendió compatibles con toda la constitución, de tal modo que no queda otro camino que armonizar indefectiblemente las reglas en aparente confrontación. Por su parte, otros juristas opinan que como la convención constituyente no podía alterar la primera parte de la constitución, según el art. 7º de la ley de convocatoria 24.309, aquel tramo debe prevalecer.⁴³ Nos hemos adherido a la primera posición, aunque desde el ámbito internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se perfila en otra posición, ya que ha juzgado que se impone en todo caso un *control de convencionalidad*, por el que resultan inválidas las reglas de derecho interno opuestas al Pacto de San José de Costa Rica.⁴⁴ Entre ellas, agotadas las gestiones para lograr una interpretación armonizante, estarían incluso las constituciones nacionales.

⁴³ Nos remitimos en cuanto estas distintas posturas a SAGÜES, Néstor Pedro (2008): *Censura judicial y derecho de réplica* (Buenos Aires, edit. Astrea), pp. 106 y siguientes.

⁴⁴ *Almonacid Arellano*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, en *Revista de Derecho*, 2007, (Montevideo, Edit. Universidad Católica del Uruguay), número 2007-2, pp. 217 y ss., especialmente 285 (considerando 124). La existencia del control de convencionalidad ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia Argentina: *Mazzeo*, CSJN, 13/7/2007, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 2007-III, p. 573, considerando 21.

El referido nuevo art. 75 inc. 22 habilitó también al Congreso para que, mediante cierto procedimiento y mayorías, confiriere rango constitucional a otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Y así lo ha hecho, con relación a la convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, y la convención sobre imprescriptibilidad de crímenes de guerra y de lesa humanidad (leyes 24.820 y 25.778).

En resumen, estos documentos de fuente internacional integran el *bloque de constitucionalidad* argentino: no forman en rigor parte de la constitución, pero cuentan con cotización constitucional, en los discutibles términos ya referidos.

Un problema harto significativo es el de compatibilizar tales instrumentos entre sí. No siempre coinciden: se han sancionado en distintos foros, en momentos diversos, y su base ideológica puede ser diferente. Un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido la armonización entre las reglas del Pacto de San José de Costa Rica prohibitivas de la censura previa, y las cláusulas de la convención del niño que, en aras de proteger su privacidad y personalidad posterior, auspician la prohibición de divulgar en los medios de difusión sus nombres, involucrados en procesos judiciales. En definitiva, y en lo esencial, la Corte dio mayor valencia a la convención de los derechos del niño.⁴⁵

3.4.3. *Los derechos humanos en la experiencia judicial.* La instrumentación del nuevo *bloque de constitucionalidad*, a partir de la reforma de 1994, no resultó fácil. El Congreso de la Nación no siempre adaptó las antiguas reglas a las nuevas prescripciones constitucionales en vigor. Un ejemplo paradigmático puede ser el amparo, que todavía está regulado por la ley 16.986, dictada en 1966 por un régimen militar, y que muy poco coincide con las pautas y el espíritu del nuevo art. 43 de la constitución. En alguno de los puntos la Corte fue todavía más allá de la reforma constitucional, como por ejemplo en materia de legitimación activa de las asociaciones para articular el amparo, ya que no exigió el requisito constitucional de estar inscriptas según un registro especial que una ley debía determinar.

Otras normas demoraron en dictarse, como la ley 25.675, general del ambiente, que creó el “amparo ambiental” en su art. 30; y pasaron muchos años, igualmente, para que se reglamentara el derecho de iniciativa popular de leyes y de consultas populares. Y en ciertos supuestos, subsiste una legislación anterior a la reforma de 1994, como la ley del consumidor, aunque fue sancionada durante un gobierno democrático.

Gran parte de la responsabilidad de motorizar la reforma constitucional recayó entonces sobre la judicatura. Ella adaptó, por ejemplo, las reglas de la ley de amparo 16.986, dictada por un régimen militar en 1966, a las nuevas prescripciones constitucionales.

Por su parte, la Corte Suprema, aún con su discutida integración (*supra*, 2.3.2 y 2.4), avanzó en la tutela de ciertos derechos, como la tutela de la salud y la apertura de

⁴⁵ S., V. c. M., D. A. CSJN (2001), en *Fallos*, tomo 324, p. 1018.

la legitimación para promover amparos colectivos, y la protección de las personas por nacer, impidiendo en este caso la venta de pastillas que dificultan el anidamiento de óvulos fecundados.⁴⁶ Pero al revés, fue reacia a admitir una actualización equitativa de los haberes jubilatorios con motivo de la inflación,⁴⁷ y autorizó reducciones en los salarios de empleados públicos.⁴⁸

A partir del 25 de mayo de 2003, y con la reestructuración de la Corte Suprema (ya que varios de sus antiguos miembros renunciaron o fueron destituidos mediante el juicio político: ver *supra*, 2.3.4), la Corte acrecentó su protagonismo activista e hizo pesar fuertemente el derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho constitucional local.

Así, a título de muestra, y ciñéndonos principalmente al período que cubre este estudio, la Corte declaró inconstitucional un régimen de indemnización tarifada de riesgos de trabajo, que les impedía reclamar la indemnización de derecho civil, plena e integral.⁴⁹ También reputó inconstitucional un reducido tope dinerario fijado por ley, en el cálculo de la indemnización por despido,⁵⁰ o el pago en cuotas de otra indemnización laboral.⁵¹ En resguardo de la imparcialidad objetiva de los magistrados, calificó como inconstitucional la actuación en el mismo proceso, del juez de crimen que previamente actuó como juez de instrucción,⁵² y también lo hizo (más tarde, en 2007) con la justicia penal militar, que según el código respectivo, no brindaba esa independencia e imparcialidad.⁵³ Respecto del derecho a la vida, entendió que el Estado tenía obligaciones a proporcionar alimentos a sujetos carenciados, como prestación a su cargo.⁵⁴ Y fuera del período que abordamos, a partir de 2006, ha continuado con tales posturas sociales.

Aplicando reglas del derecho internacional de los derechos humanos, reputó imprescriptibles los delitos de lesa humanidad, aun con criterio retroactivo,⁵⁵ declaró nulas las leyes de amnistía (“de punto final” y “obediencia debida”) sancionadas por el Congreso respecto de aquellos delitos.⁵⁶ Abrió el hábeas corpus colectivo, a favor de

⁴⁶ *Asociación Benghalensis*, CSJN, *Fallos*, tomo 323, p. 1339; *Campodónico*, CSJN, *Fallos*, tomo 323, p. 3229; *Portal de Belén*, CSJN, *Fallos*, tomo 325, p. 292.

⁴⁷ *Chocobar*, CSJN, *Jurisprudencia Argentina* 1997-II-550.

⁴⁸ Por ejemplo, *Guida*, CSJN, *Fallos*, tomo 323, p. 1566. La Corte diseñó, de todos modos, topes a la capacidad del gobierno para disponer tales disminuciones de salarios.

⁴⁹ *Ferreira*, CSJN, *Fallos*, tomo 328, p. 2520. Continúa la línea jurisprudencial de *Aquino*.

⁵⁰ *Vizzotti*, CSJN, en “*Jurisprudencia Argentina*”, tomo 2004-IV, p. 199.

⁵¹ *Milone*, CSJN, en *Fallos*, tomo 327, p. 4607.

⁵² *Dieser-Fraticelli*, CSJN, en “*Jurisprudencia Argentina*”, tomo 2006-IV, p. 452.

⁵³ *López, Ramón Ángel*, CSJN, en *Fallos*, tomo 330, p. 399.

⁵⁴ *Orlando*, CSJN, *Fallos*, tomo 328, p. 1708.

⁵⁵ *Arancibia Clavel*, CSJN, en “*Jurisprudencia Argentina*”, tomo 2004-IV, p. 423.

⁵⁶ *Simón*, CSJN, en “*Jurisprudencia Argentina*”, tomo 2005-IV, p. 377. Posteriormente, en 2007, ha declarado inconstitucionales indultos del Poder Ejecutivo respecto de procesados o condenados por delitos de lesa humanidad: *Mazzeo*, CSJN, en “*Jurisprudencia Argentina*”, tomo 2007-III, p. 573.

detenidos en condiciones inhumanas en cárceles provinciales, exhortando la reforma de las leyes locales sobre el tema;⁵⁷ y siguió reiteradamente la doctrina jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que calificó de “imprescindible pauta de interpretación” en cuanto los derechos contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica.⁵⁸

Interesa destacar que la Corte Suprema ha manejado también el criterio evaluatorio de las “normas sospechosas de inconstitucionalidad”, que son aquellas que por restringir derechos fuertemente cotizados, como el de igualdad, están sometidas a un escrutinio estricto de constitucionalidad, y que ocasionalmente puede disminuir en ellas –o incluso desaparecer– la presunción de constitucionalidad. Ello ocurre, por ejemplo, con la exigencia impuesta por una ley de la nacionalidad argentina de origen (ser nativo), para desempeñar ciertos cargos.⁵⁹

La tendencia de la Corte de tutelar derechos personales y de recurrir al derecho internacional de los derechos humanos, se ha acentuado después de 2005.⁶⁰

4. BALANCE

Puede advertirse que en cuanto el sistema gubernativo, el Poder Judicial y los derechos fundamentales, la República Argentina ha atravesado etapas muy distintas durante los años 1975/2006.

Elas dependen de tres variables. *a)* Por un lado, la *institucional*: en los tres rubros que apuntamos, es bien marcada la distinción que hubo entre los periodos *de jure* (1975-24/3/76, y 10/12/83 hasta el presente) y *de facto* (24/3/76 al 10/12/83). *b)* La segunda variante es *jurídica*: también deben diferenciarse los tramos anteriores y posteriores a la reforma constitucional de 1994. *c)* La tercera es *judicial*: a su vez, en cada estos segmentos han existido algunas veces importantes mutaciones –al menos cinco relevantes– en la integración de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, hecho que ha provocado vaivenes jurisprudenciales significativos en la interpretación de la constitución, y en particular, en el contenido mismo de los derechos constitucionales.

Las tres variables se encuentran interconectadas, ya que, por ejemplo, hubo distintas cortes supremas al cerrarse una etapa de gobierno *de jure*, abrirse una *de facto* y retornar después al sistema *de jure*. Pero aun dentro de un mismo tramo constitucional los derechos y las relaciones entre los poderes no han sido vívidos del mismo

⁵⁷ Verbitsky, CSJN, en *Fallos*, tomo 328, p. 1146.

⁵⁸ Simón, CSJN, ob. cit. en nota 50.

⁵⁹ Así, por ejemplo, en *Hoof*: CSJN, en *Fallos*, tomo 327, p. 5118.

⁶⁰ BIANCHI, Alberto B. (2008): *El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007*, en “La Ley”, Buenos Aires, tomo 2008-B, pp. 717 y siguientes. El autor, en un detallado estudio, concluye que la Corte ha tutelado más los derechos no patrimoniales, que los patrimoniales.

modo. Ello obliga a auscultar no solamente las normas, sino también el significado dado a ellas por sus operadores y las experiencias habidas en la dimensión fáctica del derecho constitucional, en cada etapa.

Actualmente el país enfrenta un serio riesgo de *desconstitucionalización*, en el sentido de que, pese a que formalmente rige la constitución, muchas de sus cláusulas se encuentran desmontadas o desvirtuadas por medio de leyes opuestas a ella, pero no declaradas inconstitucionales, o por la conducta activa u omisiva de ciertos operadores, en particular del poder ejecutivo y del congreso, evasiva de la constitución. Ejemplo de ello, entre otros, son las normas regulatorias del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento, de los decretos de necesidad y urgencia (cuyo número es notoriamente mayúsculo), de la ley de “superpoderes” que permite al Poder Ejecutivo alterar las partidas presupuestarias elaboradas por el Poder Legislativo, la igualmente excesiva legislación delegada por éste en la jefatura de Estado, incluso en materia impositiva, la domesticación de las provincias por medio del reparto federal de los ingresos coparticipables, la “jibarización” política del Jefe de Gabinete, etc.

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Alberto B. (2007): *Una corte liberal. La Corte de Alfonsín* (Buenos Aires, Edit. Ábaco).
- BIANCHI, Alberto B. (2008): *El derecho constitucional en la jurisprudencia de la Corte Suprema entre 2003 y 2007*, en “La Ley”, Buenos Aires, tomo 2008-B, pp. 717 y ss.
- CONADEP (Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas) (2006): *Nunca más*, 8ª edición (Buenos Aires, Edit. Eudeba).
- CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994 (1994): *Diario de Sesiones* (Buenos Aires, Edit. Congreso de la Nación).
- DOMÍNGUEZ, Nelson (1978-a): *El tema indexación desde nuevo ángulo*, en “La Opinión” del 30/5/78.
- DOMÍNGUEZ, Nelson (1978-b): *Un grupo de abogados polemiza con un juez*, en “La Opinión” del 26/8/78.
- GABRIELLI, Adolfo (1986): *La Corte Suprema de Justicia y la opinión pública* (Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot).
- GONZÁLEZ JANSÉN, Ignacio (1986): *La triple A* (Buenos Aires, Edit. Contrapunto).
- LABORDE, Fernando (2007): *Jueces con obediencia debida se buscan*, en diario “La Nación”, Buenos Aires, 1/4/07.
- MILLER, Jonathan (2001): “Evaluating the Argentine Supreme Court under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)”, en *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*”, Los Ángeles, vol. 7, p. 369.
- MORELLO, Augusto M. (1989): *La Corte Suprema en acción* (Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot).
- OTEIZA, Eduardo (1994): *La Corte Suprema* (La Plata, Edit. Platense).
- PELLET LASTRA, Arturo (2001): *Historia política de la Corte (1930-1990)* (Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc).

- ROGERS, William D., y WRIGHT-CAROZZA, Paolo (1995): *La Corte Suprema de Justicia y la seguridad jurídica* (Buenos Aires, 1995, Edit. Ábaco).
- ROMERO, Luis Alberto (2008): *Los nuevos derechos humanos*, diario "La Nación", Buenos Aires 11/6/08.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2008): *Censura judicial y derecho de réplica* (Buenos Aires, edit. Astrea).
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (1986): "Constitución Nacional. Derechos no enumerados", en *Enciclopedia jurídica Omeba, Apéndice V* (Buenos Aires, Edit. Driskill), pp. 33 y ss.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (1998): *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Corpus*, 3ª edición (Buenos Aires, Edit. Astrea), tomo 4.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006): *Derecho Procesal Constitucional. Logros y obstáculos*, (Buenos Aires, Edit. Ad-Hoc).
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (1978): *El incierto destino de un decreto, y el contralor del Poder Judicial sobre las facultades del Poder Ejecutivo, en ocasión del estado de sitio*, en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1978-IV, p. 121.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2004): "Introducción", en *Constitución de la Nación Argentina*, 10ª edición (Buenos Aires, Edit. Astrea).
- SAGÜÉS, Néstor Pedro (2007): *La decisión de la Corte Suprema argentina sobre pesificación de depósitos bancarios en dólares, desde la perspectiva procesal constitucional*, en *El Derecho*, Buenos Aires 15/3/07, p. 1.
- SANTIAGO (h), Alfonso (1999): *La Corte Suprema y el control político* (Buenos Aires, Edit. Ábaco).
- VERBITSKY, Horacio (1985): *Ezeiza* (Buenos Aires, Edit. Contrapunto).
- VERBITSKY, Horacio (1993): *Hacer la Corte* (Buenos Aires, Edit. Planeta).