

ACADEMIA NACIONAL
DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES



INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
"SEGUNDO V. LINARES QUINTANA"

ESTUDIOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Director: **Alfonso Santiago**

Jorge Reinaldo Vanossi - Alberto Ricardo Dalla Via -
Antonio A. Martino - Susana Cayuso - María Sofía Sagüés
- Alfredo M. Vítolo

THOMSON REUTERS

LA LEY

*Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad
de los autores y no reflejan necesariamente la opinión
de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: EN TRÁMITE

IMPRESO EN LA ARGENTINA
La Ley Sociedad Anónima
Tucumán 1471
C1050AAC Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Argentina
Tel.: (005411) 4378-4841

PUBLICACIONES DE LA ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

- *La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Su creación.*
- *CENTENARIO 1908 - 7 de octubre - 2008.*
- *Homenaje al académico doctor Segundo V. Linares Quintana.*
- *Historia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.*

SERIE I - ANUARIOS

Anales - Primera época, N° 1 (1915) - Segunda época, N° 1 a 57.

SERIE II - OBRAS

- 1.— *Significación jurídica y proyección institucional de la Declaración de la Independencia*, por Agustín de Vedia y Alberto Rodríguez Varela.
- 2.— *Bibliografía de Juan B. Alberdi*, por Alberto Octavio Córdoba.
- 3.— *La nueva ciencia política y constitucional*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 4.— *Política exterior en la edad nuclear*, por Felipe A. Espil.
- 5.— *Académicos de Derecho y hombres de gobierno*, por Juan Silva Riestra.
- 6.— *La libertad. Elección, amor, creación*, por Manuel Río.
- 7.— *El Congreso de Panamá*, por Mariano J. Drago.
- 8.— *La esencia del Derecho, la Justicia, la Ley*, por Manuel Río.
- 9.— *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, por Miguel S. Marienhoff.
- 10.— *La Nación Argentina hecha ley*, por Segundo V. Linares Quintana.
- 11.— *Historia del Derecho Político*, por Ambrosio Romero Carranza.
- 12.— *La influencia del Código Civil en la evolución de la sociedad argentina*, por Juan Carlos Molina y Joaquín G. Martínez.
- 13.— *Alberdi y su tiempo*, por Jorge M. Mayer (2 tomos).
- 14.— *Estudios sobre Historia Diplomática Argentina*, por Isidoro Ruiz Moreno.
- 15.— *Historia de la doctrina Drago*, por Alberto A. Conil Paz.
- 16.— *La alborada. San Martín y Alberdi*, por Jorge M. Mayer.
- 17.— *Primeros Académicos de Derecho - 1925.*
- 18.— *Agüero o el dogmatismo constitucional*, por Jorge M. Mayer.
- 19.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos).
- 20.— *Conferencias y estudios*, por Héctor P. Lanfranco.
- 21.— *Tratado de la "jurisdicción" administrativa y su revisión judicial*, por Elías P. Guastavino (2 tomos). Segunda edición actualizada.
- 22.— *Derecho y Realidad*, VIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 23.— *Las cinco Argentinas*, por Jorge M. Mayer.
- 24.— *Vida y testimonio de Félix Frías*, por Ambrosio Romero Carranza y Juan Isidro Quesada.
- 25.— *Victorino de la Plaza (1840 - 1919). Un eje institucional*, por Jorge M. Mayer.
- 26.— *Los posibles antidotos de la crisis*, por Jorge M. Mayer.
- 27.— *La incidencia de la reforma constitucional en las distintas ramas del derecho*, XII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.
- 28.— *La jurisdicción extraterritorial y la Corte Penal Internacional*, por Alberto Luis Zuppi.
- 29.— *Condición jurídico-política de la Ciudad de Buenos Aires*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

30.— *El derecho de daños en el derecho público y en el derecho privado*, XIV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

31.— *El derecho de la salud*, XVI Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

32.— *Atribuciones de los Superiores Tribunales de Provincia*, por Aída R. Kemelmajer de Carlucci.

33.— *¿Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una Cuarta Instancia?*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

34.— *Protección jurídica del consumidor*, XVIII Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

35.— *La desconstitucionalización del Presupuesto Nacional. ¿Es conveniente la sustitución del Código Civil?* XX Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires.

SERIE III - COMUNICACIONES

Comunicaciones - N° 1.

SERIE IV - INSTITUTO DE DERECHO CIVIL

1.— *Estudios sobre Derecho Civil.*

2.— *Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación.*

3.— *La reforma constitucional de 1994 y su incidencia en el Derecho Civil.*

4.— *Estudios sobre derecho ambiental.*

5.— *Estudios sobre daño moral.*

6.— *Estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1999.*

7.— *Nuevos estudios sobre el Proyecto de Código Civil de 1998.*

8.— *Estudios sobre las posibles implicancias de la ley de convertibilidad 23.928.*

9.— *Estudios sobre la "pesificación" y la emergencia económica.*

10.— *Los vicios de la voluntad.*

11.— *Los vicios de la voluntad. Parte II.*

12.— *Capacidad civil de las personas.*

13.— *Estudios sobre Derecho Sucesorio Hereditario.*

14.— *Sociedad Conyugal.*

15.— *Teoría y práctica de los contratos.*

16.— *Código Civil y Comercial.*

17.— *Aporte a las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.*

18.— *Estudios de los Derechos Personalísimos.*

19.— *Estudios sobre Contratos en Homenaje al académico Jorge Horacio Alterini.*

INSTITUTO DE DERECHO CIVIL SECCIÓN DERECHO DE FAMILIA Y BIODERECHO

1.— *Estudios de Derecho Civil.*

2.— *Estudios de Derecho Civil. Año 2018.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA NAVEGACIÓN

— *Quebrantamiento de la limitación de responsabilidad. El derecho marítimo alemán.*

— *Los convenios para la promoción y protección recíproca de inversiones.*

— *La protesta previa en el transporte de mercaderías por vía aérea.*

— *El Tribunal Internacional del Derecho del Mar.*

— *Derecho Internacional.*

- *La Corte Penal Internacional y su competencia (genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra y de agresión).*
- *El derecho internacional privado en la Ley de la Navegación argentina.*

INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

- *Cooperación en la Explotación de Petróleo y Gas en el Mar.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL

- *Sociedad de garantía recíproca.*
- *Sociedades anónimas deportivas.*
- *Apuntes sobre el Proyecto de Código Civil de la República Argentina (Comisión Decreto 685/95). Su influencia en los contratos.*
- *Evolución del derecho de los grupos de sociedades y Algunas reflexiones sobre el alcance de la protección de las inversiones en el marco de los tratados firmados por la Argentina.*
- *La Empresa a la búsqueda de un necesario equilibrio.*
- *Cuestiones de derecho empresarial.*
- *Contratos y sociedades en el Proyecto de Código Civil y Comercial.*
- *Contratos comerciales.*
- *Sociedades y asociaciones en el Código Civil y Comercial.*
- *Temas de Derecho Mercantil.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Descentralización Productiva.*

INSTITUTO DE DERECHO EMPRESARIAL SECCIÓN DERECHO DE LA NAVEGACIÓN

- *Las Reglas de Rotterdam.*
- *Impacto del Código Civil y Comercial en el Derecho de la Navegación y en el Derecho Aeronáutico.*

INSTITUTO DE DERECHO PENAL

- *Estudios de Derecho Penal. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *La impugnación judicial de los actos administrativos en el orden nacional.*
- *Estudios de Derecho Administrativo en Homenaje al Profesor Julio Rodolfo Comadira.*

INSTITUTOS DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y DE DERECHO ADMINISTRATIVO

- *Estudios sobre la Constitución Nacional de 1853 en su sesquicentenario.*

INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2009.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2010.*

- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2011.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2012.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2013.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2014.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2015.*
- *Estudios de Derecho Constitucional. Año 2016.*

INSTITUTO DE DERECHO PROCESAL

- *La justicia y la enseñanza del derecho. Aportes para su reforma y modernización.*
- *Proyecto de Procesos Colectivos.*
- *Proyecto Modelo de Ley de Amparo.*
- *Normativa modelo base de Habeas Corpus.*

INSTITUTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

- *Ensayos sobre el impacto del nuevo Código Civil y Comercial en los institutos laborales.*

**ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES DE BUENOS AIRES**

Presidente

Académico Dr. Roberto E. Luqui

Vicepresidente

Académico Dr. Emilio P. Gnecco

Secretarios

*Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Eduardo A. Sambrizzi*

Tesorero

Académico Dr. Alberto B. Bianchi

COMISIÓN DE PUBLICACIONES

Director Honorario

Académico Dr. Jaime L. Anaya

Director de Publicaciones

Académico Dr. Gregorio Badeni

Vocales

Académico Dr. José W. Tobías
Académico Dr. Alberto B. Bianchi

ACADÉMICOS DE NÚMERO
por orden de antigüedad

	<i>Nombre del sitial</i>	<i>Fecha</i>
Dr. Alberto Rodríguez Varela	Luis María Drago	16 julio 1975
Dr. Horacio A. García Belsunce	Félix Gregorio Frías	9 septiembre 1982
Dr. Juan Carlos Cassagne	Antonio Bermejo	23 octubre 1986
Dr. Jaime Luis Anaya	Rodolfo Rivarola	10 agosto 1989
Dr. Jorge R. Vanossi	José A. Terry	11 agosto 1994
Dra. Aída R. Kemelmajer de Carlucci	Aristóbulo del Valle	24 septiembre 1996
Dr. Julio César Rivera	Dalmacio Vélez Sarsfield	25 noviembre 1999
Dr. Víctor Tau Anzoátegui	Lucio V. López	13 diciembre 2001
Dr. Héctor Alegria	Roque Sáenz Peña	9 octubre 2003
Dr. Gregorio Badeni	Manuel Quintana	12 mayo 2005
Dr. Enrique Manuel Falcón	Domingo F. Sarmiento	12 julio 2007
Dr. Roberto Enrique Luqui	José Manuel Estrada	27 septiembre 2007
Dr. Mariano Gagliardo	Juan A. Bibiloni	22 mayo 2008
Dr. José W. Tobías	José N. Matienzo	25 septiembre 2008
Dr. Emilio P. Gnecco	Mariano Moreno	8 octubre 2009
Dr. Rafael M. Manóvil	José María Moreno	8 octubre 2009
Dr. Eduardo Sambrizzi	José Figueroa Alcorta	14 junio 2012
Dr. Alfonso Santiago (h)	Estanislao Zeballos	14 junio 2012
Dr. Daniel Funes de Rioja	Esteban Echeverría	11 julio 2013
Dr. Siro M. A. De Martini	Carlos Calvo	26 junio 2014
Dr. Alberto B. Bianchi	Juan Bautista Alberdi	22 junio 2017
Dr. Alberto R. Dalla Via	Nicolás Avellaneda	22 junio 2017
Dr. Alberto J. Bueres	Roberto Repetto	7 diciembre 2017
Dr. Rodolfo L. Vigo	Bartolomé Mitre	7 diciembre 2017
Dr. Guillermo J. Yacobucci	Salvador María del Carril	12 julio 2018
Dr. Eduardo M. Quintana	Carlos Pellegrini	13 diciembre 2018
Dr. Rubén H. Compagnucci de Caso	Manuel Obarrio	13 diciembre 2018
Dr. Marcelo Gebhardt	Alfredo Colmo	13 diciembre 2018
Dr. Carlos A. Etala	Eduardo Acevedo	13 diciembre 2018

ACADÉMICO EMÉRITO

Dr. Hugo Caminos	13 septiembre 2018
------------------	--------------------

MIEMBROS CORRESPONDIENTES
por orden de antigüedad

		<i>Fecha</i>
Dr. Rafael Entrena Cuesta	España	10 agosto 1989
Dr. Néstor Pedro Sagüés	Rosario	10 agosto 1989
Dr. Jesús González Pérez	España	24 mayo 1990
Dr. Carlos Fernández Sessarego	Perú	25 noviembre 1993
Dr. Adolfo A. N. Rouillon	Rosario	25 noviembre 1993
Dr. Ernesto F. Garzón Valdés	Alemania	11 diciembre 1997
Dr. Wolfgang Schöne	Alemania	23 julio 1998
Dr. Rudolf Dolzer	Alemania	22 abril 2004
Dr. Carlo Angelici	Italia	22 julio 2004
Dr. Tomás Ramón Fernández	España	12 agosto 2004
Dr. Federico Carpi	Italia	12 mayo 2005
Dr. Gaspar Ariño Ortiz	España	11 agosto 2005
Dr. Marcelo G. Kohen	Suiza	25 agosto 2005
Dra. Giovanna Visintini	Italia	25 agosto 2005
Dr. Asdrúbal Aguiar	Venezuela	27 abril 2006
Dr. Angel Rojo Fernández-Río	España	10 agosto 2006
Dr. Måns Jacobsson	Suecia	9 septiembre 2010
Dr. Santiago Muñoz Machado	España	9 junio 2011
Dr. Andrey Gennadievich Lisitsyn-Svetlanov	Rusia	13 octubre 2011
Dr. Francisco Miró Quesada Rada	Perú	10 abril 2014
Dr. Augusto Ferrero Costa	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Domingo García Belaunde	Perú	25 septiembre 2014
Dr. Horacio Rosatti	Santa Fe	26 noviembre 2015
Dr. Ricardo Olivera García	Uruguay	26 noviembre 2015
Dr. Marcelo López Mesa	Buenos Aires	14 abril 2016
Dr. Diego Valadés	México	11 agosto 2016
Dr. Miguel Herrero de Miñón	España	8 junio 2017
Dr. Jorge H. Gentile	Córdoba	7 diciembre 2017

ACADÉMICOS PRESIDENTES

Dr. Wenceslao Escalante	Presidente provisorio, decano de la Facultad de Derecho. Acta n° 1 del 7/10/1908.
Dr. Manuel Obarrio	1910/1916
Dr. José Nicolás Matienzo	1916/1936
Dr. Ernesto Bosch	1936/1937
Dr. Leopoldo Melo	1937/1951
Dr. Carlos Saavedra Lamas	1951/1958
Dr. Clodomiro Zavalía	1959/1959
Dr. Atilio Dell'Oro Maini	1959/1967
Dr. Agustín N. Matienzo	1967/1971
Dr. Eduardo B. Busso	1971/1974
Dr. Alberto G. Padilla	1974/1977
Dr. Marco Aurelio Risolía	1977/1980
Dr. Isidoro Ruiz Moreno	1980/1983
Dr. Segundo Linares Quintana	1983/1986
Dr. Marco Aurelio Risolía	1986/1989
Dr. Federico Videla Escalada	1989/1992
Dr. Enrique Ramos Mejía	1992/1995
Dr. José Domingo Ray	1995/1998
Dr. Roberto Martínez Ruiz	1998/2001
Dr. Horacio A. García Belsunce	2001/2004
Dr. Alberto Rodríguez Galán	2004/2007
Dr. Julio César Otaegui	2007/2009
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2009/2010
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio	2010/2011
Dr. Gregorio Badeni	2011/2013
Dr. Gregorio Badeni	2013/2016
Dr. Jorge R. Vanossi	2016/2019
Dr. Roberto E. Luqui	2019/2022

ANTIGUOS ACADÉMICOS DE NÚMERO

Dr. Carlos Alberto Acevedo
Dr. Carlos A. Adrogúe
Dr. Juan R. Aguirre Lanari
Dr. Eduardo Aguirre Obarrio
Dr. Jorge A. Aja Espil
Dr. Jorge H. Alterini
Dr. Juan Álvarez
Dr. Octavio R. Amadeo
Dra. Margarita Argúas
Dr. Marco R. Avellaneda
Dr. Fernando N. Barrancos y Vedia
Dr. Antonio Bermej
Dr. Juan A. Bibiloni
Dr. Germán J. Bidart Campos
Dr. Eduardo L. Bidau
Dr. Eduardo Bidau
Dr. Carlos María Bidegain
Dr. Rafael Bielsa
Dr. Bernardino Bilbao
Dr. Adolfo Bioy
Dr. Guillermo A. Borda
Dr. Ernesto Bosch
Dr. Rodolfo Bullrich
Dr. Carlos O. Bunge
Dr. Eduardo B. Busso
Dr. Jorge Bustamante Alsina
Dr. Pablo Calatayud
Dr. Francisco Canale
Dr. José O. Casás
Dr. Ramón S. Castillo
Dr. Santos Cifuentes
Dr. Alfredo Colmo
Dr. Jorge E. Coll
Dr. Julio César Cueto Rúa
Dr. Tomás R. Cullen
Dr. Mauricio P. Daract
Dr. Calixto S. de la Torre
Dr. Antonio Dellepiane
Dr. Atilio Dell'Oro Maini
Dr. Mariano de Vedia y Mitre
Dr. Juan José Díaz Arana
Dr. Manuel María Diez
Dr. Luis M. Drago
Dr. Mariano J. Drago
Dr. Wenceslao Escalante
Dr. Felipe A. Espil
Dr. Rómulo Etcheverry Boneo
Dr. José Figueroa Alcorta
Dr. Horacio P. Fargosi

Dr. Salvador Fornieles
Dr. Vicente C. Gallo
Dr. Guillermo Garbarini Islas
Dr. Juan Agustín García
Dr. Juan M. Garro
Dr. Juan A. González Calderón
Dr. Dimas González Gowland
Dr. Aquiles H. Guaglianone
Dr. Elías P. S. Guastavino
Dr. Carlos Güiraldes (h)
Dr. Roberto Guyer
Dr. Alberto Hueyo
Dr. Carlos Iburguren
Dr. Eduardo Labougle
Dr. Héctor Lafaille
Dr. Héctor P. Lanfranco
Dr. Hilario Largaía
Dr. Tomás Le Bretón
Dr. Ricardo Levene
Dr. Juan Francisco Linares
Dr. Segundo V. Linares Quintana
Dr. Mario Justo López
Dr. José María López Olaciregui
Dr. Baldomero Llerena
Dr. Osvaldo Magnasco
Dr. Carlos C. Malagarriga
Dr. Miguel S. Marienhoff
Dr. Félix Martín y Herrera
Dr. Roberto Martínez Ruiz
Dr. Agustín N. Matienzo
Dr. José N. Matienzo
Dr. Jorge M. Mayer
Dr. Carlos L. Melo
Dr. Leopoldo Melo
Dr. Manuel A. Montes de Oca
Dr. Augusto Mario Morello
Dr. Rodolfo Moreno (h)
Dr. Carlos M. Muñiz
Dr. José Luis Murature
Dr. Rómulo S. Naón
Dr. Benito A. Nazar Anchorena
Dr. Luis Esteban Negri Pisano
Dr. Manuel Obarrio
Dr. Pedro Olaechea y Alcorta
Dr. Francisco J. Oliver
Dr. Julio H. G. Olivera
Dr. Manuel V. Ordóñez
Dr. Alfredo Orgaz
Dr. Adolfo Orma

Dr. Julio César Otaegui
Dr. Alberto G. Padilla
Dr. Lino E. Palacio
Dr. Jesús H. Paz
Dr. José M. Paz Anchorena
Dr. Federico Pinedo
Dr. Norberto Piñero
Dr. Ángel S. Pizarro
Dr. Luis Podestá Costa
Dr. Ernesto Quesada
Dr. Juan P. Ramos
Dr. Enrique Ramos Mejía
Dr. Francisco Ramos Mejía
Dr. José D. Ray
Dr. Juan Carlos Rébora
Dr. Roberto Repetto
Dr. Manuel Río
Dr. Marco Aurelio Risolía
Dr. Horacio C. Rivarola
Dr. Rodolfo Rivarola
Dr. Alberto Rodríguez Galán
Dr. Ambrosio Romero Carranza
Dr. José M. Rosa
Dr. José María Ruda
Dr. Enrique Ruiz Guiñazú
Dr. Isidoro Ruiz Moreno

Dr. Isidoro Ruiz Moreno (h)
Dr. Alejandro Ruzo
Dr. Diego L. Saavedra
Dr. Carlos Saavedra Lamas
Dr. Antonio Sagarna
Dr. Raymundo M. Salvat
Dr. Matías G. Sánchez Sorondo
Dr. José Manuel Saravia
Dr. Juan Silva Riestra
Dr. Sebastián Soler
Dr. Juan B. Terán
Dr. José A. Terry
Dr. David de Tezanos Pinto
Dr. Gastón Federico Tobal
Dr. Félix A. Trigo Represas
Dr. Ernesto J. Ure
Dr. Enrique Uriburu
Dr. Antonio Vázquez Vialard
Dr. Benjamín Victorica
Dr. Federico N. Videla Escalada
Dr. Ernesto Weigel Muñoz
Dr. Raymundo Wilmart de Glymes
Dr. Mauricio Yadarola
Dr. Carlos J. Zavala Rodríguez
Dr. Clodomiro Zavalía
Dr. Estanislao S. Zeballos

SUMARIO

Prólogo POR ALFONSO SANTIAGO.....	1
--------------------------------------	---

DOCTRINA

Las situaciones de las “excepciones” en los regímenes constitucionales POR JORGE REINALDO VANOSI.....	3
La democracia directa: entre la utopía y la anarquía POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA	71
Crisis de la democracia representativa. Soluciones POR ANTONIO A. MARTINO	87
La reforma constitucional. Escrutinio estricto del art. 30 de la Constitución Nacional. Control judicial del procedimiento POR SUSANA CAYUSO	119
Diálogo interjurisdiccional. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión POR MARÍA SOFÍA SAGÜÉS	131
Acerca de la estructura de la sentencia judicial POR ALFREDO M. VÍTOLO.....	187

PRÓLOGO

POR ALFONSO SANTIAGO

En mi carácter de director del Instituto de Derecho Constitucional de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, me resulta muy gratificante que se publiquen —como en años anteriores— las exposiciones que durante el año 2017 efectuaron los miembros del Instituto.

La publicación no solo implica informar sobre la tarea realizada, sino que también permite exhibir un significativo aporte al conocimiento de temas de Derecho Constitucional que siempre han estado inspirados por una acentuada defensa del espacio de la libertad, el derecho y la justicia, y un inquebrantable respeto a la normativa constitucional. A ello se suma, que los autores han sabido equilibrar una sólida formación doctrinaria con una rica experiencia en el ejercicio de la abogacía, del asesoramiento jurídico o de la función judicial.

Cabe también señalar el positivo intercambio de opiniones que se generó luego de cada exposición entre los miembros del Instituto, surgiendo adhesiones, disensos, interrogantes y nuevos aportes en ejercicio de la libertad de expresión que siempre ha sido garantizado.

Es nuestro propósito poder continuar con esta labor constante y aún intensificarla para incrementar en los años venideros nuevos aportes académicos.

EXPOSICIONES DE LOS MIEMBROS DEL INSTITUTO DE DERECHO CONSTITUCIONAL (AÑO 2017)

— 16/5/2017: Acad. Prof Dr. Jorge Reinaldo Vanossi: “Las situaciones de las ‘excepciones’ en los regímenes constitucionales”.

— 18/7/2017: Acad. Prof. Dr. Alberto Ricardo Dalla Via: “La democracia directa: entre la utopía y la anarquía” y Prof. Dr. Antonio Martino: “Crisis de la democracia representativa. Soluciones”.

— 15/8/2017: Prof. Susana Cayuso: “La reforma constitucional. Es-
crutinio estricto del art. 30 de la Constitución Nacional. Control judicial
del procedimiento”.

— 19/9/2017: Prof. Dra. María Sofía Sagüés: “Diálogo interjurisdic-
cional. Inconstitucionalidad e inconvencionalidad por omisión”.

— 17/10/2017: Prof. Alfredo M. Vítolo: “Acerca de la estructura de la
sentencia judicial”.

LAS SITUACIONES DE LAS “EXCEPCIONES” EN LOS REGÍMENES CONSTITUCIONALES

POR JORGE REINALDO VANOSI

INTRODUCCIÓN ¿UN FINAL A TODA ORQUESTA?

En la reciente publicación de la obra de Emilio Gentile, titulada *El líder y la masa* (Edhasa), el autor lleva a cabo un análisis de la evolución histórica en cuanto a los roles protagónicos de los “jefes” y de las “masas”, hasta la actualidad. Se formula el interrogante sobre la transmutación de la “democracia republicana” a la predominancia de los “líderes” que conducen a los pueblos, con los rasgos que ofrecen los hechos, por una parte, y la habilidad (o la astucia) para las fórmulas del relato o la narración que rodean a las circunstancias en cada caso. Así, aparece la calificación adjetivada de la Democracia como una conversión en “democracia recitativa”; lo que nos conduce a pensar en los significados que esto puede tener a la luz de las interpretaciones que surgen del mundo que hoy conocemos (¿y sufrimos?). Si nos atenemos al diccionario (DRAE) el vocablo de marras nos ilustra lo siguiente: “recitativo” equivale a “estilo” (sic); el verbo “recitar” remite a “referir, contar o decir en voz alta un discurso u oración”; pero lo grave es que “recitante” conduce a “comediante o farsante”. Si la democracia estuviera condenada a caer en manos del “recitador” y se cumpliera la última acepción señalada *ut supra*, no nos resultaría grato ni aceptable el destino del régimen de un gobierno pseudodemocrático, habida cuenta que estaríamos en presencia de un “recital” político-institucional, que a tenor de lo que el vocablo contiene, en una de sus versiones, es lisa y llanamente el “concierto compuesto de varias obras *ejecutadas por un solo artista con un solo instrumento*”. De ser así, ¡que Dios nos guarde del “recitador”!

PRIMERA PARTE

I. VOCABLOS

La inquietud por el tema de las emergencias y crisis coetáneas me conduce al *maremagnum* de vocablos y expresiones referidas a las instituciones de excepción que introducen los textos constitucionales de la diversidad de países que regulan o contemplan esos casos. La cantidad de términos es cuantiosa y difieren en lo que hace a la extensión e intensidad de la “excepcionalidad” en las vicisitudes que padecen los Estados de Derecho en el marco y ámbito de las democracias constitucionales. Eso me lleva a elaborar una suerte de listado —que no llega a ser un catálogo— de los supuestos más notorios, sin intención alguna de agotar las hipótesis de “anormalidades” que se producen en la dinámica del funcionamiento de los regímenes políticos.

Más aún, el problema proviene históricamente de lejos en el tiempo, por lo que ello demuestra que son utópicos los intentos y las propuestas de omitir o de eliminar de las Constituciones las regulaciones atinentes a la necesidad de afrontar y enfrentar las convulsiones que periódicamente pueden asolar a la vida cotidiana de los pueblos. Estado y Sociedad deben estar preparados y actuar precavidamente ante la eventualidad, que muchas veces es impredecible en cuanto a su acontecer.

La lectura de la obra de Giorgio Agamben, *Estado de excepción* (4ª ed., Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2010) me resultó muy erudita en cuanto a antecedentes de este viejo problema, pero no incursiona en la vastedad de regulaciones existentes al respecto. El autor, nacido en Roma en 1942, ha dictado cursos en varias universidades europeas, habiéndose formado en los “célebres” seminarios de Martin Heidegger en Le Thor, llamando la atención que en la actualidad sea profesor de Iconología —estudio de las imágenes y de su valor simbólico— en el Instituto Universitario de Arquitectura de Venecia. También sabemos de él, que recogió influencias de Walter Benjamin y de Michael Foucault (y admirador de Kafka); siendo además cierto que ingresó a la Universidad para estudiar Derecho, pero se inclinó por la Filosofía... (sic). Su idea es que la filosofía es siempre política; lo que profundiza en los nueve volúmenes de su obra “*Homo Sacer: el poder soberano y la nuda vida*” donde propone una relectura del hecho humano a partir de Auschwitz como paradigma del Derecho, abarcando consideraciones sobre la política, la economía y, especialmente, sobre teología y religión.

En cuanto a nuestro tema, su reflexión final es que “El Estado de excepción *era* un dispositivo provisional para situaciones de peligro. *Hoy* se ha convertido en un instrumento normal de gobierno” (cfr. reportaje a Agamben, por Francesca Arroyo, en “Babelia”, El País, del 23/4/2016). Este autor insiste mucho en la idea de “inmanencia”, por lo que se supone que está presente la noción conceptual de “inmanentismo”, o sea, que lo representado como contenido de la conciencia es la única realidad en oposición a lo que está fuera de ella. Vale decir que es inherente a un ser o va unido de un modo inseparable a su esencia, aunque racionalmente pueda distinguirse de ella (cfr. DRAE).

El libro es de lectura pesada (173 páginas) y lo tendremos en cuenta en varias menciones (1).

(1) El desconcertante pensamiento de Agamben se manifiesta nuevamente en el último tomo de su *Homo Sacer* que comenta Fermín R. Rodríguez (*Revista Ñ*, 24/6/2017). Me remito a los párrafos más “fuertes”, que sientan una postura *pesimista* de la vida humana, que conecta con las posiciones adoptadas en torno al *derecho de excepción* y al terrorismo: “La vida, muestra Agamben, es lo que resulta del acto reiterado de suspensión de la ley como fundamento oculto de cualquier autoridad. La vida expuesta a la muerte yace en el revés del derecho, que lleva la ilegalidad y el asesinato inscriptos en su seno como una posibilidad de violencia siempre latente que el estado de excepción, cada vez más extendido, pone de manifiesto. (...) En cuanto a la ‘guerra civil mundial’ a la que el mundo estaba ingresando se ha convertido actualmente, bajo la forma del terrorismo, en el paradigma de todo conflicto: hoy, somos todos potencialmente *homo sacer*, desde el momento en que, el nombre de la lucha antiterrorista, el poder soberano de violar la ley para defenderla deja los márgenes del orden jurídico y se extiende por la totalidad del espacio político. (...) El animal habita en el hombre como el inmigrante ilegal, el trabajador precarizado, el desocupado o el adolescente ‘peligroso’ habitan en el orden social: como vida nuda que pertenece a la sociedad, pero que está excluida de la esfera del derecho, expuesta al estado de excepción, a la violencia del poder, a la precarización laboral, al terror económico, al recorte de los derechos sociales, al abandono jurídico y la represión policial, a la mera supervivencia en la frontera de lo que se reconoce como humanidad. (...) La invención de la esclavitud en el mundo antiguo abre un espacio de reflexión acerca de una figura del hacer humano que no se define por la producción de cosas, sino por el uso del cuerpo como instrumento viviente, independientemente de cualquier fin productivo. (...) El esclavo es el hombre que, usando su cuerpo, es usado por otros, los hombres libres, los que gracias a la captura de lo que un cuerpo es capaz de hacer pueden tener una vida pública. Un ser viviente se define entonces no por lo que es ni por lo que hace, sino por lo que puede según la paradójica ‘inoperosidad’ de una potencia que a lo largo de *Homo sacer* Agamben describe como ‘destituyente’, una suerte de ‘dejarse vivir’ cuyo poder está basado en la suspensión y desactivación de las divisiones biopolíticas fundamentales. En síntesis: lo que parece estar en juego en este llamado a no hacer nada y apartarse de todo, como si la amenaza viniera hoy de la participación y la acción coordinada y no de la pasividad, es una figura distinta de la ética y la política —basada en el ascetismo de las comunidades cristianas primitivas o de los anarquistas del

Pero es un deber de mi parte, reconocer que las diferencias de criterio que puedan mediar al respecto, obedecen —probablemente— a distintas visiones y versiones de pensamiento en el área político-institucional, habida cuenta que mi ubicación en ese terreno viene inspirada básicamente en las ideas de John Stuart Mill (1806-1873) quien sin renegar de su progenitor (el escocés James Mill, fervoroso adherente a la escuela “utilitarista”) se alejó de los “manchesterianos” para orientarse desde el positivismo hacia el ideario “social”, con su invariable compromiso con el ideal de la libertad. En definitiva, Stuart Mill contribuyó a enriquecer *el pensamiento liberal dinámico y actualizado*, forjado a través de una moral de la justicia, la experiencia y el valor de la educación, para abrazar una concepción ecuaníme de “liberalismo social”. Su actuación se desarrolló en varios planos: autor de libros (“Principios de Economía Política”, “Consideraciones sobre el Gobierno Representativo”, “El sometimiento de las mujeres”, “Sobre la libertad”, entre otros); su desempeño en la Cámara de los Comunes (defendiendo la representación proporcional como sistema electoral, la “educación pública para todos”, la universalización igualitaria del sufragio, equilibrar la situación de los sectores sumergidos —con mecanismos fiscales y el régimen impositivo—, en pocas palabras: una más justa distribución de la renta). Su mayor obsesión y preocupación fue la libertad, pues según su credo, la libertad se justifica en procura de la *felicidad*: amplísima libertad de expresión; respetar los derechos de las “minorías”; democracia con discusión; debates y libre competencia del pensamiento; imaginación y conciencia crítica; y una “jerarquía de los placeres” (pues “los morales e intelectuales son superiores a los físicos”). Su otra gran preocupación fue la desigualdad entre sexos, a la que consideraba “uno de los principales obstáculos para el progreso de la humanidad” (en la votación del 20 de mayo de 1867 en la Cámara de los Comunes pierde por 193 votos contra 73 su propuesta de sufragio femenino, que recién se aprobará en 1918); y en todo ello de su prédica, siempre acompañado por su esposa Harriet Taylor.

Esta brevísima reseña sirve para señalar una gran antípoda entre la defensa acérrima de la Libertad que plantea Stuart Mill y el tufillo liberticida que se esconde en el ropaje del “decisionismo” de Carl Schmitt. Si este tuvo presente la lectura del inglés, seguramente que abominó de las obras de S. Mill. No creo que parezca exagerada mi suposición al res-

siglo XIX— que, más allá de las instituciones y del gobierno, y sin la negatividad de la resistencia o de la violencia revolucionaria, desactive los mecanismos del poder; esos momentos ‘milagrosos’ de una sociedad en que la gente, por el poder deponente de una forma de vida que no busca imponerse sobre nadie, deja de obedecer y se dedica, como quien dice, a hacer, en común, su vida; una vida que reproduce en la experiencia del pequeño grupo una sociedad futura sustraída del Estado y del mercado”.

pecto... Y como una ironía del destino, cabe recordar que ideas de Stuart Mill fueron tenidas en cuenta al sancionarse la progresista Constitución de la Provincia de Buenos Aires en 1873, con la participación de las figuras más destacadas de la época; y que, en 1949, con la Constitución Nacional de ese año, se plasmaron muchas de las figuras pergeñadas en los años treinta, debidas a la prédica de seguidores de Carl Schmitt... Un gran talento y una genialidad: al servicio del mal (sic). ¿Por qué será que Agamben lo sigue tan frecuentemente... y de cerca?

II. LAS CRISIS

“Tanto se ha discutido en torno a la crisis que resulta que el propio concepto o la noción de crisis ha entrado en crisis (sic)”
Umberto Eco

En el lenguaje pueden significar:

— “Cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación (o como son apreciados, por ejemplo) en una crisis ministerial” (DRAE).

— En economía: la reducción de la tasa de crecimiento de la producción; o una fase más baja de la actividad de un *ciclo* económico.

— Situación mala o difícil, con cambios bruscos, con intensificación *abrupta* de los síntomas (y puede ser violenta).

A propósito del concepto de “crisis”, el ya citado Giorgio Agamben vincula el tema exclusiva o preferentemente con la economía, llegando a la siguiente manifestación: su relación con el capitalismo (como si no existieran situaciones de crisis en otros regímenes políticos); y dice al respecto: “‘Crisis’ y ‘economía’ actualmente no son usadas como conceptos, sino como palabras de orden, que sirven para imponer y para hacer que se acepten medidas y restricciones que las personas no tienen ningún motivo para aceptar. ‘Crisis’ hoy en día significa simplemente ‘¡vos debés obedecer!’”. Creo que es evidente para todos que la llamada ‘crisis’ ya dura decenios y es nada más que el modo normal cómo funciona el capitalismo en nuestro tiempo. Y se trata de un funcionamiento que nada tiene de racional”.

III. LAS EMERGENCIAS

Se ha hablado de un “derecho emergencial” (Sagüés y Dromi, entre otros). Pero le reconocen un final: cuando cesan las *causas* cesan los *efectos*. Son limitaciones anómalas pero transitorias.

A veces hay que tomar medidas dolorosas, aún en conmociones de índole económica.

La película *El mar no perdona* (caso verídico), ejemplifica un caso donde se controvierte la “justificación” o no de las decisiones más dramáticas, salvando a algunos y sacrificando a otros, como lo veremos en muchos casos, donde se juegan intereses crematísticos y hasta la vida misma.

IV. ANTECEDENTE: EL *INSTITIUM*

De acuerdo con Giorgio Agamben era una medida para la salvación del Estado.

Por un decreto se declaraba el *tumultus* que equivalía a una emergencia luego de la Guerra, siendo la semejanza de una hinchazón remanente, a manera de secuelas de una crisis.

Se traducía en la interrupción o suspensión del Derecho; o sea, en un intervalo: el Derecho entraba en cesación (quedaba detenido...).

Según Maquiavelo, se trataba de romper el ordenamiento jurídico, para salvarlo. O sea, un remedio para coartar el desorden “consecuencial” que sobrevendría.

En el orden concreto de las instituciones, aparecen las figuras propias del derecho romano, variables según los vaivenes del sistema político, pues los antecedentes en Roma dependen de las varias épocas que se sucedieron en su convulsionada historia y que fueron *in crescendo*, según la gravedad del caso:

1) declaración de *legibus solvere*: dispensa de las leyes en casos particulares.

2) adoptar el *senatus consultum ultimum*: se reunían todos los poderes en la autoridad Ejecutiva hasta la *terminación* de la crisis.

3) la institución de la “*dictadura*”: un ciudadano probo y eminente era investido por un tiempo determinado y breve de los plenos poderes para la *defensa* de la República (Roma, 501 a.C).

La dictadura la decretaba el Senado y el “dictador” era nombrado por los “Cónsules”. No podía durar más de seis meses en el cargo. Para disponer del Tesoro Público debía obtener el asentimiento del Senado.

V. LOS GRIEGOS

La expresión va *en plural* por cuanto se trataba de repúblicas independientes y diseminadas en varias regiones; o sea, que no formaban —en la antigüedad— una “nación” a la manera de las repúblicas o monarquías modernas. Pero tal como expresan los historiadores, “formaban un solo pueblo” a partir del hecho de que tenían el mismo idioma, los dioses que compartían, los juegos en común y otras costumbres “a pesar de las luchas de los griegos entre sí”. Y tenían un mismo enemigo: los “bárbaros”, de quienes temían sus invasiones (cfr., FREEMAN, Edward, *Historie de l'Europe*, París, 1929).

En rigor de verdad, los griegos se ocuparon más que nada —en materia de organización institucional— de la *polis*, con todo lo que esa forma de gobernanza implicaba en pro de la democracia como estilo de vida. Lo más detestable era el temor a los “demagogos” (que alentaba la lucha entre clases pudientes y no pudientes) y el peligro que veían en la posibilidad de un régimen “tiránico”. La versión histórica asevera que los griegos solo conocieron una “tiranía” propiamente dicha: la de Dionisio de Siracusa, que en realidad fueron dos (el padre “Dionisio I el Viejo” 405-367 a.C., y “Dionisio II el joven” que fue su hijo, quien fue expulsado de Siracusa en 356 y en 344 expulsado por segunda vez, exiliándose en Corinto). Otros historiadores (Eugenio Cavaignac, por ejemplo, sostienen que tales “tiranos” fueron más parecidos a los Reyes del absolutismo de los siglos XV a XVIII que con los casos paradigmáticos de “...los dictadores de América del Sur” (2).

No se conocen institutos equivalentes a las “emergencias” contemporáneas ni semejantes a los ideados y practicados por los romanos. Seguramente las crisis eran afrontadas con los resortes propios de la *polis*, que habían surgido en la “Edad Oscura” por agregación de grupos de población con la unificación de núcleos urbanos y rurales hacia la mitad

(2) Citado por SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Las instituciones políticas en la historia universal*, Bibliográfica Argentina, 1958, p. 107.

del siglo VII a.C. hasta la dominación romana, con poblaciones de alrededor de diez mil habitantes, que a veces se aliaban en forma de “ligas” que abarcaron buena parte del Mediterráneo. Hubo un liderazgo de la aristocracia, sin dejar de contar con caudillos guerreros, oligarquías y reyes sucesivamente. A partir de Solón de Atenas (siglo VI a.C.) este intelectual exportó reformas legislativas que funcionaron como una suerte de “Constitución”, estableciéndose la “isonomía”, o sea, la igualdad de los ciudadanos; lo que no impidió que en algunos períodos fueran gobernados por “tiranos”, entendiéndose por tales a los que sumieron poderes absolutos al margen de las leyes.

El mayor brillo de la *polis* fue durante el denominado “siglo de Pericles” (siglo V a.C.); *llegándose a la crisis* en tiempos de la muerte de Sócrates (año 399 a.C.) según Antonio Tovar, o en el año 262 (según Antígono).

A las diversas guerras se sumó la inestabilidad política, no obstante, los beneficios crematísticos que brindaron los éxitos de Alejandro Magno en sus expediciones a Oriente (334-323 a.C.) y las conquistas logradas. Según autores y enciclopedias históricas, la previsión de “crisis” de la Polis fue un anticipo percatado por la visión de Eurípides, que alejado de los mitos rebajó el tono heroico de Esquilo y Sófocles para ir a un tratamiento más cercano al hombre y a la realidad política.

Sea como sea, queda como legado el pensamiento griego de aquella época y —no es poca cosa— la estrecha conexión entre la palabra *polis* y la noción de “Política”; como así también la expresión conceptual *zoom politikon* alusivo a la idea del ser humano como un “animal político” por tener una vida ciudadana en la Polis.

Finalmente, y en síntesis:

Sí —bueno es recordarlo— que los griegos atribuyeron gran importancia al “arbitraje” (por medio de ciudadanos árbitros) a fin de solucionar diversos tipos de conflictos, con mucho consentimiento de las partes, a cargo del que como magistrado representara a la ciudad o ciudades en juego. El sistema se complementaba en las causas civiles con la intervención de un “jurado” colegiado, como también los “heliastas” (elegidos en *sorteo* por los “testometas”).

Otro aporte considerable fue el instituto de la *grafé paranomon*, verdadero pero remoto antecedente de la acción de inconstitucionalidad actual, que consistía en una acusación de ilegalidad contra el autor de un proyecto de ley (ya sea mientras se lo discutía, paralizando la discusión; o si se aprobaba, suspendiendo su efecto o aplicación). Todo ello en

el plazo de un año; y si triunfaba la impugnación a la norma, “la ley caía junto con su autor” (sic) (3).

VI. PRIMERA CONSTITUCIÓN ESCRITA CODIFICADA: SUSPENSIÓN DEL HÁBEAS CORPUS (USA)

No es lo mismo que el “Estado de sitio”. Lo contempla la Constitución de los EE.UU. Se traduce en mínimas limitaciones del garantismo, que pueden ser internas o externas.

La Constitución de los EE.UU. previó en el art. I, Sección 9, que “El privilegio del mandamiento de habeas corpus no debe suspenderse, salvo cuando los casos de rebelión o invasión, la seguridad pública pueda requerirlo”.

Pese a las resistencias judiciales, el presidente Lincoln ejerció ese poder, cuya autorización se presumía propia del Congreso (caso “Merryman”, 1861). Durante el resto de la guerra de secesión, se remitió la decisión al juicio del presidente (1863). El interrogante era: que los constituyentes habían colocado la cláusula citada en el artículo relativo al Poder Legislativo: fue, por ello, que el Congreso reconoció las facultades asumidas por Lincoln en la “Habeas Corpus Act”, pero recién el 3 de marzo de 1863. Por su parte, la Suprema Corte Suprema no se manifestó, en definitiva.

Con el transcurso del tiempo quedó claro que si regía la “Ley Marcial” no podía interferírsela con el habeas corpus en medio de una guerra, trayendo a colación la vieja afirmación de Marshall en el sentido de que “la guerra da un derecho igual sobre *personas* y *propiedades*” (sic).

Una “Ley de Urgencia de Seguridad Interna” (1950) vino a robustecer la facultad presidencial; por lo que la suspensión de esa garantía se extiende a todas las personas que —nacionales o extranjeros— constituyan en opinión (criterio fundado) del Poder Ejecutivo una amenaza a la seguridad interna. Por lo tanto, parece evidente que los “poderes de guerra” no cesan con la finalización de los conflictos y, por ende, se extienden luego de finiquitadas las causas hostiles.

Lincoln aplicó la Ley Marcial a los *civiles* que ayudaran o socorrieran a los secesionistas rebeldes (Proclama de 1863) y la Suprema Corte

(3) *Ibíd.*, ps. 137 y 143. Véase también, LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1963.

se expidió tres años después (1866) por la inconstitucionalidad, aunque aclarando que esos juicios eran admitidos o admisibles en zonas donde los tribunales ordinarios no funcionaban normalmente (caso Milligan).

Ley marcial: en conclusión, esa ley es:

- Algo más que el “estado de sitio”.
- Se aplican leyes especiales, con tribunales militares.
- Se restringen las “garantías”.

En síntesis: es así en tiempos de guerra, pero como ya las guerras de agresión no se “declaran” (en virtud de la Carta de la ONU) el margen de apreciación queda librado a la peligrosidad de las situaciones (internas o externas).

Caso de Venezuela: el 8 de mayo de 2017 el presidente Maduro impone la “Ley Marcial” para aplicarla a los manifestantes que pertenecen al sector de la “disidencia”, es decir, de la oposición; encomendándole al General Diosdado Cabello que se proceda con los tribunales y las leyes militares.

VII. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN (FRANCIA, 1958)

VII.1. Artículo 16

Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el primer ministro, los presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional.

Informará de ello a la Nación por medio de un mensaje.

Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de garantizar a los poderes públicos constitucionales, en el menor plazo, los medios para cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado sobre ello.

El Parlamento se reunirá de pleno derecho.

No podrá ser disuelta la Asamblea Nacional durante el ejercicio de los poderes extraordinarios (4).

VII.2. Artículo 36

El estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros. Su prórroga después de doce días solo podrá ser autorizada por el Parlamento.

VII.3. Artículo 38

El gobierno podrá, para la ejecución de su programa, solicitar autorización del Parlamento con objeto de aprobar, por ordenanza, durante un plazo limitado, medidas normalmente pertenecientes al ámbito de la ley (5).

(4) El presidente De Gaulle hizo uso de estas prerrogativas, por lo demás inspiradas en el famoso artículo 48 de la Constitución alemana de 1919 (Const. de Weimar), sobre las prerrogativas excepcionales del presidente del Reich en caso de “estado de necesidad” (*Notstand*), en una ocasión, concretamente en abril de 1961 a raíz del pronunciamiento, momentáneamente triunfante, de cuatro generales con mando en Argelia hostiles al proyecto de independencia de este territorio. Desde el punto de vista constitucional, se reprochó al presidente que, a pesar del rápido restablecimiento de la normalidad, siguiese haciendo uso de los poderes especiales hasta septiembre de aquel año.

(5) Estas ordenanzas son, en realidad, los decretos-leyes del derecho francés anterior, si bien algunas innovaciones que luego mencionaremos. Por un parte, el recurso a la fórmula solo es posible en virtud de una ley previa de habilitación al Gobierno (igual que antes): además, tiene que ser para un objeto concreto, no de un modo genérico o indefinido: en este caso, la autorización se pide por el gobierno “para la ejecución de su programa”, programa que habrá debido ser ya definido y expuesto a la Asamblea y aprobado por ella; por último, la autorización solo se concede por un período limitado, dentro del cual debe el gobierno adoptar las ordenanzas; de lo contrario, estas ya no tendrían validez. De todos modos, antes de la fecha especificada por la ley de habilitación, el Gobierno tiene que presentar un proyecto de ley de ratificación de las ordenanzas adoptadas (por lo demás, se suele interpretar en Francia que no hace falta que el Parlamento lo vote expresamente). Una vez expirado el plazo fijado, las ordenanzas solo podrán modificarse por ley, en las materias de competencia del poder legislativo, sin que esto signifique, por otra parte, que se conviertan en verdaderas leyes mientras el Parlamento no las ratifique expresamente. A falta de esta ratificación, siguen siendo lo que eran cuando se elaboraron: actos de naturaleza administrativa, recurribles como tales por vía contenciosa ante el Consejo de Estado.

Las innovaciones han sido fundamentalmente dos: en primer lugar, se le ha conferido al Presidente de la República un verdadero poder decisorio, ya que es él quien “firma las ordenanzas”; en este punto se suele adoptar la misma interpretación que a propósito de los decretos acordados en Consejo de Ministros, a saber, que el Presidente puede negarse a firmar, interpretación que se ha visto reforzada por la ley de plenos

Las ordenanzas se aprobarán en Consejo de Ministros previo dictamen del Consejo de Estado. Entrarán en vigor en el momento de su publicación, pero caducarán si el proyecto de ley de ratificación no se presenta ante el Parlamento antes de la fecha fijada por la ley de habilitación. Solo podrán ratificarse de manera expresa.

Al expirar el plazo a que se refiere el primer apartado del presente artículo, las ordenanzas ya no podrán ser modificadas sino por ley en materias pertenecientes al ámbito de la ley.

Ya desde 1955 regía una ley por los sucesos de la Argelia, que también se aplicó por motivos del conflicto en tres ocasiones. Otra vez en el territorio de ultramar de Nueva Caledonia (1984); otra en parte de Francia por los disturbios de las “banlieves” (en las afueras o suburbios) en el año 2005; casi siempre bajo la denominación de “estados de emergencia” o de “estados de urgencia”. Las restricciones consistían en limitar la circulación en ciertos lugares, prohibición de reuniones en lugares públicos, incautación de bienes, prohibición de entrada al país a ciertas personas, detener en su domicilio a otras.

A partir del 13 de noviembre de 2015 el Consejo de Ministros decretó el “estado de emergencia”, con ratificación del Parlamento, con carácter temporal; que el presidente Hollande prorrogó varias veces; ahora hasta el 1º de noviembre (2017) no obstante que algunos miembros del Consejo de Estado no son partidarios de las renovaciones indefinidas.

Pero el peligro del terrorismo es acuciante, por lo que el presidente Macron imparte al premier que se estudie medidas para la “seguridad” fuera del clásico “estado de emergencia” (mayo 2017).

VIII. ALEMANIA: “ESTADO DE TENSIÓN” Y EN CASO DE DEFENSA

Famosas —pero de triste recuerdo— son las atribuciones que la Constitución de Weimar otorgaba en su art. 48.

poderes de 4 de febrero de 1960, que atribuyó al Presidente la facultad de dictar ordenanzas. En segundo lugar, en caso de cambio de Gobierno, el nuevo no puede utilizar los poderes extraordinarios otorgados a su predecesor, ya que este los recibió para la ejecución de su programa y el nuevo no ha presentado y hecho aprobar el suyo todavía. Así parece deducirse de una regla sentada implícitamente por la Constitución. Finalmente, hay otra innovación importante, que debilita los poderes del Parlamento durante el período de los plenos poderes. Durante la III y la IV Repúblicas, el hecho de haber concedido al Gobierno el derecho de actuar por decreto-ley no impedía que las Cámaras siguiesen legislando en el campo de la delegación conferida.

En la Ley Fundamental de Bonn, que rige en la república federal de la Alemania reunificada (ley de 1949, verdadera “Constitución”) la Dieta Federal (Cámara de Diputados) puede declarar el advenimiento de un “Estado de Tensión” (*Spannungsfall*), que se menciona en el art. 80 del texto en vigor.

La norma fundamental contiene regulaciones constitucionales las cuales se activan frente a situaciones de manifiesta peligrosidad y constan de mecanismos estatales destinados a la defensa del país y represión enemiga.

Dichas normativas, se concretizan con leyes simples como la limitación al secreto de correo y telecomunicaciones, no movilidad laboral y de residencia, entre otros. La norma fundamental, asimismo, libera un bloque de regulaciones para caso de tensión y caso de defensa exterior y también para situaciones de catástrofes naturales y disturbios internos. No así, porque no se conoce, para el estado de sitio.

Al respecto se puede señalar el art. 80) a GG (Constitución Nacional de Alemania) el caso de tensión es una etapa previa al caso de defensa. Se caracteriza por una situación inminente y sustancial de peligro de ataque exterior. Su importancia rige en la aplicación de una cascada de normativas hasta entonces dormidas, que sirven para la defensa y protección civil. Entre ellos cuentan las leyes del llamado a defensa del país (servicio militar) y sobre la prohibición de cambiar el lugar de trabajo y de inmovilidad (art. 12 a V u. VI GG) como así también regulaciones sobre la defensa y cuidado de objetos civiles y de tránsito (art. 87 a III GG). Uno de los requisitos para su entrada en vigor es la aprobación con la mayoría de las 2/3 partes del Bundestag.

En el art. 115 a) se señala que: 1) La declaración de que el territorio federal es objeto de una agresión armada o que una agresión tal es inminente (caso de defensa) la hará el Bundestag con la aprobación del Bundesrat. Dicha declaración se hará a petición del gobierno federal y requiere una mayoría de dos tercios de los votos emitidos, y como mínimo, la mayoría de los miembros del Bundestag. 2) Cuando la situación exigiera de modo irrecusable una actuación inmediata y existiesen obstáculos insuperables para una reunión a tiempo del Bundestag o si no se pudiera deliberar por falta de quórum, el caso de defensa será declarado por la Comisión Conjunta por mayoría de los dos tercios de los votos emitidos y, como mínimo, por la mayoría de sus miembros.

Se prohíbe expresamente la disolución del parlamento.

El art. 115 c) transfiere al canciller federal la jefatura y el mando de las fuerzas armadas al proclamarse el caso de defensa.

Se amplía la competencia de la federación en el caso de defensa para los casos de expropiación, privación de la libertad, el sistema fiscal, se achican los plazos para la promulgación y aprobación de los proyectos de leyes urgentes necesarios en el caso de defensa y/o tensión.

Otras normas como el art. 12 a Abs. 3-6 GG mediante el cual las mujeres de entre 18 a 55 pueden ser obligadas por ley o en virtud de una ley al servicio militar (si es que lo hubieran elegido) o servicio civil con fines de defensa. En ningún caso las mujeres podrán ser obligadas a prestar servicio con armas.

Similar procedimiento rige en casos de catástrofes naturales.

Solo mencioné algunas normativas.

IX. ITALIA: CONSTITUCIÓN 1948

1) No está prevista la suspensión de los Derechos y de las Garantías personales.

2) Art. 78: “La Cámara delibera el estado de guerra y confieren al gobierno los poderes necesarios”.

Esta parquedad se explica por el espíritu general que animó a los constituyentes: apartarse en todo del régimen mussoliniano del “fascismo” que había regido durante “el veinteno”, con un absolutismo que prescindía de las garantías de todo orden.

3) El art. 77, que impide la delegación de las Cámaras, autoriza para casos de “necesidad y urgencia” (casos extraordinarios) que el gobierno adopte bajo su responsabilidad “medidas provisionales con fuerza de Ley ordinaria”; que deberán ser presentadas en el mismo día a las Cámaras (convocadas al efecto) y que deberán “convertirlas en leyes” dentro de los sesenta días de su publicación. De no ser convertidos, el Congreso podrá regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas.

X. ESPAÑA: “ESTADOS DE EXCEPCIÓN” (SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS). CONSTITUCIÓN 1978

1) *Estado de alarma*: por el gobierno, en acuerdo de ministros (quince días), sin afectar el “contenido esencial” de los derechos (art. 116, inc. 2º).

2) *Estado de excepción*: ídem, pero con el acuerdo previo del Congreso de los diputados (30 días), prorrogables por igual plazo (inc. 3º).

3) *Estado de sitio*: lo declara la mayoría absoluta del Congreso de Diputados a propuesta del gobierno (inc. 5º), sin duración. El art. 55 determina qué derechos pueden ser suspendidos en los dos últimos casos: arresto domiciliario, correspondencia, residencia, circulación, prensa, publicaciones, reunión, huelga. Leyes especiales para terrorismo y bandas armadas.

Todas estas medidas están sujetas a control, por cuanto la Constitución no tolera extremos que signifiquen la anulación lisa y llana de los derechos y de sus garantías. Por lo tanto, existen vías de acudimiento para obtener la protección a las libertades en juego, que sean necesarias.

Cabe señalar en el caso español que el equivalente a una “Intervención federal” está lo dispuesto en el art. 155 de la Constitución vigente. Dicha norma —se ubica en el Título VIII, De la organización territorial del Estado, Capítulo Tercero, De las Comunidades Autónomas— y dispone: “1.- Si una Comunidad Autónoma no cumpliere las obligaciones que la Constitución u otras leyes le impongan, o actuare de forma que atente gravemente el interés general de España, el gobierno, previo requerimiento al Presidente de la Comunidad Autónoma y, en el caso de no ser atendido, con la aprobación de la mayoría absoluta del Senado, podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general. 2.- Para la ejecución de las medidas previstas en el apartado anterior, el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de las Comunidades Autónomas”. El art. 189 del Reglamento de la Cámara alta establece: “Si el gobierno, en los casos contemplados en el art. 155 de la Constitución requiriese la aprobación del Senado para adoptar las medidas a que el mismo se refiere, deberá presentar ante el Presidente de la Cámara escrito en el que se manifieste el contenido y alcance de las medidas propuestas (...)”. “La Comisión formulará propuesta razonada sobre si procede o no la aprobación solicitada por el gobierno, con los condicionamientos y modificaciones que, en su caso, sean pertinentes”.

Este art. 155 reproduce —en líneas generales— el contenido del art. 37 de la ley Fundamental de Alemania de 1949, que establece: “1.- Si un Estado no cumpliera las obligaciones federales que le incumben con arreglo a la Ley fundamental o a otra Ley federal, podrá el Gobierno Federal, con el asentimiento del Consejo Federal, adoptar las medidas necesarias para imponer a dicho Estado el cumplimiento de sus deberes mediante la coerción federal. 2.- Para el ejercicio de la coerción federal tendrá el gobierno Federal o, eventualmente, su comisionado (*Beauftragter*) el derecho de impartir directrices (*das Weisungsrecht*) frente a todos los estados regionales y sus órganos”.

La jurisdicción Constitucional (Tribunal Constitucional) tiene potestad para *declarar inconstitucionalidades* (la ley orgánica que regula las crisis; la declaración por ley del “estado de sitio”; la declaración del “estado de excepción”; la suspensión individual). También, está expedita la vía del “recurso de amparo” para los “derechos fundamentales” (por actos o hechos de los poderes en casos de suspensión general o individual). Da la impresión que ante todo se ocurre ante los tribunales ordinarios (lo que también pueden incoar el “Ministerio Fiscal” o el “Defensor del Pueblo” (6)).

El dato importante es que en los casos que resuelve el Tribunal Constitucional su decisión produce efectos “vinculantes” para los demás tribunales; y que en el caso de una “suspensión individual” cabe intentar el control parlamentario en relación con la ley respectiva.

En tono de humor, me atrevería a afirmar que este régimen se trata de una rara combinación de “Mimi y de Muset”. También nos parece vulnerable la distinción —pretendidamente separatoria— entre la “suspensión *general* de los derechos fundamentales” y la “suspensión *individual* de esos mismos derechos fundamentales”. Así se corre el peligro de abrir la puerta a los caminos que conducen a la denominada *deconstitucionalización* del Estado de Derecho y de la democracia constitucional. Siempre viene a mi memoria que Adolfo Hitler ni siquiera se molestó o se tomó el trabajo de derogar la Constitución alemana de Weimar: lo hizo “pasar” del gradualismo al más absoluto totalitarismo. La Constitución

(6) Según sostiene Paloma Requejo Rodríguez (profesora de la Universidad de Oviedo, en *Revista de Derecho Político*, nro. 51, 2001): “Por último, en la suspensión individual, la Constitución prevé adicionalmente un ‘adecuado’ control parlamentario que constituye una garantía que no preserva tanto la corrección jurídica de los actos singulares de aplicación de la Ley orgánica, cuanto la posibilidad de que el Parlamento conozca y evalúe las medidas adoptadas a este respecto, al igual que aprecie, desde criterios de oportunidad, necesidad y eficacia, la conveniencia de mantener en vigor una ley orgánica que no es de existencia necesaria en el ordenamiento” (STC71/94).

debe ser y seguir siendo siempre la norma de orden público, suprema e indisponible por el capricho de las partes o por el antojo de los gobernantes de turno.

Felizmente, España no corre esos peligros.

XI. "MEDIDAS PRONTAS DE SEGURIDAD". REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Constitución del Uruguay: desde 1930, dos poderes de Emergencia.

Constitución 1967:

A) Suspensión de la seguridad individual (art. 31).

Antes las situaciones más graves: - conspiración contra la patria o traición a ella.

Facultades del Ejecutivo más amplias.

Es el Ejecutivo que decide *cuál*, y la Asamblea General presta la "anuencia".

Se suspenden las garantías y numerosos derechos: expresión, reunión, huelga...

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (30/01/1987): sí, ha admitido; con la condición del hábeas corpus para la presentación del detenido, para impedir su "desaparición", la determinación del lugar de detención, protegerlo contra la tortura o tratos crueles o degradantes.

B) Medidas prontas de seguridad (art. 168, inc. 17) tomadas de la Constitución de Chile de 1828 en caso de "ataque exterior" y "conmoción interior". Son adoptadas por el Ejecutivo.

En 24 horas, a la Asamblea General para su ratificación. Pero en casos graves o imprevistos: Consejo de Ministros o por "delegación" del PEN.

Se funda en el *Salus Populis Suprema Lex Est*: para proteger o restablecer el *orden* cuando es amenazado o alterado en grado tal que los medios normales no son suficientes para su amparo o restablecimiento.

Opina Aníbal Barbagelata: "son expresiones de la lucha del Derecho del Estado para salvar el Estado de Derecho".

Cabe señalar que hay derecho de opción de salida; como así también que en *ningún* caso el arresto puede efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes.

Pero la historia indica que se pasó de la “conmoción política” a aceptar como condiciones de “conmoción *interior*” las graves situaciones *económicas* y *sociales* derivadas en las dos Guerras Mundiales: alimentos, medios de producción esenciales, inundaciones, sequías, huelgas que afectaran “servicios esenciales”, *lock outs* patronales.

El presidente Batlle y Ordoñez en 1914 (2 de agosto) dispuso cierre de bancos y cierre de Bolsa de Comercio que fue convalidado por ley.

Estuvieron a favor: Juan Andrés Ramírez, Gros Espiell y Alberto Ramón Real en el debate. En contra: Justino Jiménez de Arechaga (7).

Cabe señalar que en Colombia durante la presidencia de López Puma Rejo (década del 30), se incluyó en la Constitución el estado de sitio “económico”, con amplias facultades restrictivas, aunque transitorias.

XII. EL ESTADO DE SITIO: ARGENTINA

A) Proviene del *état de siège* que los franceses distinguían: efectivo militar (*fictif*) o ficticio político (*politique*). Afirma Bielsa al respecto: “La ‘declaración’ de estado de sitio se funda en un interés prevalente, que es el de mantener el orden político y civil, aunque restringiéndose los derechos individuales, pues precisamente por el estado de sitio se limitan por un tiempo ciertos derechos reconocidos y protegidos por la Constitución, con el objeto de asegurarlos después para siempre, según la conocida explicación de Blackstone.

”El Estado, en sus propias leyes y reglamentos, autoriza y regula la forma de proceder en defensa de las instituciones jurídicas y políticas y del bienestar de la colectividad, directa o indirectamente considerada”.

En la Constitución Nacional de la Argentina, la regulación está prevista en varias normas, a saber:

Art. 23: caso de “conmoción interior” o de “ataque exterior”.

Art. 61: autorización del Senado al presidente.

(7) Cfr. CORREA FREITAS, Rubén, *Derecho constitucional contemporáneo*, 4ª ed., Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 2013, t. II.

Art. 75, inc. 29: atribuciones del Congreso.

Art. 99, inc. 16: atribuciones del presidente (8).

La interpretación literal del art. 23 remite al arresto “respecto de las personas” (sic), o sea, la libertad física, aunque también han sido restringidos el derecho de reunión y hasta la libertad de prensa y de trabajo. Con respecto a los derechos “de contenido económico” hay que remitirse a las Leyes de Emergencia Económica (así llamados), de las que la ley 23.697 (1989) se pone “en ejercicio el poder de policía de emergencia del Estado, con el fin de superar la situación de peligro colectivo creada por las graves circunstancias económicas y sociales que la Nación padece”.

Téngase en cuenta que la Reforma de 1994 *no podía modificar el art. 23 de la CN*.

La Corte Suprema ha fijado los requisitos para este tipo de “Emergencia Económica”, que algunos autores prefieren denominar “estado de necesidad” o “derecho de necesidad” (leyes 23.696; 23.697 ya citada; ley 23.982; ley 25.344; ley 25.414; las tres primeras del presidente Menem y la cuarta del presidente De La Rúa) a saber: “a) que exista una situación de emergencia definida por el Congreso; b) la persecución de un fin público; c) transitoriedad de las medidas adoptadas; d) razonabilidad, o sea adecuación del medio empleado al fin público perseguido; e) restricción, pero no frustración de los derechos constitucionales”.

Cabe señalar que, pese a los proyectos presentados en las Cámaras del Congreso Nacional, nunca se procedió a sancionar la ley reglamentaria del Estado de sitio. La Corte Suprema de la Nación ha ejercido —después de abandonar el criterio de la no justicialidad de las “cuestiones políticas”— un doble control en cuanto a la aplicación de las facultades del Poder Ejecutivo: a) el control de la “razonabilidad” (en cuanto a la proporcionalidad de las medidas adoptadas) y b) el control de “causalidad” en lo que hace al relacionamiento entre los actos de restricciones y las causas que determinaron la instauración de ese estado de excepción (ver Fallos 243:504, caso Sofía, en adelante). En cuanto al control de “*legitimidad*” solamente podría abarcar la observancia de las formas constitucionales (el marco y la competencia del órgano).

(8) Durante la vigencia del texto constitucional de 1853, el art. 83, inc. 20 (derogado en 1860) disponía que “aun estando en sesiones el Congreso, en casos urgentes en que peligre la tranquilidad pública, el Presidente podrá por sí solo usar sobre las personas, de la facultad limitada en el Art. 23, dando cuenta al Congreso en el término de diez días...”

B) En cuanto a la “no reglamentación”, a la que aludimos *ut supra*, bien señala Adolfo Gabino Ziulu que “todos los proyectos... han naufragado e incluso en la mayoría de los casos ni siquiera medió un tratamiento parlamentario profundo”; y destaca que “no han sido obviamente circunstancias de índole jurídica las que han perfilado esta tendencia tan claramente negativa para el avance de la ley reglamentaria: es más, creemos que ellas encarnan, básicamente, en el ámbito político”. Su pensamiento se extiende a mayores horizontes, pues añade que “la continua situación de emergencia que se ha vivido en nuestro país ha generado un comportamiento político proclive a usar y abusar de las instituciones del derecho constitucional extraordinario o *de excepción*, todo ello en el marco de un constante acrecentamiento de las atribuciones del presidente de la Nación, generalmente a costa de un repliegue de las facultades legislativas del Congreso” (cfr., ZIULU, *Estado de sitio*, Depalma, 2000, ps. 164 y 165). Quiero destacar que el Juez Ziulu ha tenido el buen tino de titular su tesis con el rótulo interrogativo de: “¿Emergencia necesaria o autoritarismo encubierto?”. Todo un acierto, en numerosas oportunidades de la agitada vida institucional de la República Argentina (9).

C) El caso “Sofía” fue en 1959; y le siguió el caso “Mallo” en 1972, el caso “Zamorano” en 1977, el caso “Timmerman” en 1978, el caso “Moya” en 1981, el caso “Urteaga” en 1982, el caso “Solari Irigoyen” en 1983; hasta llegar al caso “Granada” en 1985 (Fallos 307:2284). En este fallo, la mayoría de la Corte liberó al Ejecutivo de la necesidad de probar las decisiones que “motivan” el acto de arresto, remarcando que los fundamentos son las “causas” que determinaron la declaración del estado de sitio y la necesidad *concreta* que quiere remediar para superar la “conmoción interior” (ley 23.898).

No está demás señalar que en el caso “Francisco Paz” (1989) donde estaba en juego el “derecho de opción” para salir del país, la Corte declaró que constituye una facultad irrenunciable de los jueces examinar la “razonabilidad” de la medida que había denegado la opción, por cuanto un “arresto *sine die*” podía importar la imposición de una “pena”

(9) De los varios proyectos de reglamentación del estado de sitio, sometidos al Congreso y que ninguno tuvo consideración, el Dr. Ziulu afirma en su libro que “el presentado por el diputado Jorge R. Vanossi en el año 1985 constituye, a nuestro entender, la iniciativa más completa y mejor elaborada de cuantos han tomado estado parlamentario” (compuesto de 27 artículos).

Entre los opositores adversarios a la reglamentación, el más rotundo fue Sarmiento (que las Cámaras no discutieran la aprobación o desaprobación de los actos del Ejecutivo); y también manifestó reservas Bidart Campos a fin de evitar que se produjeran interferencias “a la zona de reserva del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, y con ello la división de poderes”.

¡Sin embargo, el Judicial evolucionó hacia el mayor control!

por parte del presidente de la Nación, lo que es un acto expresamente vedado por la Constitución: el arresto es una medida de seguridad y no una penalidad.

En el orden supranacional:

Debe tenerse presente (a tenor de lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la CN) que la “Convención Americana de Derechos Humanos” (Pacto de San José de Costa Rica) en su art. 27.2 no permite la suspensión de los derechos previstos en sus artículos: 3. derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; 4. derecho a la vida; 5. derecho a la integridad de la persona; 6. prohibición de la esclavitud; 9. principios de legalidad e irretroactividad; 12. libertad de conciencia y religión; 17. protección a la familia; 18. derecho al nombre; 19. derechos de la niñez; 20. derecho a la nacionalidad; 23. derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (ley 23.054, República Argentina).

Asimismo, hay que tener presente la “Convención Americana para prevenir y sancionar las torturas”, prohibidas en todos los casos (ley 23.338, República Argentina).

También es atinente al tema, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 4º referente a las “situaciones excepcionales” y que no autoriza suspensión alguna de los arts. 6º, 7º y 8º (párrs. 1º y 2º), 11, 15, 16 y 18 (ley 23.313, República Argentina).

En el orden nacional:

La mejor contribución legislativa, en cuanto a su aplicabilidad interior en nuestro país, tiene asidero en la ley 23.098 (1984), referida a la protección de la libertad humana, que da pie a que la justicia puede aplicar con amplitud las pautas de la garantía constitucional de la “razonabilidad” a través de la herramienta del habeas corpus. El rol del Poder Judicial ha sido importante, pues si bien el art. 43 de la CN (1994) confiere a los jueces la potestad de declarar inconstitucionalidades en casos de acciones de amparo, increíblemente subsiste aún el decreto ley *de facto* impuesto por la dictadura en diciembre de 1966.

XIII. EL ESTADO DE “ASAMBLEA”

Se presta a confusión en el fárrago de las “excepcionalidades” que —con distintos nombres— aparecen como medidas transitorias (y restrictivas) ante los casos de emergencia y crisis que requieran un fortalecimiento defensivo.

El art. 127 de la CN establece que “ninguna provincia puede declarar la guerra, ni hacer la guerra a otra provincia...”. El artículo anterior (el 126) les prohíbe “...levantar ejércitos, salvo el caso de invasión exterior o un peligro tan inminente que no admita dilación dando luego cuenta al Gobierno Federal...”.

En el texto constitucional de 1853 (antes del texto reformador de 1860) el entonces art. 61, inc. 24 autorizaba la reunión de “las milicias” de todas las Provincias con amplias facultades de organización y disciplina.

El “Estado de Asamblea” no cuenta con norma alguna que lo autorice o que —con otro nombre improvisado— se pueda avanzar con más límites que los que traza el art. 23 de la CN y su jurisprudencia actual. Solo los gobiernos *de facto* o alguno de los constitucionales (despóticamente) han apelado a la “Ley Marcial”. Se conoce el viejo antecedente de la Constitución de Chile (la del año 1925) cuyo art. 72, inc. 17 que separaba las hipótesis de “estado de sitio” y de “estado de asamblea” según fueran las situaciones de emergencia a afrontar.

Lo cierto es que en la época colonial y durante el reinado de Carlos III rigieron Ordenanzas de Reglamento Militar que mencionaban la “Asamblea” como una convocatoria de las tropas para incorporarlo al Ejército en un “paraje de asamblea” como un lugar de reunión a esos efectos, como “pueblo en asamblea” para incorporarse a la defensa en casos de graves emergencias de distinto tipo. Por lo que se sabe, no equivalía ello ni a la llamada “Ley Marcial” ni la suspensión de los tribunales ordinarios que proseguían en sus funciones.

Desde un punto de vista meramente *doctrinario*, entendía Juan Carlos Rébora que “la expresión de ‘estado de asamblea’ debe ser aplicada al conjunto de efectos que lleva aparejada, en los casos *de grave peligro público y especialmente de peligro exterior*, la rápida formación o concentración de un ejército así como la organización de la defensa del territorio y de sus habitantes” (cfr. La Ley, t. 2, p. 58, 1936; disintiendo con las opiniones de Alcorta, Montes de Oca y González Calderón, que estimaban por el decaecimiento de las garantías en uno u otro caso: “sitio” o “asamblea”). Las palabras textuales de Rébora rematan la cuestión: “En verdad, resultaba incomprensible ante estos antecedentes, que sin nuevas normas ni procesos constitucionales o reglamentarios, haya podido ser postulada en la Argentina, la existencia de un ‘estado de asamblea’ en que los tribunales civiles hayan de padecer subordinación a los tribunales militares, o en que de algún modo se altere la relación entre gobernantes y gobernados para consentir así a los gobernantes especie alguna de acciones invasoras no previstas ni por la constitución ni por la ley. Lo

injustificable, en el derecho público argentino, de toda doctrina que condujera a la asimilación de los efectos del estado de sitio, régimen constitucional, con un pretendido estado de asamblea, régimen arbitrario y si se quiere ‘no régimen’, quedaba así en evidencia sin que entretanto se hubiera hecho necesaria la definición del susodicho ‘estado de asamblea’, que por eso, pues, no debía intentar y no intenté definir”.

XIV. COLOMBIA: “ESTADOS DE EXCEPCIÓN”

En el Capítulo 6 se contemplan tres situaciones emergenciales: a) el “Estado de Guerra Exterior”; b) el “Estado de Conmoción Interior”; y c) la “perturbación del orden ‘económico’, ‘social’ y ‘ecológico’, o grave “calamidad pública”. Veamos la minuciosa pormenorización del detalle en estos casos:

Art. 212. El presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Guerra Exterior. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para repeler la agresión, defender la soberanía, atender los requerimientos de la guerra, y procurar el restablecimiento de la normalidad.

La declaración del Estado de Guerra Exterior solo procederá una vez el Senado haya autorizado la declaratoria de guerra, salvo que a juicio del presidente fuere necesario repeler la agresión.

Mientras subsista el Estado de Guerra, el Congreso se reunirá con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales, y el gobierno le informará motivada y periódicamente sobre los decretos que haya dictado y la evolución de los acontecimientos.

Los decretos legislativos que dicte el gobierno suspenden las leyes incompatibles con el Estado de Guerra, rigen durante el tiempo que ellos mismos señalen y dejarán de tener vigencia tan pronto se declare restablecida la normalidad. El Congreso podrá, en cualquier época, reformarlos o derogarlos con el voto favorable de los dos tercios de los miembros de una y otra Cámara.

Art. 213. En caso de grave perturbación del orden público que atente de manera inminente contra la estabilidad institucional, la seguridad del Estado, o la convivencia ciudadana, y que no pueda ser conjurada mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades de Policía, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá declarar el Estado de Conmoción Interior, en toda la República o

parte de ella, por término no mayor de noventa días, prorrogable hasta por dos períodos iguales, el segundo de los cuales requiere concepto previo y favorable del Senado de la República. Mediante tal declaración, el gobierno tendrá las facultades estrictamente necesarias para conjurar las causas de la perturbación e impedir la extensión de sus efectos. Los decretos legislativos que dicte el gobierno podrán suspender las leyes incompatibles con el Estado de Conmoción y dejarán de regir tan pronto como se declare restablecido el orden público.

El gobierno podrá prorrogar su vigencia hasta por noventa días más.

Dentro de los tres días siguientes a la declaratoria o prórroga del Estado de Conmoción, el Congreso se reunirá por derecho propio, con la plenitud de sus atribuciones constitucionales y legales. El presidente le pasará inmediatamente un informe motivado sobre las razones que determinaron la declaración.

En ningún caso los civiles podrán ser investigados o juzgados por la justicia penal militar.

Ambos artículos (212 y 213) atienden cuidadosa y prudentemente los recaudos, requisitos y limitaciones que se deben guardar al tiempo de la aplicación de estas excepcionalidades; resguardando así un nivel de derechos y garantías a los habitantes de esa Nación.

Art. 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los arts. 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si este no se hallare reunido, para los diez días siguientes al

vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos Cámaras, el informe motivado que le presente el gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inc. 1º, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al gobierno durante la emergencia.

El gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.

Parágrafo. El gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el gobierno no cumpliera con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.

Esta hipótesis de un estado de sitio “económico” ya había sido prevista en la reforma constitucional llevada a cabo durante la presidencia del Dr. López Pumaredo en la década del treinta (el padre del más tarde presidente Dr. López Michelsen, ambos del partido liberal).

Tal como se señalaba en el presente trabajo, en la práctica constitucional de la República Argentina se ha entendido en diversas oportunidades que la causal de “conmoción interior” admite la inclusión de hipótesis de conmoción económica a raíz de crisis generadoras de una emergencia económico-social de suficiente magnitud o intensidad y mientras dure dicha anomalía en perjuicio del interés general de la población.

XV. DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Se entiende por tales a los decretos “con fuerza de ley”. Se ha dicho que “Es norma más *decisión*”. En Argentina según el art. 99 inc. 3º de

la CN, entre las atribuciones del presidente de la Nación, dispone en la parte correspondiente: "...Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes, y no se trate de normas que regulan materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar *decretos por razones de seguridad y urgencia*, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros".

"El jefe de gabinete de ministros personalmente y dentro de los diez días someterá la medida a consideración de la Comisión Bicameral Permanente, cuya composición deberá respetar la proporción de las representaciones políticas de cada Cámara. Esta Comisión elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato consideran las Cámaras. Una *ley especial* sancionada con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara regulará el trámite y los alcances de la intervención del Congreso".

Algunas observaciones al respecto:

1) En la práctica, el párrafo inicial ha quedado desubicado por los hechos consumados: "El Poder Ejecutivo *no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo*".

2) Mucho tiempo transcurrió hasta la sanción de la susodicha "ley especial" reglamentaria (ley 26.122 del 20 de julio de 2006).

3) Mientras tanto, el ritmo de sanciones de los DN siguió su curso habitual: *del uso al abuso*, sin límites.

4) Si hay un refranero que dice: "hecha la ley, hecha la trampa"; en el caso se puede adaptar, diciendo: "hecha la Constitución, hecha la desvirtuación". Pues —en efecto— el art. 24 de la ley dispuso "*El rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el Art. 2º del Código Civil quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia*".

5) En consecuencia, basta y es suficiente con la aprobación de *una sola* de las Cámaras para que el DNU conserve su vigencia *sine die*. Solamente puede rechazarlo el voto de las dos Cámaras.

Y así la historia: de la excepcionalidad se pasó a la habitualidad. Casi lo mismo puede decirse de los "vetos" y de la "legislación delegada" (o

“delegación legislativa”). Son eufemismos, como expresar “la promulgación parcial de las leyes” en lugar de “veto”.

XVI. ESTADO DE NECESIDAD INTERNA

“*Necessitas non legem non habet*” (la necesidad no tiene ley) es el signo característico de una excepcionalidad que se impone. En consecuencia, se toma una decisión “*indecidible*”.

Puede conducir a lo revolucionario, aunque acaso o quizás sea disimulado tal extremo.

La *indecidibilidad* parte de una proposición que —en un sistema lógico— no es posible demostrar (o justificar) si es verdadera o falsa.

La Constitución de 1949 incluyó la declamación del Estado de Prevención y Alarma (art. 34, complementando al “estado de sitio”) “en caso de alteración del orden público que amenace perturbar el normal desenvolvimiento de la vida o las actividades primordiales de la población... que limitará transitoriamente las garantías constitucionales en la medida que sea indispensable...”. Y el art. 83, en su inc. 19 ponía esas atribuciones en ejercicio del presidente de la Nación: arrestar.

La ley reglamentaria nunca fue dictada. Y no se reconocía la opción de extrañamiento.

Con posterioridad fue creado el “Estado de guerra interno”, por dec. 19.376 de 1951 (que se aplicó para apresar a Alfredo Palacios, Carlos Sánchez Viamonte, Nicolás Repetto, Ricardo Balbín, Manuel Ordoñez, Federico Pinedo, convalidado por la ley 14.062). Se preveía el *fusilamiento* de todo militar sublevado o insubordinado; y autorizaba aplicar a los civiles la jurisdicción de los *tribunales militares*.

Cita Ekmekdjian que, planteada la inconstitucionalidad, la Corte Suprema de ese entonces declaró que se trataba de una “cuestión política no susceptible de control judicial” (sic).

Otro ejemplo de “excepcionalidad” ha sido el denominado “estado de beligerancia”; establecido en 1945, cuando la Argentina le declaró la guerra las potencias de “Eje” (Alemania y Japón a esa fecha) que dieron pie a varios decretos fundados en el dec.-ley 6945/1945, que disponían medidas de vigilancia, incautación y confiscación de propiedades de ciudadanos de *nacionalidad enemiga*.

La Corte Suprema en el caso “Química Merck” los convalidó, ya se tratara de beligerantes activos o pasivos fundándose en que el gobierno tenía poderes de *guerra preexistentes y superiores* a la Constitución misma, para salvaguardia de la integridad e independencia nacional (Fallos 211:193).

También existió la ley 13.234 de “Organización de la Nación en tiempo de Guerra” y dec. 2639 de 1960 (Frondizi) derogada por ley *de facto* 16.970; que autorizaba la constitución de “los consejos de guerra especiales” y el dictado de “bandos” aplicables a la población civil, sin que mediara un estado de guerra. En el caso del civil Roberto Calendario Rodríguez para la Corte Suprema el arresto no era una pena sino una “medida disciplinaria” (Fallos 279:40). Estos sucesos acontecieron bajo la vigencia del llamado “Plan CONINTES”.

XVII. LA “SUSPENSIÓN” DE LA CONSTITUCIÓN

Es un *interregnum*, con máxima tensión.

Se suspende (o se reactiva) el derecho, pero no rige como derecho formal.

Se está ante una “anomia constitucional” con reemplazos “estatutarios” (el Estatuto del “Proceso”).

La Constitución puede quedar como una normatividad condicionada y secundaria.

Lo fundamental pasa a ser la primacía de los fines fijados por los ocupantes del Poder. Es bastante común en los golpes de estado y bajo los regímenes de facto.

XVIII. EL QUEBRANTAMIENTO

El concepto más difuso de la obra en Carl Schmitt. ¿Por qué? Por la variedad de acepciones.

Del DRAE surge una multiplicidad:

- 1) Romper o separar (con violencia).
- 2) El poner en estado o situación de que se rompa el ordenamiento jurídico (más fácilmente).

3) Reducción de lo sólido (u orgánico) a fragmentaciones, pero sin triturar las partes.

4) Violación (o profanación) de lo sagrado —por ejemplo: la Constitución o la legalidad—.

5) Violación —parcial o total— de las normas legales y/o de las obligaciones que de ellas emanan.

6) Forzamiento por rotura o ruptura venciendo el impedimento, considerándolo un estorbo.

7) Disminución de las Fuerzas que sostienen el orden constitucional.

8) La inducción a mover o remover con ardid o porfía a la legalidad o superlegalidad constitucional.

9) Causar el desabrimiento con dureza o aspereza en el tratamiento constitucional: molestando, fatigando y desgastando con la finalidad de originar (generar) una desazón interior del régimen (en la sociedad) causando pesadumbre.

10) Por último, un resultado de resignación ante los hechos; causando lástima o compasión, o simplemente “piedad” (M. Azaña: paz, perdón, piedad).

En síntesis: se origina el quebranto, que es el descaecimiento, que se traduce en datos visibles:

a) falta de fuerza.

b) ir a menos de lo normal en las funciones institucionales.

c) debilidad constitucional.

d) perder poco a poco la autoridad.

Se va pasando de la “anomia” a la “anarquía” y de esta —por lo general— a la tiranía; sucesivamente.

XIX. LOS BLOQUEOS

Tienen lugar cuando uno de los poderes del Estado entorpece el funcionamiento normal de los otros Poderes, sin que resulte inmediata la perspectiva de un “desbloqueo”.

Puede ser el inicio de una etapa de “desconstitucionalización”.

También puede convertirse en la vía hacia la “suma del poder público”.

A veces “la sangre no llega al río” y se superan (búsqueda de consensos, a los que se opone Chantal Mouffe en su obra *Contra el consenso*).

No puede descartarse que el mecanismo constitucional del “veto” del Poder Ejecutivo opere como una forma de vetar y, por lo tanto, de demorar o paralizar el avance del procedimiento legislativo, como consecuencia de lo cual se produce una parálisis de la sanción y consiguiente aplicación de las normas.

XX. EL DESMALENTAMIENTO

Es un proceso de desmantelamiento que en la nomenclatura actual se desconoce o se ha olvidado (10).

Se trata de provocar una desarticulación, o sea, una manera de aislar.

Sería la versión refinada de producir la suspensión de la praxis concreta en su inmediata referencia a lo real.

O sea, que la norma (normatividad) está vigente, pero sin ser aplicada.

Produce efectos de desarticulación y desorganización, según sea la intensidad del fenómeno en cuestión.

XXI. SUSPENSIÓN DE ORDENAMIENTO VIGENTE

Suspensión del “derecho”: lisa y llanamente. Pero la ley permanece (en la letra).

La norma sigue vigente, pero la autoridad deja de aplicarla,

¿Parodia o paradoja?

Inverosimilitud con apariencia real. Suele convertirse en un pretexto. (Agamben *dixit*).

(10) Cfr. AGAMBEN, Giorgio, *Estado de excepción*, 4ª ed., Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2010, p. 78.

XXII. LOS PLENOS PODERES (A)

Son por lo general “delegados” (¿revocables?); y con frecuencia los reclaman o exigen los gobernantes despóticos. También pueden convertirse en formas de: hiperpresidencialismo o de absolutismo (político: autoritario, pleno: totalitario).

Cuando llegan a la máxima intensidad de la “delegación”, se entra en el plano del “acmé”, que es la exasperación de los superpoderes delegados. Es una patología propia del autoritarismo concentrado y centralista, al punto que sus partidarios y sostenedores se los denomina “acmeistas” (cfr. DRAE).

Puede ocurrir que esos “plenos poderes” sean aumentados o que se decida disminuirlos, en materias y asuntos específicos. No se trata de un estereotipo cristalizado sino del acudimiento a soluciones flexibles que favorezcan el logro de los objetivos que le dieron origen. Es, por ello, que su transformación es impredecible, dependiendo de especulaciones más bien pragmáticas que de orden principista.

Suelen ser o parecer la “antesala” de las dictaduras; o la consumación de un régimen con vocación despótica que al debilitarse abre paso a la democratización.

XXIII. LA DELEGACIÓN LEGISLATIVA (B)

Las “delegaciones pueden llegar a configurar una desvirtuación de la “separación de los poderes” y, de allí, quebrar o ir diluyendo al régimen republicano.

En algunos países está prevista en su Constitución la “delegación legislativa”, aunque con limitaciones que no siempre se cumplen o respetan por el Ejecutivo. En el caso de la Argentina, el art. 76 dispone que

“Se prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo, salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. La caducidad resultante del transcurso del plazo previsto en el párrafo anterior no importará revisión de las relaciones jurídicas nacidas al amparo de las normas dictadas en consecuencia de la delegación legislativa”.

¿Qué denominación atribuir a esta “delegación” dentro de la taxonomía de los preceptos legales? En lo que al Poder Ejecutivo se refiere, el

art. 99, inc. 2º, atribuye al presidente expedir “las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias”, pero existen otras clases de reglamentos.

Por otra parte, el inc. 4º del art. 100, correspondiente al Jefe de Gabinete, le atribuye “ejercer las funciones y atribuciones que le delegue el Presidente de la Nación y en acuerdo de gabinete resolver sobre las materias que le indique el Poder Ejecutivo, o por su propia decisión, en aquellas que por su importancia estime necesario, en el ámbito de su competencia”. ¡Aquí entramos en la delegación de la delegación! (y no están claros los límites). A su vez, el inc. 12 dispone que le corresponde “referendar los decretos que ejercen facultades delegadas por el Congreso, los que estarán sujetos al control de la Comisión Bicameral Permanente”. ¡Aquí aparece un principio de limitación!

Paradójicamente, el texto constitucional de 1994, en su art. 103, reitera lo señalado en la Constitución de 1853/1860, o sea, que “Los Ministros no pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos”. Pregunto: ¿en qué quedamos?

La “Cláusula Octava” de las disposiciones transitorias del texto de 1994 dispuso que “La legislación delegada preexistente que no contenga plazo establecido para su ejercicio caducará a los cinco años de la vigencia de esta disposición excepto aquella que el Congreso de la Nación ratifique expresamente por una nueva ley”.

En mi opinión, toda esa legislación caducó excepto la ratificada por el Congreso expresamente. No puede haber ratificación tácita o presunta (11).

(11) En agosto de 1999 se dictó por el Congreso la ley 25.148 que pretendió reglamentar a la cláusula transitoria octava de la Constitución Nacional (reforma de 1994) que no consiguió superar la confusión reinante.

Art. 1º.— Sin perjuicio de la facultad derogatoria del Poder Legislativo, ratifícase en el Poder Ejecutivo, por el plazo de tres años y con arreglo a las bases oportunamente fijadas por el Poder Legislativo, la totalidad de la delegación legislativa sobre materias determinadas de administración o situaciones de emergencia pública, emitidas con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, cuyo objeto no se hubiese agotado por su cumplimiento. El Poder Ejecutivo Nacional ejercerá su atribución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 100 inciso 12 de la Carta Magna.

Art. 2º.— A los efectos de esta ley, se considerarán materias determinadas de administración, aquellas que se vinculen con:

a) La creación, organización y atribuciones de entidades autárquicas institucionales y toda otra entidad que por disposición constitucional le compete al Poder Legislativo

Como bien señala Alberto Bianchi, la redacción del art. 76 es “poco clara”; pero también lo es la de la Cláusula Transitoria Octava (sic); como, asimismo, lo fue la distinción introducida por la Corte Suprema en el “Caso Delfino (Fallos 148:430) y distinguiendo entre “delegación propia” y “delegación impropia”; por lo que de igual manera coincidimos con Bianchi que podía una ser “amplia” y la otra “restringida” pero como bien afirma el autor “no se sabe a qué tipo de delegación se refiere” (sic). La mejor comprobación de que todo es confuso se nota por las sucesivas leyes de prórroga que tuvieron que sancionarse: ley 25.645; ley 25.918; ley 26.135; ley 26.519; habiendo vencido todos los plazos (el último fue en el 2010...) y siete años después seguimos con una incertidumbre y confusión que atentan seriamente contra la garantía —con jerarquía constitucional— de la seguridad jurídica.

La Corte Suprema se ha limitado a reconocer la validez de esas “prórrogas” legislativas, limitándose a prevenir que las “delegaciones” y las “subdelegaciones” deben ser de interpretación restrictiva o restringida. Nada mejor para concluir este entrevero confuso y desordenado (más bien caótico) que hacer presente las conclusiones de Bianchi, cuando sintetiza diciendo:

“Todas las sofisticaciones jurídicas que quieran introducirse en relación con la delegación legislativa no pueden evitar que su centro neurálgico radica en que (a) la ‘política legislativa’ esté concretamente enunciada en la ley delegante y (b) el órgano delegado no sobrepase

crear, organizar y fijar sus atribuciones. Quedan incluidos en el presente inciso, el correo, los bancos oficiales, entes impositivos y aduaneros, entes educacionales de instrucción general y universitaria, así como las entidades vinculadas con el transporte y la colonización;

b) La fijación de las fuerzas armadas y el dictado de las normas para su organización y gobierno;

c) La organización y atribuciones de la Jefatura de Gabinete y de los Ministerios;

d) La creación, organización y atribuciones de un organismo fiscal federal, a cargo del control y fiscalización de la ejecución del régimen de coparticipación federal;

e) La legislación en materia de servicios públicos, en lo que compete al Congreso de la Nación;

f) Toda otra materia asignada por la Constitución Nacional al Poder Legislativo, que se relacione con la administración del país.

Art. 3°. — Apruébase la totalidad de la legislación delegada, dictada al amparo de la legislación delegante preexistente a la reforma constitucional de 1994.

Art. 4°. — Las normas dictadas por el Poder Ejecutivo en ejercicio de sus facultades propias de reglamentación, derivadas de lo dispuesto en el artículo 99 inciso 2. de la Constitución Nacional, no se encuentran alcanzadas por las disposiciones de la presente ley.

Art. 5°. — Comuníquese al Poder Ejecutivo.

esos límites. Estos principios, nacen de la separación de poderes, ya habían sido elaborados antes de 1994 y son los jueces a quienes les corresponde decidir, en cada caso, si han sido respetados o no lo han sido. Todo lo demás es secundario”.

Y su premonición final: “Seguramente muchos descuentan que, antes de producirse una catástrofe, el Congreso dictará, in extremis, una ley sanadora, que la Corte, para evitar el caos, finalmente aprobará, aun cuando lo haga a regañadientes. La historia antigua y reciente permite anticipar este resultado. Lo que deberíamos preguntarnos es si vale la pena forzar ese desenlace” (12).

Por último (*the last but not least*) mis interrogantes y opiniones sobre el arduo intríngulis de las “delegaciones” y “subdelegaciones” experimentadas en nuestro medio.

Si la Corte Suprema, a través de “numerosos fallos fue delineando los rasgos y los límites de las “delegaciones legislativas”: ¿qué sentido tuvo el ingreso a la Constitución (en 1994) del art. 76? Más incógnita aún suscita la Cláusula Octava (Transitoria) que parece “el cuento de la buena pipa” (sic), ya que se repite y repite el trámite de blanqueos y es una historia de nunca acabar.

Si desde 1853 a 1994 no se resolvieron uno por uno cada caso pendiente, ¿cómo sabemos cuáles perdieron vigencia por su pleno cumplimiento efectivo? ¿Y las posteriores a 1994? ¿Por qué el Congreso no resuelve de una vez por todas esta “asignatura pendiente” y saca de la inanición a las Comisiones de ambas Cámaras (con sus respectivos legisladores de los “bloques partidarios”) a fin de analizar los casos pendientes, rompiendo el silencio que atenta contra la Seguridad Jurídica y crea confusas disputas, en una anomalía que se prolonga indefinidamente?

¿Si se sancionó alguna ley especialmente destinada a “blanquear algún caso concreto de delegaciones o subdelegaciones de cualquier índole?

¿Si el “Digesto Jurídico Argentino” (anunciado en 2011) esclareció esta enredosa dificultad cuya complicación aparece difícil salvar por la maraña de casos que resultan de trabarse entre sí desordenadamente?

En consecuencia: las delegaciones son casos de estrictísima “excepcionalidad”, ajenas a la regla de la “normalidad”, que es la legislación por

(12) Cfr. BIANCHI, Alberto, “La delegación legislativa: evolución y estado actual”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Instituto de Derecho Constitucional, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2014, ps. 37 y ss.

el Congreso Nacional; y muy estrictamente debe ser cumplido el principio de legalidad normativa cuando se trata de materia penal (nada de leyes penales en blanco) y en materia fiscal (“*no taxation without representation*”).

XXIV. LAS DICTADURAS

Dictadura comisarial: para defender el Derecho: ese es el argumento. Acepta serlo, pero es una excepción concreta en la prontitud. Es temporaria, aunque no se puede predecir su eventual desenvolvimiento. Estimo que se trata —este trío— de un tríptico que es más de forma que de fondo, en cuanto que pertenecen al mismo género, que es el de las dictaduras. Lo de “comisarial” o “comisoria” sugiere que es por encargo o para un jefe con fuerza.

Dictadura soberana: no Constitucional. Sin Constitución real y vigente. Sirve para imponer una nueva Constitución por voluntad del o de los detentores del poder. Es obvio que se trata de una rotura y una ruptura; que por calificarse de “soberana” no admite control ni superioridad alguna. Tiene la última palabra y la decisión final. Intenta convencer con el atractivo de una novedad constitucional para prohiar otra legalidad.

Dictadura más extrema: despotismo (“dictablanda”); tiranía: sometimiento total y absoluto. Al tiempo su agotamiento, un signo de evidente anticipo es el auge de la impudencia o sea que desembozadamente se acumula la totalidad del Poder y el conjunto de los poderes en el unicato del poder único, exclusivo y excluyente. Va de suyo que no admite límites ni controles; que no tiene previsto un plazo de duración y que sus metas son el acrecentamiento del poder por el poder mismo. Siempre terminan mal.

Bajo de estas dictaduras totales y absolutas, acontece a menudo el extremo a que se refiere Agamben; en lo que coincido cuando afirma que “Se podría afirmar hoy que el Estado considera a todo ciudadano como un terrorista virtual”.

XXV. LA REVOLUCIÓN

¡O sea, en estado revolucionario, ya! Se presenta y actúa una organización revolucionaria. Coincide o puede coincidir acaso con la “Dictadura Soberana”. ¿Pero quién y cómo le pone límites? ¿Cuándo llega su fin?: por implosión; por invasión; por otra Revolución.

Puede elegir el camino de poner en ejercicio un órgano que asume el Poder Constituyente: originario; de reforma; revolucionario.

Para Carlos Cossio, como concepto general es cuando se da el hecho que rompe la lógica de los antecedentes. Esa rotura equivale a una ruptura.

En homenaje a Giovanni Sartori recordemos —para tenerlo presente— sus seis distinciones:

1) Con mera fuerza; con violencia y sangre (suelen ser con una violencia inacabable).

2) Política; omnicomprensiva: hacia un nuevo orden económico y social.

3) Con fecha de caducidad; con fecha *ad infinituum* (dictadura permanente que se autodestruye).

4) Coactiva (pero compatible con la paz); en estado de Guerra.

5) Un Estado “desbloqueado” (que instaure el Estado Constitucional); “bloqueado”: instaure el terror, una destrucción que no produce creación, sin idea de qué edificar.

6) Desde “arriba” (golpe de —o desde— el Estado); desde “abajo”.

XXVI. ¿GUERRA CIVIL LEGAL?

Cuando el poder legal autoriza la represión de los insurrectos que proceden hasta el terror: ¿terrorismo? ¿Nihilismo?

Es el caso del período de la vida argentina entre 1976 y 1983, aunque se puede invocar la inclusión de los violentos episodios a partir de varios años anteriores, que pueden situarse desde muy distintas fechas, toda vez que esa triste historia comienza con la guerrilla de Uturunco y abarca sucesivos gobiernos constitucionales y las dictaduras de facto que se alternaron después de los inicuos derrocamientos de los presidentes Arturo Frondizi y Arturo Illia, hasta incluso el interregno Cámpora y el período Perón-Perón (ambos esposos).

Por “terror” se entiende un “método expeditivo de represión revolucionaria o contrarrevolucionaria”; y el “terrorismo” es una “actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de

modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos” (DRAE). Mientras que el “nihilismo” es la negación de todo principio (político también) y de un fundamento objetivo en el conocimiento y en la moral (ídem); y es, por ello, que la “nihilidad” es la cualidad de no ser nada (sic).

Desde el punto de vista jurídico, cabe señalar que en la “Causa 13” en la que se condena a los comandantes de las Juntas Militares sucesivas, en la introducción al tema existen cinco capítulos dedicados a explicar —por parte de Cámara Federal— que en la Argentina hubo una “guerra” (sic), toda vez que “...el objetivo último fue la toma del poder político por parte de las organizaciones terroristas...”. En otro de los párrafos del fallo, los jueces expresaron que “dentro de los criterios clasificatorios que se acaban de expresar, este se correspondió con el concepto de guerra revolucionaria”, pues al grado de desarrollo alcanzado se llegó a la creación de “zonas dominadas” (capítulo sexto: a.1).

Este Capítulo Sexto de los “Considerandos” de la causa 13/1984 pone de manifiesto términos categóricos: “fenómeno terrorista”, criterios clasificatorios, “guerra revolucionaria”, la creación de “zonas dominadas”. Se trata de una sentencia judicial (que, además, fue condenatoria). Pero en el tiempo presente, la discordia prosigue; y se manifiestan opiniones muy dispares, que alejan la idea de una pacificación de los espíritus y un ámbito de “concordia” (o sea, de unión, entre personas que contienen). Por ejemplo, un sacerdote jesuita, Rafael Velasco, se apoya en el concepto teológico de la “reconciliación”, para afirmar que aún no se cumplen los requisitos que consagra ese sacramento; por lo cual para los argentinos será difícil “en adelante, para dejar de encontrar motivos para odiarnos”. Agrega el sacerdote que el término reconciliación “es vidrioso” y que tiene “cierto sabor a impunidad y auto amnistía” (calificando de usurpadores a las Fuerzas Armadas), para llegar a la conclusión de que los guerrilleros (sic) “debían ser juzgados con todas las garantías constitucionales y llegado el caso condenados”, pues “eran ciudadanos que delinquieron” (cfr. diario Clarín, 6/6/2017).

En el mismo diario, por su parte, el General Marín Balza, que fuera jefe del Ejército con posterioridad al gobierno de facto militar, califica a la represión habida de incurrida en una “violencia estructural y sistemática”, recurriendo a delitos de lesa humanidad; aunque apunta a una perspectiva más constructiva que la del cura, diciendo:

“Estamos afectando nuestro presente y comprometiendo nuestro futuro, y las heridas abiertas continúan supurando en las jóvenes generaciones, que pugnan por abandonar una visión apocalíptica de un pa-

sado que no vivieron. Debemos aceptar que la figura del desaparecido origina una angustia permanente e insuperable en sus familiares, lo que les impide elaborar el duelo. Que un victimario se decida a hablar, a decir lo poco o mucho que sepa, para expresar a una madre el destino de su hijo, para acabar con esa situación subliminal, no es un acto de reparación menor. Hasta ahora, muchos se han ido sin dar respuestas. Hay que hacerle frente a la historia del pasado para construir la del futuro, para poder reforzar y apuntalar una más sana memoria colectiva. ¿Cuarenta años no es nada?” (cfr. ídem). ¡Dios dirá!

Por último, contando opiniones, la de Agamben en cuanto a la “guerra civil legal” (sic), sienta la definición siguiente: “El totalitarismo moderno puede ser definido como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no solo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político”.

SEGUNDA PARTE

XXVII. LAS “CRACIAS”

Proviene del griego *kratía* que opera como sufijo, aunque significa: gobierno, dominio o poder.

En la antigüedad se aplicaba hasta para los mares (el dominio de los mares).

Son situaciones que se pueden dar en varias o diversas formas de gobierno y en distintas proporciones.

XXVII.1. Democracia

Es famosa la definición de Pericles en Atenas. En el libro que Tucídides escribió sobre la guerra del Peloponeso, aparece la figura arquetípica de Pericles, a quien se atribuye un discurso en el que se explica la democracia en palabras como estas: “Nuestro régimen político es la democracia, y se llama así porque busca la utilidad del mayor número y no la ventaja de algunos. Todos somos iguales ante la ley, y cuando la república otorga honores lo hace para recompensar virtudes y no para consagrar el privilegio. Todos somos llamados a exponer nuestras opiniones sobre los asuntos públicos. Nuestra ciudad se halla abierta a todos los hombres. Ninguna ley prohíbe en ella la entrada a los extranjeros, ni les priva de nuestras instituciones ni de nuestros espectáculos; nada hay en Atenas

oculto, y se permite a todos que vean y aprendan en ella lo que bien los pareciere, sin esconderles ni aquellas cosas cuyo conocimiento puede aprovechar a nuestros enemigos, porque confiamos para vencer, no en preparativos misteriosos, ni en ardidés y estratagemas, sino en nuestro valor y en nuestra inteligencia. Tenemos el gusto de lo bello y cultivamos la filosofía, sin que ello debilite nuestro carácter. Si poseemos riquezas, no es para guardarlas ociosas ni para envanecernos de su posesión, sino para emplearlas productivamente, Para nadie es vergonzoso entre nosotros confesar que es pobre; lo que sí es vergonzoso es no tratar de salir de la pobreza por medio del trabajo. Todos los ciudadanos, incluso los que se dedican a los trabajos manuales, toman parte en la vida pública; y si hay alguno que se desinteresa de ella se le considera como hombre inútil e indigno de toda consideración. Examinamos detenidamente los negocios públicos, porque no creemos que el razonamiento perjudique a la acción; lo que sí creemos perjudicial para la patria es no instruirnos previamente para el estudio de lo que debemos ejecutar. Esto hace que tengamos al mismo tiempo inteligencia para razonar los actos que debemos ejecutar y audacia para ejecutarlos, diferenciándonos así de los demás pueblos, en que la ignorancia los vuelve audaces y la razón inactivos”.

Siempre se cita a la noción de Lincoln en Gettysburg: “el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo”.

Para Sánchez Viamonte “es el conjunto de los contenidos éticos que conforman a la república contemporánea”.

No puedo olvidar al gran maestro Hans Kelsen que entiende que “la democracia es la idea de una forma de Estado o de sociedad en la que la voluntad colectiva, o más exactamente, el orden social, resulta engendrado por los sujetos a él, esto es, por el pueblo. Democracia significa identidad de los dirigentes y dirigidos, del sujeto y objeto del poder del Estado, y gobierno del pueblo por el pueblo”. Completando su pensamiento, agrega que “es patente que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva, por no poder ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad del Estado y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos”. Por ello, sostiene que “sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente, requiere un Estado de partidos”. Considera, igualmente, que “el Estado moderno es una democracia

inmediata, parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva que prevalece es la determinada por la mayoría de aquellos que han sido elegidos por la mayoría de los ciudadanos” (cfr. “Valor y esencia de la democracia”).

También es imprescindible el notable ensayo de Alf Ross, titulado (en edición española), “¿Por qué democracia?” (que en la Argentina sólo pudo circular en mimeógrafo durante el gobierno militar); cuya edición ha sido recogida por el “Centro de Estudios Constitucionales” de Madrid, con traducción de Roberto Vernengo, en 1989.

XXVII.2. Aristocracia

En el mundo clásico se entendía por tal el poder político ejercido por los mejores; luego pasó a considerárselo como el ejercicio del poder político por una clase privilegiada.

Ha sido empleada como sinónimo de clase noble de una nación, por lo general de carácter hereditario.

En la actualidad se alude a los grupos que sobresalen entre los de su mismo ámbito por virtud de alguna circunstancia: el saber más el dinero (o sin la riqueza, pero con el abolengo).

Como referencial, se suele aludir al Aristocratismo.

XXVII.3. Teocracia

La jefatura clerical. Como expresión terminológica significa “la sociedad en que la autoridad política que se considera emanada de Dios se ejerce por sus ministros” (DRAE). En la actualidad se da el caso del régimen establecido en Irán (ex Persia) a partir de la ocupación del poder por los “ayatola” (1979) que derrocaron al Sha Reza Pahlevi y establecieron un gobierno islámico fundamentalista encabezado por el líder religioso Ruhollah Jomeini. Sancionaron una Constitución por la cual el Consejo Supremo de esos clérigos es la instancia suprema, por la cual se resuelven por encima de los órganos políticos las decisiones fundamentales (por ejemplo, la guerra y la paz, el control de la constitucionalidad de las leyes que sancione el parlamento, la destitución del presidente, etc.). Se realizan elecciones, aunque con serias limitaciones al pluralismo (cuestiones ideológicas, de género, etc.). La “Asamblea de Expertos” controla al líder o Iman, que es guía religiosa y político. Suelen producirse tensiones entre el presidente y el jefe religioso.

XXVII.4. Oligarquía

Como referencia peyorativa se dirige a la forma de gobierno en la cual el poder político es ejercido por un grupo minoritario, o sea, un sector reducido de personas que tiene poder e influencia en determinado ámbito por su gravitación económica, política o social.

XXVII.5. Tiranía

Consiste en el abuso o imposición en grado extraordinario y absoluto del poder, con uso de la fuerza y criterio de superioridad en todos los órdenes.

Es un dominio excesivo, sin límites. Según el diccionario se trata del ejercicio asumido por el tirano, o sea “de una persona que obtiene contra derecho el gobierno de un Estado, especialmente si lo rige sin justicia y en medida de su voluntad”; o sea, abusando al extremo de su poder, superioridad o fuerza en cualquier concepto o materia en grado extraordinario. Su dominio arrastra al entendimiento; y la pasión impera sobre la voluntad.

XXVII.6. Cleptocracia

XXVII.6.1. Ladrones y coimeros (acepción común)

Sistema de gobierno en el que prima el interés por el enriquecimiento propio a costa de los bienes públicos (RAE). Por ejemplo, la Argentina y otros países en que reina la impunidad.

Para la tiranía cleptocrática es aconsejable la magnífica obra del escritor paraguayo Augusto Roa Bastos titulada “Yo el Supremo”: una alucinante alegoría sobre la tiranía del doctor José Gaspar Rodríguez de Francia (siglo XIX) y que se proyecta en siglo siguiente con el régimen de Alfredo Stroessner. Novela alucinante, en que el propio personaje se habla a sí mismo en un monólogo sin fin, con su amanuense Policarpo Patiño y se extiende a la “Circular Perpetua” y al “Cuaderno Privado”. ¡Es desopilante! Aconsejamos su lectura; y allí veremos por comparación algunas equivalencias conocidas... y desgraciadas.

XXVII.7. Exceptocracia

¿Confín de la democracia? Se pregunta el Académico Mario Serrafiero. Para él, aparece como un tema dramático. Serían en Argentina las

intervenciones federales, el estado de sitio, y los DNU (13). En su profundo análisis, el autor llega a la conclusión de que una “exceptocracia” excede la investidura del mandatario y envuelve al Estado, a sus instituciones y a la base, que es la “sociedad”. Hay un cambio de lógica, a causa —dice— de una creencia colectiva “donde la excepción, como excepción, no existe. Y si ello es así, en realidad, no hay reglas, sólo existe la excepción como supranorma. En este marco, la excepción no crea derecho, es Derecho. La excepción barre con la cultura jurídica y habilita el territorio de la pura y cruda política. La exceptocracia es más que inseguridad jurídica es, sobre todo, “inseguridad fáctica”.

“En la exceptocracia no hay límites, sólo confusión e identidad entre derecho, hecho y, por sobre ellos, excepción. No hay excepciones, hay excepción. Y, esta última, ordena y descalabra a un mismo tiempo derecho y hecho. Si englobamos a la sociedad en franca complacencia con la exceptocracia, ¿podríamos decir que sería otra forma de democracia? ¿Quizás sus confines? Si antes teníamos una sociedad complaciente con el incumplimiento de las normas, ahora, lo es con su creación *contra legem*”. Hay que “poner foco en una cuestión que parece substancial: el argumento de la excepción permite al infinito virar de rumbo pretendiendo que es sólo eso, una excepción, cuando en realidad se convierte en puro acontecer. Si el hecho extraordinario, no previsto y que asalta al ordenamiento jurídico estaba en la base de justificación de la excepción, ahora la excepción abarca hechos ordinarios. En realidad, no se trata de un problema de justificación, pues la excepción se justifica a sí misma”.

En conclusión, para Serrafiero se instala la construcción “de una civilización donde el Derecho, las libertades y garantías ciudadanas y el bienestar general se asienten cada día con mayor firmeza. Y el terreno apropiado son las reglas del juego consensuado, el Estado de Derecho y la cultura democrática y para lograr estos objetivos el Estado administrativo, la Democracia ejecutiva y la excepción permanente no resultan el mejor atajo”.

(13) Es una acepción expuesta por el profesor y académico Dr. Mario D. Serrafiero en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas (Buenos Aires, *Anales*, 2012); y en su obra *Exceptocracia, ¿confín de la democracia? Intervención federal, estado de sitio y decretos de necesidad y urgencia* (Lumiere, Buenos Aires, 2005); y también sobre el tema véase en el t. II de la obra *Constitución de la Nación argentina*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2003, el trabajo de SERRAFIERO titulado “Constitución, democracia y crisis”, ps. 421 a 437.

XXVII.8. Mesocracia

Sistema *social* en el que la “clase media” es preponderante. Sistema de *gobierno* en que la clase media es preponderante (llamábase “la burguesía”).

XXVII.9. Plutocracia

El gobierno de los ricos y para los ricos o adinerados, quienes ejercen su influencia en el gobierno del Estado.

XXVII.10. Kakistocracia (proviene de Mediocritas)

Es el triunfo de la mediocridad. También se la puede llamar Mediocriracia.

Denominación utilizada por el pensador García Venturini, para descalificar el auge dominante de la “mediocridad”. En general, se trata de personajes creídos de méritos (que se desconocen) y que poseen carácter áspero —con púas y sarcasmos o evasiones—, por lo que se está en presencia de sujetos hirsutos. Es el caso hiperónimo por cuanto ellos tratan de incidir en el rol de otros que están más dotados e intentan mimetizarse. ¿Son crápulas?

XXVII.11. Iconocracia

Tendencia a guiarse por los símbolos que representan a un sistema, un régimen, o un programa, manteniéndose o cultivándolo así, en una relación de semejanza con lo representado y sus cualidades.

XXVII.12. Califato

Se arrogaron el título de “califas” los príncipes sarracenos que, como sucesores de Mahoma, ejercieron la suprema potestad religiosa y civil (y política) en algunos territorios musulmanes. Se llama “califal” a la época en que reinaron los califas; y se considera como un “califato” al sistema de gobierno regido por un califa. Abarcaron un período histórico. Hoy se considera “islamita” al “integrista” musulmán, o sea, la defensa de la intangibilidad de un sistema que encierra una total ortodoxia en lo religioso, ideológico y político.

El califato asume al “fundamentalismo” al exigir la aplicación estricta de la ley coránica a toda la vida social, para restaurar la “pureza”

islámica; exigiendo la intransigencia en el sometimiento a la doctrina y a la práctica. Transigir es pasible hasta de la pena capital.

Como fenómeno político reciente, el califato se convierte en “Estado Islámico” (ISIS), que emprende una ofensiva antioccidental, con atentados terroristas y valiéndose de agentes suicidas (“kamikazes”) que emprenden operativos y acciones temerarias.

Todo ello se agudiza a partir del año 2004, en que el ex Al-Qaeda Abu Bakr-Baghdadi se proclamó Califa (monarca absoluto) de todos los musulmanes; y el Estado Islámico declaró el califato territorio perteneciente a Siria e Irak: en su momento de mayor auge, en 2015, el califato que se extendía por Siria e Irak tenía 108.000 km² y ocho millones de personas bajo su control; sus “capitales” se ubicaron en Raqqa (Siria) y en Mosul (Irak).

En el trasfondo de la cuestión islámica, está presente la agresión recíproca entre los grupos “chiitas” (caso de Irán) y los “sunitas” (extremistas milicianos del denominado “Estado islámico”).

XXVII.13. “Macristocracia” (Fernando Cibeira, Planeta, 2017)

Composición: “CEOS” de grandes empresas y emprendimientos económicos y deportivos; “párvulocracia” con predominio de liviana trayectoria o experiencia profesional y académica. Los primeros descreen de las diferencias que median entre la administración global del Estado y la gestión puntual de las empresas privadas.

En la gestión se observan desprolijidad e improvisación, con poca pericia política y cierto desapego institucional. Pertenencia al “neoliberalismo” y no al pensamiento liberal que iniciara John Stuart Mill con sentido social.

XXVII.14. Parvulocracia

Jóvenes “despreparados” con pretensión de gobierno y de poder.

Se la puede llamar “pendejocracia” (vocablo de Argentina) por cuanto se trata de una “pendejada” (sic) conformada por un grupo de jóvenes y adolescentes proclives a la autoestima superlativa a la par que se jactan de sus errores, tonterías y conductas inmaduras: de allí nace el verbo “pendejar” (necesidad y pérdida de tiempo) (véase DRAE). Son generacionalmente presumidos y enfatuados, con potenciales de gobierno y poder. Su opuesto es la: *meritocracia* que se transmite con elencos con

preparación y trayectoria. “Sistema de gobierno en que los puestos de responsabilidad se adjudican en función de los méritos personales”.

Se ha acuñado este vocablo: “macristocracia”, por alusión al régimen de gobierno que lleva a cabo el presidente argentino Mauricio Macri desde el año 2015. Según el autor, se trata de lo siguiente: “Surgido como consecuencia de la crisis de 2001 y el “que se vayan todos”, el macrismo presume de estar más allá de las ideologías y de la división entre izquierda y derecha. Se presenta como el primer partido del siglo XXI y su objetivo, argumentan sus dirigentes, es ser una fuerza de “gestión”. Según esta lógica, nunca se detienen a pensar si una cosa es de izquierda o de derecha, sino que la hacen y punto. Como si no hubiera diferentes maneras de encarar cada problema o como si el “hacer” fuera una cuestión aséptica, algo que no puede contaminarse con ideas políticas. “No venimos con un libreto ideológico sino a mejorar la vida de la gente”. Asimismo, lo explicó el jefe de Gabinete, Marcos Peña, el principal intérprete del mensaje oficial, durante la campaña para la presidencia. “No se trata de discutir ideologías, se trata de gestión”.

XXVIII. ¿QUIÉNES SON LOS MAYORES USUARIOS Y CONSUMIDORES DEL “DERECHO DE EXCEPCIÓN”?

XXVIII.1. El despotismo no ilustrado

En América Latina se registra una alta densidad de “apóstoles” del cultivo, del culto, del incentivo y del disfrute que conceden a sus súbditos los beneficios de un “despotismo no ilustrado”; expresión esta (de mi cuño) que apostrofa como sinónimos al populismo, que es demagogia, a la corrupción y a la impunidad.

En Europa del siglo XVIII gobernaron monarquías autoritarias, pero “ilustradas”: por caso, Federico de Prusia, que se asesoraba con los hombres de la Ilustración (Voltaire). En cambio, por acá padecemos “despotismos NO ilustrados” (sic), que se jactan del desprecio a los valores y a los símbolos que han sido propios de nuestras etapas de máximo desarrollo. La gravitación de la cultura y de la ilustración en la composición del poder solo puede ser entendida cuando se calibran las magnitudes de los actores en juego.

En cuanto a Latinoamérica, qué mejor fresco pictórico que el que ofrecieron los escritores del “realismo mágico”, cuyas páginas muestran lacerantemente desde las miserias de “Tirano Banderas” del español Ramón Del Valle-Inclán (año 1926) considerada una de las mejores novelas

del género y del siglo, hasta los vernáculos que merecieron los Premios Nobel y otros por el verismo que estampaban sus fulgurantes plumas. En la imposibilidad de mencionarlos a todos, destaco al paraguayo Augusto Roa Bastos con su más conocida obra: “Yo, el Supremo” (1974).

Hoy, brota la pretensión de trazar una raya entre una supuesta prehistoria (intento de borrar) y la “nueva” Historia (el “relato” falaz). La propaganda reemplaza al examen y análisis de los hechos concretos, marcando una “década” o más de caudillos y caciques, en la que el discurso luce con el auge del cinismo, las mentiras y la hipocresía. A propósito de querer separar una presunta y denostada “prehistoria” de la nueva historia que supuestamente comienza con el arribo, merece una seria meditación el señalamiento de Robert Lee Frost, que en su obra “Al norte de Boston” se pronuncia sobriamente en el sentido de que “antes de levantar un muro, quisiera estar seguro de quién queda de cada lado y quién es el perjudicado”. O como ironizara nuestro literato Bernardo Ezequiel Korembliit —verdadero artífice con la pluma para el más agudo humor— “...de estar condenado a la libertad de ganar la otra orilla”, retratando a un dictador caribeño que expresara a su pueblo: “Os hablo de libertad porque está en vuestro programa; pero no os la doy porque no está en el mío” (sic).

Hoy debemos afrontar y enfrentar la cuestión; y la respuesta se cierra con un dilema. Es toda una opción. Hay que elegir entre “neopopulismo plebiscitario” o “republicanismo constitucional”. El autodenominado “neopopulismo” es nada original: es la versión “en rústica” del viejo y encuadrado populismo clásico, pues las notas esenciales son las mismas en ambas versiones: desapego por las Instituciones, relegadas a convalidar con un “amén” las “decisiones” del líder carismático que moviliza al fervor popular digitado y movilizado desde el aparato estatal. El desmantelamiento institucional que propicia el populismo (neo) incluye una desjuridificación que produce el arrasamiento del control judicial de la constitucionalidad de las normas: los jueces solo podrían interpretar, pero no alcanzarían a prescindir de ellas. Nacería así un neoconstitucionalismo, acorde con la premisa fundamental de que el fin “nac and pop” justifica todos los medios, mandando al archivo la supremacía como principio rector (sic).

Desconocen la historia y, por ende, confunden las figuras con las “figuritas” (sic), creyendo que la mera asimilación equipara las circunstancias. El “coro” repite los cánticos y la fiesta continúa, hasta que “la crónica de un final anunciado” los anoticia de que el régimen “populista” se ha consumido y está consumado al ingresar en la nostalgia. Es el destino en el ocaso de los “paparulos” (torpes, ignorantes e ingenuos), cultivadores

de la "paparrucha" (masa blanda como la del barro) que desemboca en la "paparruchada" (desatino, torpeza e ignorancia); y que causan grandes males, de los que no se arrepienten.

No es fácil una definición del populismo, que puede ir desde una en-telequia ("cosa real que lleva en sí el principio de su acción y que tiende por sí misma a su fin propio" o "cosa irreal" - conf. RAE) o hasta un zafarrancho, por sus efectos y resultados (riña, riza, destrozo o una chamusquina institucional dañosa.

Cada tanto intentan reinsertarse con nuevo ropaje, pero las ideas son las mismas. Entonces aparecen como "neopopulistas" (Laclau); pero que nadie se engañe.

"Neo" (palabra que en una de sus acepciones también significa "ultramontano") es un prefijo pretencioso o ambicioso. De novedoso tiene muy poco y, menos aún, escasos recursos prebendarios para ofrecer a la sociedad. Los "neo" agotan las reservas, distribuyen *ad infinitum*, pero desoyen el llamado a crear las condiciones para generar más riqueza (a repartir...).

Pero que sean "neos" o "viejos", mantienen —entre otros hábitos— la propensión serial a manejarse "ejecutivamente", con menosprecio de los otros órganos e instituciones; y acudiendo al derecho de excepción so pretexto de crisis (que ellos mismos crean o agravan), invocando para todo situaciones de emergencia, acudiendo al "estado de necesidad"; y así soslayan el orden de la legalidad constitucional u optan por reemplazar esa superlegalidad por normas de rapidísima sanción y sin debate ni discusión (y a veces sin publicidad hasta el hecho consumado).

A veces somos nosotros mismos los que nos colocamos fuera del mundo, cuando acentuamos la lejanía con los regímenes de "Estado constitucional de derecho" y nos ligamos con notorios sistemas de poder absoluto y discrecional, como son —entre otros— los de Corea del Norte, Venezuela, Cuba, Nicaragua, Libia, Siria, Irán, Sudán; y otros casos con interrogantes pendientes, tales como Egipto.

Estamos convencidos que no podemos ni debemos confundirnos con los que practican en las antípodas del ideario republicano, democrático, constitucional, regido bajo el Estado de Derecho.

Entonces, veamos las condiciones que deben reunirse para contar con una República: Madison en "El Federalista" y Aristóbulo del Valle en sus "Lecciones" precisaron al respecto las siguientes notas insosla-

yables, verdaderos componentes que nutren de sustancia al Estado de Derecho (“Rule of law”):

a) Democracia representativa.

b) Separación de poderes.

c) Igualdad ante la ley.

d) Periodicidad de las funciones electivas.

e) Publicidad de los actos del poder público y acceso a la información (véase el caso CIPPEC, marzo 26/2014, CS) en que la ONG citada obtiene sentencia favorable de la Corte en su pedido.

f) Responsabilidad de los gobernantes. Esta es la clave de la cuestión.

Recuérdese *que el control es la antesala de la responsabilidad*. Para que aquel sea real, es menester la independencia del controlante respecto del controlado, que lo controlable no sea nimio sino sustancial y que los que controlan no sean más de lo mismo que los adictos a las lealtades del oficialismo. El desmantelamiento o la neutralización de los organismos de control es una conocida artimaña de los regímenes populista-autoritarios, que acusan a los opositores de hacer críticas “amoladoras” que fastidian y molestan pertinazmente, cuando en realidad están asumiendo su deber de ejercer la observancia del comportamiento del funcionariado.

En consecuencia: Sepamos distinguir lo siguiente: 1) El republicanismo presupone —ciertamente— la deliberación como premisa de la “decisión”. El debate parlamentario es una de sus piezas, como así también sus recaudos para ello, que son —entre otros— la libertad de expresión y el derecho de reunión, la libertad de opinión y el derecho de crítica, la libertad de consensuar y el derecho de disentir. En el populismo sobresale el dato de la implantación de la irresponsabilidad de los gobernantes, que paulatinamente se potencia con la finalidad última de asegurarse la impunidad. Y, como “el hambre viene comiendo”, la impunidad conduce a la reiteración o recurrencia del delito, que por lo general es una combinación del abuso del poder, con la corrupción que se expande como una pandemia.

Por lo tanto: en pocas y simplistas palabras: el camino se iluminaría con una transición que ensamblara en un *agreement on fundamentals* a una derecha con cercanía al centro y una izquierda con igual proximidad al centro, que concuerden en puntos atinentes a la reversión del es-

tado actual de cosas y hechos. Más adelante, se resolverán las cuestiones adyacentes o periféricas. Lo prioritario es ir al núcleo del embrolladero: ¡improba tarea! Para llevarla a cabo es indispensable dejar de lado por inconducente a todo egoísmo e intransigencia que lleve a la prolongación del *statu quo*. La prioridad para el cambio es tomar conciencia de que hace falta forjar una convergencia de creencias y de valores, como así también la necesidad de superar una contracultura de sensiblería, más prebendismo, más demagogia y más privilegios, para implantar la cultura del trabajo, el ahorro, la inversión y la educación, en un marco de pudor y decencia. Por esa senda se podrá encauzar a la sociedad y al Estado con la idea rectora de que la Nación está por encima de la facción: estas actúan como si las pujas sectoriales no tuvieron vallas (el “sálvese quien pueda”), criterio alimentado por el amoralismo predominante, que es la suma de la indiferencia y el conformismo (el “menefreguismo”) con el relativismo más absoluto (14).

TERCERA PARTE EPÍLOGO Y REMEMBRANZA

Si una de las acepciones del vocablo “epílogo” está dirigida a la “última parte de una obra, en la que se refieren hechos posteriores a los recogidos en ella o reflexiones relacionadas con su tema central” (DRAE); la “remembranza” es el recuerdo y la memoria de algo pasado (ídem); que no, por ello, pierde el valor de tener que pasarlo a la mente en el tiempo presente.

“El mar no perdona” es el título de una película que alude al caso verídico de un naufragio. Ante el siniestro marítimo, un grupo humano que comparte la angustia en un bote salvavidas sobrecargado que está a la deriva, el piloto se ve abocado a la dramática cuestión de fijar entre ellos —y ejecutarlo— un orden de prioridades en la salvación de sus vidas. A medida que los víveres se agotan y que los naufragos no resisten las penurias ni llegan a tiempo los rescates, las decisiones “eliminadoras” se suceden hasta que llega la salvación de los sobrevivientes. Por acusación de algunos, el marino es procesado y condenado, pero en la apelación resulta absuelto. Había actuado con dureza, pero había salvado muchas otras vidas. Coincidió la necesidad con la emergencia.

(14) Véase: VANOSI, Jorge R., “Razones y alcances del descaecimiento constitucional (violencia con anomia más anarquía con autoritarismo)”, *Anales*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2014.

¡Cuántas veces hemos escuchado decir: “a grandes males, corresponden grandes remedios!” ¡En cuántas oportunidades se ha repetido: “cuando cesen las causas (de la crisis), terminarán —entonces— los efectos”! Las situaciones de estado de necesidad, de emergencia y de crisis, son numerosas y recurrentes; inciden tanto en el cuerpo social y en la vida económica y política de los pueblos, que el derecho las considera como hipótesis de trabajo a ser incluidas en las previsiones normativas de excepción que corresponde aplicar cuando el poder político reconoce y declara que se está ante una situación de excepcionalidad. Cuando ello ocurre, la esfera del poder se dilata momentánea y razonablemente, al mismo tiempo que el ámbito de los derechos es pasible de algunas restricciones adicionales: como es sabido, no existen derechos absolutos ni derechos ilimitados; todos los derechos son “relativos” (art. 14 de la CN) y se ejercen conforme a las leyes que los reglamenten. Es por tal razón que las limitaciones a los derechos se producen por dos vías: a) las limitaciones normales y permanentes; b) las limitaciones anormales y transitorias; tomando en cuenta el tope de la “inalterabilidad” de la sustancia de los derechos restringidos y la pauta doctrinaria y jurisprudencial de la “razonabilidad” de la reglamentación restrictiva, que a tenor de la Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponde asegurar mediante una adecuada “proporcionalidad” entre el medio elegido (la restricción) y el fin perseguido (el bien común y el interés general de la comunidad afectada por la crisis). La clásica obra del maestro Juan Francisco Linares titulada “La razonabilidad de las leyes” (brillante análisis del art. 28 CN) es un venero inagotable, o una referencia insoslayable, cada vez que se quiera fundamentar este tema con vista a la solución de la infinidad de controversias de intereses que se suscitan en las frecuentes situaciones de emergencia que el Estado contemporáneo debe resolver.

Como siempre hay “intereses” en juego, es obvio y notorio que los litigios ponen en tensión la antinomia axiológica entre el “bienestar general” a que alude el Preámbulo de la Constitución y la lucha brutal (a menudo salvaje) que se libra por parte de los intereses sectoriales, que muy a menudo operan valiéndose de prácticas canibalescas (sic). Es lógico, entonces, que el Estado no permanezca impasible y ausente frente al choque de “todos contra todos”, por cuanto una contradicción así conduciría fatalmente al suicidio colectivo (utilizando esta expresión tanática en sentido figurado). Sobre esto se ha escrito y discutido mucho, de tal modo que no parece menester abundar en conceptos y pautas de remanida cita o apelación, en cuanta circunstancia aparecen las sombras tenebrosas de una crisis más.

A la Suprema Corte de USA, le insumió entre cinco y seis años la tarea de enunciar un criterio firme acerca de la multiplicidad de secuelas

originadas en la gran crisis desatada a partir del *crash* de 1929 (caída de la Bolsa, recesión, desocupación, parálisis del aparato productivo, imposibilidad de dar cumplimiento a los compromisos contraídos —públicos y privados—, desactivación generalizada, etc.). En medio de la cohabitación de criterios dispares, que eran el reflejo de concepciones diversas, fueron surgiendo pronunciamientos judiciales de variado tenor; hasta que en los años 1934 y 1935 se perfilaron marcos de referencia más precisos para encarar y resolver los agudos conflictos que reclamaban una solución a la Justicia, como reacción o disgusto por las medidas dictadas por el Congreso federal y las Legislaturas estadales.

Los “criterios de razonabilidad” fueron aplicados a situaciones extraordinarias, en los límites de una Constitución (1787) que ni siquiera incluía en sus previsiones, el instituto del Estado de Sitio y se contentaba —como medida extrema— con autorizar ante situaciones muy graves, la suspensión del hábeas corpus. Pero la “conmoción interior” a que se remite nuestro art. 23 de la CN, existía y se hacía sentir. La respuesta judicial fue tan certera como el interrogante sobre las brujas: “no existen, pero que las hay, pues las hay”.

Si bien es cierto que la Corte Suprema se ha autodefinido como “tribunal de garantías constitucionales” y como “intérprete final de la Constitución”, siendo ambas caracterizaciones muy positivas; no es menos cierto que la acción reguladora orientada a evitar luchas y desgastes inútiles en la preservación de los intereses sociales cuando resulta ineludible preferir a unos en detrimento de la satisfacción de otros. En tales situaciones extremas también es verdad que los órganos políticos tienen algo gravitante que decir en la ponderación de las circunstancias concretas que condicionan el momento histórico en que se produce el citado conflicto. Tal como advertía Pound (el famoso decano emérito de Harvard), a los intereses sociales corresponde ubicarlos en el conjunto de reglas pertenecientes al “orden”, siendo que el fin de ese orden se recibe del conjunto de valoraciones que la sociedad en concreto sustenta explícita o implícitamente; correspondiéndole a ella jerarquizar o desjerarquizar qué intereses acceden a la categoría de “políticas jurídicas” y cuáles permanecen en el ámbito de las “políticas públicas”; es decir, que existe y hay que resolver una permanente, pero cambiante controversia entre los intereses alineados con la seguridad general (el bien común) y los intereses individualistas (véase: POUND, Roscoe, *Examen de los intereses sociales*, con introducción de Ambrosio Gioja, Perrot, Buenos Aires, 1959, trad. de Alberto Ciria).

No considero correcto que los jueces sustituyan al poder político en las decisiones que son eminentemente de orientación o de encuadra-

miento político. Por ejemplo: la política económica y social de un país. Eso lo tienen que decidir los que son los representantes del pueblo. Lo típico de las medidas restrictivas que se toman en un momento de crisis, es que no anulan los derechos, sino que se limitan más que en tiempos normales, con carácter transitorio, hasta que se supere la crisis.

Los jueces deben ser cuidadosos y sutiles en la percepción y encuadramiento de situaciones que son disímiles en la intensidad o en la extensión de las notas constitutivas del estado de emergencia. Así, en los momentos vividos a partir del año 2001, el caso argentino se puede comparar, para establecer las diferencias y semejanzas con otras situaciones de crisis o emergencia que se vivieron en el siglo pasado, como, por ejemplo, la gran crisis en materia habitacional que hubo durante la primera Guerra Mundial. El Congreso argentino, como muchos parlamentos del mundo, dictó leyes de emergencia. Otro ejemplo está en la crisis del 30, cuando el Congreso dictó moratorias y directamente se suspendió el pago de créditos privados. Y la Corte admitió la constitucionalidad de esas medidas. En síntesis, se puedan, por cierto tiempo, suspender —razonablemente— el goce efectivo de ciertos derechos y no los derechos en sí mismos.

Queda claro que la Corte, en otras oportunidades, ha admitido la emergencia y ha tomado medidas extraordinarias, excepcionales y transitorias, destinadas a afrontar y enfrentar esa emergencia para superarla, no en abstracto sino en concreto. Salir de la emergencia, volver a la normalidad y reintegrar el conjunto de derechos que puedan haber resultado afectados. Y eran Cortes muy conservadoras, muy ligadas a la concepción del "*Laissez faire, laissez passer*" del liberalismo económico; y, sin embargo, aceptaron medidas dirigistas, medidas intervencionistas, regulatorias; porque comprendieron que había necesidad de superar una crisis, no con un analgésico sino con cirugía mayor.

Veamos los fallos judiciales y comencemos por los casos norteamericanos. Pero al hacerlo, permítaseme invocar nuevamente al Decano Emérito Roscoe Pound, que en luminoso aporte nos advierte "que los esquemas de presupuestos necesarios de la ley o de las instituciones legales, son en el fondo esquemas de elementos observados en sistemas jurídicos actuales, sistemáticamente organizados, reducidos a sus mínimos términos, y referidos, en realidad, a un orden. Pongo en duda la habilidad del jurista para extraer deductivamente los presupuestos jurídicos necesarios de la sociedad en abstracto" (cfr., ob. cit., ps. 34 y 35).

Y agrega Pound y que es de plena aplicación al tema en tratamiento: "Existen signos de un sentimiento creciente en el sentido de que la com-

pleta exclusión de todos menos aquél a quien la ley declara dueño de los objetos que son medios naturales de la existencia humana o medios de la actividad humana, debe medirse y justificarse por una ponderación razonada de los intereses de ambas partes y un intento razonado de armonizarlos o de salvar tanto como fuere posible con algún sacrificio por parte del excluido, lo mismo que por parte del dueño" (ob. cit., p. 58).

En cuanto a la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, no es admisible desconocer la importancia del *leading case* "Avico c. De La Pesa" (Fallos 172:29, del 7/12/1934), dictado en oportunidad de haberse cuestionado la constitucionalidad de la prórroga del plazo de las obligaciones hipotecarias y la limitación de los intereses correspondientes, dispuestas estas restricciones por la ley 11.741 (1933) para afrontar las secuelas de la grave crisis económica y social desatada a partir de los años 1929 y 1930 en gran parte del mundo, incluido nuestro país. La sentencia rechazó el planteo de violación de los arts. 14 y 17 de la CN. Este pronunciamiento, rico en doctrina y sólido en sus fundamentos, es de cita obligatoria en todos los planteos que se puedan esgrimir frente a medidas adoptadas en circunstancias de crisis, emergencias y estado de necesidad.

Citando a la Suprema Corte de EE.UU.: "Mientras la emergencia no crea el poder, ella puede dar ocasión para el ejercicio del poder".

Más adelante, la Corte cita otra vez a su congénere de USA con acierto:

"El presidente de la Corte, Marshall, señaló la distinción entre obligación y remedio (para hacer cumplir) y 'es de la competencia de los Estados cambiar la forma de los *remedios*, o modificar éstos de otra manera, como lo crean apropiado, con tal que no sea alterado ningún derecho *sustancial* asegurado por el contrato. Ninguna tentativa se ha hecho para fijar definitivamente el linde entre las alteraciones del remedio que deben ser consideradas legítimas, y aquellas que, so color de modificar el remedio, alteran derechos sustanciales. *Cada caso* debe ser decidido según su propia circunstancia'.

"Y si el poder del Estado existe para dar alivio temporario contra la ejecución de los contratos en presencia de desastres debidos a causas físicas, como fuego, inundación o terremoto, no puede decirse que ese poder sea inexistente cuando necesidades públicas urgentes que requieran el mismo alivio, son producidas por causas económicas".

Y a continuación añade la Corte:

"Para prevenirse contra tal concepto estrecho, fue que el presidente de la Corte Mr. Marshall expresó la memorable lección: 'No debemos olvidar jamás que es una Constitución lo que estamos interpretando (Mc

Culloch v. Maryland, 4 Wheat. 316, 407), una Constitución destinada a resistir épocas futuras, y consiguientemente a ser adaptable a las variadas crisis de los asuntos humanos. Cuando consideramos las palabras de la Constitución, dijo la Corte, en Missouri v. Holland, 252 U.S. 416, 433, debemos darnos cuenta (o hacernos cargo: *realize*) que ellas dieron vida a un ser cuyo desarrollo no pudo ser previsto completamente por sus creadores mejor dotados... El caso que examinamos debe ser considerado a la luz de nuestra experiencia total y no solamente en lo que se dijo un siglo ha’.

”Como sucede con frecuencia en el ámbito del Derecho, al juez —como al legislador— se le presentan conflictos de intereses que no pueden ser resueltos con prescindencia de la ponderación de los valores que aparecen colisionados entre las partes. Ante casos resultantes de crisis extremas que han dado paso a la sanción de medidas extraordinarias con base en una declaración de emergencia o frente a una hipótesis de estado de necesidad, la litigiosidad resultante de tal estado de cosas requiere un tratamiento muy cuidadoso. No se trata de resolver anormalidades con ortodoxias; no se puede destrabar el entuerto general con el alarde de sofisticación técnico-jurídica en la sustanciación y resolución de un pleito sumarísimo de ‘A’ contra ‘B’. ¿Y qué pasa con ‘C’, ‘D’,... ‘X’, ‘Y’ y ‘Z’? La fila interminable de requisitorias conduce —en los casos de grave depresión— a la imposibilidad de atender todos los reclamos con el mismo grado de satisfacción reparatoria. ¿Quiénes ‘subsidian’ a quiénes? ¿Unos pocos reciben lo suyo y la inmensa mayoría de los damnificados no percibe nada o casi nada? Las crisis deben ser soportadas por todos, equitativamente: hay un principio de solidaridad social, que integra el entramado de ese complejo tejido, a tenor del cual no puede tolerarse el eventual enriquecimiento sin causa de una minoría, en patético contraste con la pauperización generalizada de los demás. Si los jueces pueden (queriéndolo o no) causar tamaño desequilibrio en la necesaria armonía que conduce al tan preciado valor del bien común; y si también están potencialmente munidos de la capacidad suficiente para provocar la caída del sistema financiero-bancario de un país sumido en el caos económico; pues entonces sólo nos resta exclamar: ¡Que Dios nos ampare!, ya que para ‘desamparo’ habrá bastante si borramos la separación de poderes y entregamos la suma del poder político a un ‘gobierno de los jueces’ al margen de la Constitución. *Entonces sí que ‘el mar no perdona’...*”.

CUARTA PARTE

LA VISIÓN CLÁSICA EN NUESTRO

VIEJO DERECHO PÚBLICO

La conceptualización del derecho de excepción tiene precedentes en la doctrina argentina por parte de tratadistas que abordaron el tema del “estado de necesidad”, con alcances ambivalentes para el derecho pú-

blico y el privado, y, más aún, a partir del derecho administrativo: es el caso de nuestro Rafael Bielsa, que parte de un punto de vista negativista pero arriba a una dimensión omnicomprendiva. En principio afirma que "parece impropio hablar de estado de necesidad, como situación excepcional, y menos aún como actitud antijurídica, frente a otra más antijurídica"; aunque en la misma exposición del tema reinterpreta el concepto de tal modo que pasa a sostener que la idea es más vasta, toda vez "que el legislador ha contemplado no sólo un concepto de necesidad, sino también diversas hipótesis de estado de necesidad".

Aunque más adelante, el autor conecta la noción de "desigualdad" con la de "necesidad", pero desglosa sus dimensiones entre los casos regidos por el derecho público y los concernientes al derecho privado, con la apelación a de "derecho": "El derecho de desigualdad. Pero en el derecho público que es un derecho de desigualdad (lo cual no implica arbitrariedad), el principio esencial es su prevalencia sobre el derecho privado, lo que, huelga decirlo, no significa aniquilamiento ni mutilación de este derecho, sino y tan sólo una conversión de naturaleza jurídica cuando ambos se encuentran en presencia (digamos en conflicto, hipotéticamente)".

Pero la disquisición continúa y se extiende del "derecho de necesidad" al plano de un supuesto anexo: "un derecho de conservación que se lo refiere tanto al orden institucional jurídico político, que mira a la existencia del Estado en cuanto sujeto de derecho, como al orden material y moral de la colectividad referida a ese Estado o ente público. Ese derecho de conservación o de existencia que también explica el estado de necesidad en las personas físicas, autoriza el ejercicio de un poder, de una actividad, que es política y administrativa, según su fin y objeto. Pero en general los actos y hechos realizados, con esos fines, en defensa de la conservación del Estado o de la colectividad".

Asimismo, el Académico Bielsa referencia el susodicho "estado de necesidad" de las situaciones extraordinarias como "fuente de derecho": "El derecho objetivo es construido y estable. Aunque se cambien los factores o circunstancias en cuya virtud él sancionó, sigue aplicándose hasta tanto se modifiquen sus disposiciones, a menos que éstas hayan previsto otra solución".

"En cambio, el estado de necesidad, que surge súbitamente, de manera imprevista y con fuerza o gravedad irresistible (no jurídica, sino naturalmente), si no encuentra en el derecho objetivo la posibilidad de modificar la situación jurídica, él se impone entonces como fuente de derecho. Esto es frecuente en los períodos revolucionarios y post-revolucionarios, en los cuales deben tomarse las cosas como están: *rebus sic stantibus*".

“Por lo demás, aparecen otras categorías jurídicas, bajo el rótulo de ‘normas integradoras’, que serían las complementarias de la legislación vigente, con semejante implicancia en los casos de ‘necesidad’ (o el ‘estado de necesidad’): ‘en un sistema normativo, en razón de la necesidad se puede imponer la modificación súbita de las normas positivas, y esa modificación no sólo consiste en crear, sustituir y suprimir disposiciones, sino también en alterar los principios generales del derecho, sea para restringir derechos individuales o colectivos reconocidos y protegidos hasta ese momento, sea para ampliar libertades individuales o colectivas. El único límite de esas modificaciones es la Constitución. Cuando esas nuevas normas las sanciona el legislador, fundado en el principio *salus reipublicae suprema lex est*, ninguna cuestión se presenta, como no sea la de la validez de la ley frente a la Constitución. Pero si la necesidad o el estado de necesidad como fundamento de legislar o reglar no ha sido previsto o considerado en el sistema positivo, ¿puede el Poder ejecutivo, por ejemplo, sustituir al Poder legislativo en la función normativa?”.

“El Poder ejecutivo tiene potestad reglamentaria, y esa potestad se ejercita no estrictamente como colegislativa en cuya virtud pueda ese poder —llamado también colegislador— compartir el ejercicio de la función de legislar, o sea, dictar normas de categoría de leyes, sino como atribución de dictar normas integradoras, v.gr., reglamentos de ejecución y reglamentos autónomos” (15).

Claudicaciones siempre hubo: por ejemplo, la de la Corte de Casación de Italia, en 1890, justificó la falta de competencia para dictar ciertas medidas, afirmando: “...Es una invencible necesidad de hecho la cual se hace suprema razón de Derecho...” (16).

(15) El estudio del profesor Rafael Bielsa fue elaborado en el año 1940. Luego de una conferencia al respecto, pronunciada en el Colegio de Abogados de Rosario, fue publicado por el Instituto de Derecho Administrativo de esa prestigiosa entidad forense (pero no figura en el *Tratado de Derecho Administrativo*, reeditado en 2016, con actualización del prof. Roberto Luqui).

(16) Es difícil encontrar en el ordenamiento jurídico del Estado esas normas de autoridad y de ejecución directa. Y existiendo esas normas, y estando previstas las situaciones, al menos de una manera general (cualquiera sea la acción del Estado dirigida a evitar daños mayores) no puede considerárselo en la situación que se presenta ante el particular por lo imprevisto del riesgo y el carácter grave e inminente del mismo. El particular, para salvar su vida o proteger su integridad física, o salvar sus bienes realiza un hecho necesitado, hecho que, por lo demás, sería antijurídico (y es en realidad antijurídico, solo que al autor se lo exime de responsabilidad o se le atenúa esa responsabilidad). Por el contrario, el Estado —en ejercicio de su poder propio— puede remover todo hecho que genere riesgo grave e inminente contra el interés público que el protege; y siendo así que precisamente es ese uno de sus fines esenciales, y que le

No olvida el Académico Bielsa tomar en cuenta distinciones que de una manera u otra guardan relación con el tema del estado de necesidad y así afirma que "dos conceptos, si no opuestos, al menos indiferentes entre sí; la equidad y el derecho de necesidad. Pero tienen de común la equidad y el estado (o derecho) de necesidad el que ambos implican una contradicción con el derecho constituido en general". Y agrega, a mayor claridad: "Para Aristóteles (v. Ética nicomaquea) el dominio de la equidad debe extenderse a todo el derecho, para que éste cuando sea rígido o injusto, se vuelva equilibrado y justo".

"Kant diferencia la equidad del estado de necesidad, pues mientras la primera atempera el derecho estricto, rígido, y por eso a veces injusto, el estado de necesidad crea una colisión de derechos. Dice Kant, el lema (*dictum*) de la equidad es: 'el derecho muy estricto es una injusticia muy grande' (*Summum ius summa iniuria*). Pero este mal no puede corregirse por medio del derecho, por más que se refiere a una cuestión de derecho, porque la reclamación que se funda en la equidad no tiene fuerza más que en el tribunal de la conciencia (*forum coeli*), al paso que la cuestión de derecho se discute en el tribunal civil (*forum solis civile*)".

Como regla o criterio rector, es aceptable la afirmación del maestro Rafael Bielsa, que en nuestra opinión es válida tanto para el derecho público como el privado: "que el riesgo o peligro que se quiere evitar con el hecho necesitado no sea imputable al propio autor del hecho".

"Más aún, estimo que la comprobación de los hechos que generaron un 'estado de necesidad' puede desprenderse que la situación crítica o de emergencia sea el resultado de un obrar doloso o de una indolencia o imprudencia inexcusables de la que no corresponde que el Estado se ampare en inmunidad alguna".

Y dice Bielsa al respecto, algo importante:

"El estado de necesidad al surgir, crea la colisión de derechos, y entonces uno de los sujetos (aquel cuyo derecho es preponderante) realiza el hecho necesitado. Apenas si debe decirse que ese sujeto tiene un derecho prevalente o preponderante cuando es la Administración pública, pues ella debe asegurar la conservación del orden público y del interés público. Y cuando para asegurar esa conservación debe lesionar otros derechos ¿puede hacerlo?

"Claro está que esa lesión en un orden constitucional que protege el derecho lesionado por el acto necesitado, no deja a la Administración pública indemne o exenta de responsabilidad u obligación de indem-

obliga a una actividad normal más o menos constante que se exterioriza por el poder de policía y que se cumple con la disposición de la fuerza.

nizar; pero, con todo, esta es la excepción. Esa obligación existe, por ejemplo, cuando se trata de la propiedad privada.

”Pero es que cuando se examina una institución es preciso plantear el examen y solución del problema en sus términos propios y necesarios, pues sólo así se logra una construcción dogmática; y en todo caso se debe ‘atemperar’ la solución mirando a la realidad. A los inconvenientes de hecho que se oponen, también debe procurárseles el remedio”.

Las conclusiones de Bielsa con relación a esta proliferación terminológica culminan con una separación de conceptos, a saber:

a) “‘Necesidad’ y ‘estado de necesidad’ son conceptos diferentes para nuestro tema, porque si bien ambos tienen de común la idea de un proceso de producción jurídica —*necessitas ius constituit*— son, sin embargo, distintos frente al ordenamiento jurídico positivo.

”La necesidad es fuente de derecho, pero no por eso reconocida como tal en el orden jurídico institucional. Ella está por sobre las fuentes de derecho que el legislador (en sentido lato, también el constituyente) considera para establecer, en general, un orden de prioridad de normas. En este sentido es exacta la observación de Romano, según el cual la necesidad es fuente primaria y originaria de derecho.

”b) El ‘estado de necesidad’ plantea un rol distinto en cuanto a los procesos de producción jurídica, pues en la doctrina jurídica —como dice Perassi— el estado de necesidad se considera como una situación de hecho que se valora con referencia a un determinado sujeto jurídico. Por eso solamente es posible considerar estado de necesidad en la teoría de los hechos y actos jurídicos referidos siempre a un sujeto autor del hecho o acto necesitado.

”c) Tanto en la doctrina jurídica general como en el derecho positivo, para definir el estado de necesidad en cuanto obliga a realizar hechos irregulares en sí, pero justificables si con ello se evitan las consecuencias inmediatas del peligro grave e inminente, se debe tener presente la proporción entre el hecho necesitado y el peligro. Es decir, que si un peligro puede evitarse con determinado detrimento, no debe producirse uno mayor”.

d) Bielsa se pregunta: “¿es necesario investigar si el estado de necesidad es fuente de derecho, y si ella, por sí sola, puede motivar la creación de normas opuestas a las existentes en el sistema general?”

”e) Pero en el derecho privado —y público, como luego veremos— el estado de necesidad es fuente de derecho, en el sentido de que ‘justifica’ o ‘autoriza’ al sujeto necesitado, para actuar de modo tal que pueda lesionar un derecho de otro, a fin de evitar la lesión de un derecho más

extenso, derecho éste que la ley debe reconocer, si no proteger, frente al derecho que se lesiona”.

En otro acápite, Bielsa coloca en posición de compatibilidades “el estado de necesidad y el principio de separación de los poderes, pero no con la misma rigidez en unos respecto de los otros. Así, por ejemplo, el decreto-ley no está instituido en la Constitución, pero tampoco lo prohíbe expresamente. Si el Poder ejecutivo dicta decisiones de esa naturaleza, no por eso afecta radicalmente el principio, pues para su validez definitiva, esas decisiones tienen que ser aprobadas por el Congreso (v.gr., el decreto-ley). Tal decreto, claro está, tiene fuerza ejecutoria desde que se dicta. Por el contrario; la Constitución prohíbe, en términos expresos, al Poder ejecutivo ejercer funciones judiciales (art. 95). Aquí la separación es completa, y ni el Congreso puede atribuir al Poder ejecutivo esa función, ni ratificarle su ejercicio, ya que el mismo tampoco tiene función judicial”.

Y no se olvida de la “delegación”; tema este tan polémico en esos tiempos (y ahora también) y dice:

“Cuando el Congreso, es decir, cuando la ley delega en el Poder ejecutivo atribuciones que constituyen materia de ella; por ejemplo, por razones de emergencia, como lo ha hecho por la ley 12.591 sobre prohibición de aumentar los precios de artículos de primera necesidad, etc., y de disminuir salarios por ese motivo, reprimiéndose así la especulación ilícita que se inició con motivo de la reciente declaración de guerra en Europa”.

“Es decir que una imposibilidad práctica de asegurar el derecho de conservación con los medios normales, justifica el hecho necesitado si se produce un incendio que tienen a propagarse en toda la ciudad o una parte de ella. Pero el art. 75 inciso 2, autoriza también al Congreso para ‘imponer contribuciones directas, por tiempo determinado y proporcionalmente iguales en todo el territorio de la Nación, siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan’. Estas condiciones forman substancialmente una categoría excepcional que en sentido lato puede llamarse estado de necesidad. En presencia de los derechos de las provincias y de la Nación, cuyas respectivas fuentes de recursos financieros y respectivos poderes impositivos están deslindados, la Constitución atribuye a la Nación un poder impositivo mayor, pero condicionado a la causa (defensa, seguridad común y bien general del Estado) y al tiempo (que es determinado), lo que no”.

En síntesis, según Bielsa: “en el principio de separación de los poderes, por simple razón de dogmática jurídica, esa delegación sería inconstitucional o nula, aunque la Constitución lo estableciera. Pero cuando la

delegación no tiene esos caracteres, esto es, cuando no se concede facultad extraordinaria, ni suma de poder público, ella es válida, y así lo ha declarado sabiamente la Corte Suprema”.

Opina también sobre los actos a realizar por “los funcionarios públicos en estado de necesidad. El Estado de necesidad puede justificar en el funcionario público el ejercicio de atribuciones más extensas que las de su esfera de competencia, y también un ejercicio formal distinto del señalado en la ley, si con ello evita un daño mayor. Dentro de este concepto se comprenden los hechos y actos impuestos por una necesidad súbita, y que, por su urgencia, impiden el cumplimiento de formas legales”.

Bielsa señala los siguientes casos:

a) “Supongamos una sublevación de presos en una cárcel. El régimen disciplinario, en general, solo dispone que los sublevados deben ser reducidos por la fuerza que custodia a los presos (guardias de cárceles, etc.). Pero si éstos resultan insuficientes y el jefe de la cárcel considera necesario solicitar la ayuda de presos de buena conducta y, en consecuencia, los arma y autoriza a proceder como guardianes, para cooperar en el restablecimiento del orden, es evidente que ha lesionado normas disciplinarias y hasta penales, pero si lo ha hecho ante la inminencia de un daño mayor, como la fuga de los presos o peligrosas vías de hechos de éstos, la responsabilidad debe cesar”.

b) “Otro caso. Un rector del colegio, ante un peligro que súbitamente amenaza un daño grave, como la caída de parte del edificio, o el contagio de los que concurren al colegio, aunque no tenga atribución de cerrar el establecimiento, en trance de esperar la autorización (como se lo impone el deber jerárquico) y dejar que el daño se produzca, puede disponer ese cierre”.

No podía faltar el “excepcional” caso de los “golpes de Estado”, causantes de una interrupción de la continuidad constitucional, que importa una rotura y una “ruptura” (sic) del Estado de Derecho preexistente. Saltan —de repente— muchos interrogantes sobre la legalidad de los actos estatales durante el régimen de facto. Dice Bielsa:

“Se produce realmente un estado de necesidad. La revolución que triunfa es, históricamente, manifestación si no siempre de un estado de necesidad, de la necesidad al menos. Todo esto se vincula a otra cuestión importante, verdadero problema jurídico, y es la vigencia de la revolución. ¿Qué es la revolución? ¿Es un hecho contrario a la necesidad pública, o bien justificado por una necesidad pública? Ihering (El fin en el derecho, cap. VIII, &9) diferencia la anarquía, de la revo-

lución. Mientras la anarquía es la impotencia del poder público, un estado antisocial, la descomposición, la disolución de la sociedad, y, por eso mismo, un trastorno del orden público, la revolución, aunque también es un trastorno del orden público, se diferencia esencialmente de la anarquía, en que atenta no contra el orden general, sino contra el orden cosas existente. Si prospera es una revolución; si fracasa es una revuelta, una insurrección. Si triunfa es la condenación del poder público (bien entendido el antes existente); si fracasa es la condenación del movimiento mismo y el hecho configura un delito”.

“En el fondo, pues, la revolución triunfante apoyada en la mayoría, es una forma de consecución del interés público; es un hecho impuesto por la necesidad, es decir, que un orden jurídico existente es modificado por otro que imponen los vencedores, y priva entonces el principio *necessitas ius constituit*.

”La revolución es un hecho jurídico en cuanto de ella resulta un nuevo ordenamiento jurídico total o parcial”.

Parecería que Bielsa equipara las normas de facto con los supuestos de “delegación”. Pero no convence, pues ¿quién es el “delegante” en estos casos anómalos? Sin embargo, afirma: “en el régimen de ejecución de una ley que ha establecido todas las normas, desde luego, es evidente que en tales casos el acto del Poder ejecutivo no puede considerarse decreto-ley, sino una simple disposición de ejecución de la ley, si bien el Poder legislativo delega entonces en el Poder ejecutivo la apreciación del hecho o estado de necesidad; eso es apreciar o valorar el hecho en el contenido de la delegación. En tal caso esa situación de necesidad la valora o juzga el Poder ejecutivo”.

En un régimen constitucional *de jure* los “decretos leyes” no pueden ser considerados como una “fuente” de Derecho. Tan solo los DNU, que se sancionen respetando los límites que traza la propia Constitución Nacional de 1994.

Bajo los gobiernos *de facto* se acudió a los “decretos-leyes” con una argumentación pragmática y utilitaria: “La necesidad jurídica es la de sustituir al legislador en momentos en que éste no está en funciones” sostiene Bielsa. ¡Sin comentarios!

Pese a todo, por la revolución de 1930, y las que le sucedieron, Bielsa defendió los principios, a saber:

“La ley de emergencia y el decreto-ley se fundan en un estado de necesidad, pero en el decreto-ley la necesidad es doble: la de orden institucional (jurídica), y la de orden legislativo especial (que puede ser política, financiera, económica, etc.). Y esto importa especialmente en lo

que atañe al principio de separación de los poderes, principio que, por lo demás, se define y se vigoriza en la conciencia jurídica del pueblo por su acción en la 'seguridad jurídica' y en la 'justicia', pues no debe olvidarse esa explicación psicológica (o psicológico social). En efecto, en la evolución del principio de separación de los poderes se admite que toda modificación cuantitativa y cualitativa que acrece o disminuye la órbita de atribuciones de un poder, depende de la actitud jurídica y moral de ese poder frente a la Constitución, que es el instrumento de gobierno que el pueblo se ha dado. Su explicación es clara; el pueblo vive bajo un sistema de normas de dos órdenes: 1º las que establecen la formación y competencia de los poderes; 2º las que protegen los derechos y garantías de los habitantes ciudadanos, administrados y contribuyentes".

QUINTA PARTE UN PAR DE EXPLICACIONES FINALES

A) En primer lugar, puede ser que haya llamado la atención mi reticencia a referirme a la "necesidad" como un estado de excepción más en la cuantiosa lista de medidas relacionadas con las crisis y las decisiones de emergencias. Muchos autores adoptan la expresión "estado de necesidad" como algo equivalente a las situaciones que alteran la "normalidad" de la "normatividad" (sic), ya sea al nivel constitucional (supralegalidad) o en el plano subconstitucional de la legalidad o de las reglamentaciones.

Sin negar la existencia real de casos de necesidad que requieran un plexo jurídico especial adaptado al momento y a la materia en juego, yo estimo que se dan dos situaciones de distinta índole:

a) Los casos en que la propia constitución se anticipa a prever hipótesis que deben ser cubiertas con medidas especiales; como, por ejemplo:

— Cuando el art. 4º establece, entre los fondos del Tesoro Nacional para cubrir los gastos de la Nación, a los "empréstitos y operaciones de crédito que decreta el mismo Congreso para urgencias de la Nación, o para empresas de utilidad nacional".

— Cuando el art. 75, inc. 2º, también referente a recursos y a potestades impositivas, contempla "imponer contribuciones directas, por tiempo determinado... siempre que la defensa, seguridad común y bien general del Estado lo exijan...".

El lenguaje normativo empleado en estos casos es obvio que está dirigido al acudimiento que requieren casos de "necesidad" a fin de ordenar o regularizar al Estado ante la insuficiencia de los demás recursos fiscales.

Aquí el gran protagonista y demandante es el actor “Estado”, acuciado por el déficit presupuestario a raíz de una recaudación insatisfactoria o por excesos “desviacionistas” en el empleo de gastos mal calculados. No puede olvidarse un caso acaecido a raíz de una guerra declarada a países ya vencidos o próximos a capitular (Japón y Alemania) que en 1945 justificaron por el gobierno de facto una confiscación de bienes (caso de los laboratorios Merck) con la invocación —no probada— de una “apremiante necesidad”, avalada por la Corte Suprema (Fallos 211:162, con una nueva composición del Tribunal).

b) Distinto es el supuesto de “necesidad” que sobreviene ante fenómenos ineluctables causantes de calamidades imprevistas y que provocan una sensible conmoción en el pueblo. Son casos de siniestros, pestes epidémicas o endémicas que trascienden, terremotos, maremotos (tsunamis), inundaciones graves y sus efectos catastróficos; u otras calamidades que afectan a la población en general, como la contaminación de las aguas (y las bebidas), la polución del ambiente con efectos nocivos para la salud o la vida; una crisis humanitaria por carencia de medicamentos, etc.

Aquí estamos en presencia y ante fatalidades que sacuden a la población, que requiere la solución por clamor del pueblo: esta frente a un “estado de necesidad”, que debe ser afrontado más allá de las mezquindades de los gobernantes o de la miserabilidad de los poderosos. Son necesidades imperiosas, que requieren la prontitud de la solución.

El ordenamiento constitucional y legal —en todos los niveles— no pueden desentenderse de situaciones tan dramáticas ni la sociedad puede quedar liberada a la improvisación del espontaneísmo en la cobertura de la desgracia, por más significativo que sea el socorro de los benefactores. Se tiene que contar con la planificación, ejecución y el control del poder público, por tratarse de un Estado de Necesidad que obliga al implante de medidas que pueden considerarse capítulo del “derecho emergencial” en la más apropiada acepción del término.

Me permito invocar —en este tema de la “necesidad”— la autorizada opinión de Néstor Pedro Sagüés, cuando ubica la fundamentación del tema en un derecho “a la autoconservación” de la sociedad y del Estado, en casos críticos y como una emanación de los derechos “no enumerados” que contempla el art. 33 de la CN (17).

(17) Véase el trabajo de SAGÜÉS en *Anales*, nro. 28 (1990) de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires: “En resumen, la discusión sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del derecho de necesidad como evasión o

B) En segundo lugar, la explicación de mi interés por dedicar atención detallada a la conocida postura de Carl Schmitt (1888-1985) en torno a las “excepciones”. Su tesis es acorde y coherente con toda la doctrina que acompaña al “decisionismo”, con todas las implicancias que ella supone. Su menosprecio al liberalismo en la concepción del Estado; a la relativización de la separación de los poderes, al descarte de la “justiciabilidad” plena de los conflictos; al “ninguneo” del Estado de Derecho como elemento sustancial de la Democracia Constitucional contemporánea a su tiempo; a la inaceptación de una forma y fórmula como la predicada por Herman Heller de avanzar a un “Estado Democrático y Social de Derecho” como conquista de acercamiento entre la libertad y la igualdad; con todos esos repudios “schmittianos” y mucho más aún, es fácil deducir su proximidad con las acciones y reacciones del “absolutismo”; o, lisa y llanamente, la entronización ante cualquier crisis, de la tan invocada “Razón de Estado” en la literatura ya lejana de la era preconstitucional.

Es, por ello, que con motivo de exponer los conceptos de poder constituyente, dediqué un capítulo al propio tema, (18) extendiéndome a las formulaciones del autor alemán a los casos de “destrucción”, “supresión”, “reforma”, “quebrantamiento” y “suspensión”, como conceptos derivados del de “Constitución”; que al decir de nuestro Juan Francisco Linares (mi predecesor en el sitial de la Academia) pareciera “que todo encuentra su sentido en la `existencia política` y nada más que en ella” (cfr. p. 52, ob. cit.). No voy a extenderme más en ello; y sin negar el gran talento jurídico de Schmitt y su fecunda producción hasta casi el fin de su vida, no pueden olvidarse sus compromisos políticos —con motivos “institucionales”— que lo connotaron con el régimen totalitario del nazismo, acaso como repulsa por su demoleedor ataque a la Constitución de Weimar en la primera república alemana (1919 a 1933); y su acogimiento y simpatía con el franquismo español en años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Se dedicó también, en su última etapa, a escribir y meditar so-

dispensa de la Constitución, a menudo olvida que el principio de conservación del Estado y de la sociedad es un postulado constitucional obvio, sobreentendido y tácito del ordenamiento jurídico. Puede ser perfectamente entendido, entonces, como principio de derecho constitucional positivo implícito, y desde luego, como principio también de derecho natural constitucional”. Y advierte con razón dicho autor: “Así, la legitimidad constitucional de la necesidad como dispensa de la Constitución demanda una legitimidad de fines en el derecho de emergencia. Si las normas de éste no se fundan en una auténtica situación de necesidad o si tratan temas ajenos a dicha emergencia, o si no están inspiradas en una genuina solución de la necesidad, en términos de bien común, desaparecerían las bases constitucionales de su justificación”.

(18) Véase: VANOSI, Jorge R., *Teoría constitucional*, 3ª ed., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, t. I, ps. 33 a 53; como así también en otras publicaciones.

bre temas muy variados (los “partisanos”, la geopolítica, la teología constitucional, etc., etc.); tratando de evadirse de su racismo (reconocido en su *Glosarium*) y al servicio de Goering, cuando siendo este el interventor en Prusia y desempeñándose Schmitt como Fiscal de Estado produjo un dictamen en el que afirmó “que la distinción y separación entre la Sociedad y Estado es una abstracción, producto del pensamiento judío...” (sic) (cfr. HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología de la ciencia del derecho*, Madrid, 1971, p. 342). Pese a ello fue separado del partido por su catolicismo (en versión autoritaria).

Cabe señalar que la “idealización” del Estado como desiderátum de la pureza y grandeza ya provenía de Hegel; y que el homo *homnius lupus* era axiomático para Hobbes; o sea, todo lo contrario al contractualismo liberal de Locke y al espíritu de los “Padres Fundadores” y de los autores de la Constitución de Filadelfia (1787-1791). De modo tal que huelgan las apreciaciones al respecto, por cuanto el “decisionismo” suele ser la antesala del totalitarismo. Y para suavizar esas ideas, se “traslada” a la ideología jurídica del “orden concreto”.

Sin pretender un mayor abundamiento sobre la cuestión “schmittiana”, me basta con traer a colación unos pocos postulados justificadores de la amplitud y de la fuerza de potestades que involucra la “excepción”:

- Soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción.
- El Derecho no prevé esos casos, por lo que estos se sitúan “más allá del derecho positivo”.
- La “norma” y la “decisión” integran —ambas— el orden jurídico.
- La decisión la adopta un órgano estatal frente a la mismísima realidad política.
- No se la puede delimitar rigurosamente.
- “La autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho” (sic).
- “No tener poderes plenos, sino ser el poder”.
- Amigo-enemigo: el enemigo solo existe si se lo designa como tal y constituye la base de la prudencia política el saber distinguirlo correcta y oportunamente (sic); o sea, definir al enemigo histórico y hasta necesario: es la distinción propiamente política.
- Es la voluntad y no la razón la que hace la ley (tomado de Hobbes).

— “Mantener la autoridad de este Estado totalitario”.

— Discurso en el Congreso de juristas (1936): “La judería en la ciencia jurídica”; exigiendo la “purificación” del derecho (sic).

— Respaldo de Carl Schmitt a la “Ley para remediar la miseria del pueblo y del Reich” (1933) con la delegación total de funciones del Führer.

— “El auténtico líder siempre es también juez” (1934), en “El Führer defiende el derecho”.

La reflexión que nos motiva el extremismo de la concepción “decisionista” nos conduce a alertar los excesos en que la autoridad Ejecutiva (o el jefe de Gabinete con sus “órdenes”) cuando dictan actos de esa naturaleza asignándoles carácter de “norma”, si el Congreso Nacional se encuentra en funcionamiento (sesionando): en tales casos —salvo imposibilidad de reunión parlamentaria— no se estaría dando cumplimiento de los recaudos, requisitos y condiciones que la Constitución de 1994 estableció como inexcusables. Tales “Decretos de Necesidad y Urgencia” (no existiendo esos presupuestos) adolecerían de dudosa legalidad (sobre todo si no actúa a tiempo la “Comisión Bicameral”), por lo que el problema radica, básicamente, en casos de no uso correcto y regular, lo que significa un uso abusivo de los DNU.

Debe tomarse en cuenta que hay seria diferencia entre la sanción congresional y la “decisión” ejecutiva: 1) que los DNU previstos en el art. 99 inc. 3º de la CN obvian el debate, que sí tiene lugar cuando intervienen ambas Cámaras legislativas, con el rol de la prensa y las manifestaciones de la opinión pública; y 2) que el DNU equivale a un hecho consumado, salvo cuando se pongan en marcha los resortes de la revisión o anulación de tales “normas de excepción”. La larga experiencia vivida hasta hoy, así lo demuestra; ya que, el factor “sorpresa”, por un lado, y la falta de “diálogo” por otra parte, quitan presencia a los roles de la opinión pública y de los parlamentarios en su deber de legisladores.

C) Y voy llegando así a mis conclusiones personales sobre el gran tema del “derecho de excepción” ante los casos de crisis y de emergencias, o de supuestos “estados de necesidad”.

Con todo respeto, discrepo de las construcciones ideadas por Carl Schmitt, por todas las pautas antedichas ut supra que sinceran sus creencias pesimistas y derrotistas en cuanto a la supervivencia del Estado Constitucional de Derecho, al que por razones ideológicas dicho eminente autor considera fracasado y, por lo tanto, descartado (ante el fracaso de la Constitución de Weimar en la que habían intervenido

Preuss y Max Weber); pero que a pesar de todo el constitucionalismo liberal, social y progresista resucitó a cabo de la Segunda Guerra Mundial. No podemos negar que subsisten seguidores de Schmitt (también en la República Argentina), que se inspiran en su pensamiento, en especial de sus escritos posteriores al derrumbe hitleriano (que ya lo habían desplazado del círculo áulico) pero se consideraron epígonos de la prescindencia o de la demolición de los grandes postulados del constitucionalismo, particularmente de quienes reforzaron a partir de 1946 los controles de constitucionalidad, ya fueran concentrados o difusos, o de raíz kelseniana (Corte Constitucional). Como el "control" es la antesala de la "responsabilidad", el tema es fundamental en cuanto a la preservación de la forma republicana de gobierno en sus notas esenciales (democracia representativa, separación de los poderes, igualdad ante la ley, acceso a la información y publicidad de los actos públicos, periodicidad de los cargos electivos, responsabilidad del funcionario).

En cuanto al italiano Agamben, si bien marca sus diferencias con los criterios del ideólogo germánico, a veces da la impresión que no se puede escindir del vaivén entre la "norma" y la "decisión", y la disquisición en torno si esta última tiene equivalencia de valores en cuanto a su función de hacer subsistir al "orden" como el más prioritario en la escala axiológica. La emancipación de la "decisión" le resulta atractiva (por necesaria) pero reconoce que no deja de ser un componente muy comprometedor de la "anomia" como una prescindencia del marco legal legítimo y constitucional.

Hay un par de párrafos de Agamben que demuestran su ambivalencia al respecto:

a) "En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomia que ella instaura no está (al menos pretende no estar) totalmente escindida del orden jurídico".

b) "El estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas —y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado— son desactivadas".

"No hay nada nuevo bajo el sol": es un viejo dicho que no, por ello, pierde interés. Me refiero a que los autores difícilmente se pongan de

acuerdo sobre la “ubicación” de la “orden” o de la “decisión” en el marco normativo o fuera de él. Pienso, en definitiva, que todo lo que sea externo a la “pirámide jurídica” (de Kelsen y de Merck) son disposiciones de facto; y lo mismo da en los regímenes presidencialistas (más propensos al “hiperpresidencialismo”), que en los parlamentarios o colegiados (Suiza). Y como “para novedades hay que acudir a los clásicos”, me remito al gran francés Carre de Malberg; que en su monumental “Teoría General del Estado” (Fondo de Cultura Económica, México, 1998) el viejo maestro insistió siempre en que no habiendo ley (o delegación legislativa apropiada) las normas dictadas al margen de su competencia debían ser calificadas como extrañas a la legitimidad del ordenamiento jurídico vigente. Y ello debería ser siempre así (cfr. ps. 324, 325, 549, 556, 620, 322 y otras). Ergo, la excepción no pertenece al derecho sino a los hechos.

LA DEMOCRACIA DIRECTA: ENTRE LA UTOPIÍA Y LA ANARQUÍA

POR ALBERTO RICARDO DALLA VIA

Entre finales de 2016 y comienzos de 2017 se produjeron muchas novedades que nos llevaron a reflexionar sobre este tema. Entre ellos podemos enumerar el referéndum sobre la independencia de Catalunya, el “Brexit” inglés, el referéndum sobre la secesión de Escocia, el referéndum para la reforma Constitucional de Italia y la Consulta sobre los Acuerdos de Paz en Colombia.

Tales temas rondaron en los debates del Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional que tuvo lugar en la Ciudad Autónoma de México y posteriormente me tocó dictar un seminario en la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, en el mismo día en que el ex presidente de la Generalitat, Artur Mas, era juzgado ante el Tribunal Supremo por haber desobedecido el fallo del Tribunal Constitucional Español que declaró inconstitucional el referéndum por independencia de Catalunya, prohibiendo su realización.

Tal prohibición se fundó en la inexistencia de un derecho de secesión en la Constitución española y en la falta de consentimiento del pueblo español y del resto de las Comunidades Autónomas, no obstante lo cual, los independentistas catalanes, que son numerosos e influyen notablemente sobre sus coterráneos insisten en la existencia de un supuesto “derecho a decidir” que no encuentra sustento en el ordenamiento jurídico y que más bien parecería fundarse en una cuestión de carácter sentimental.

Tal vez por eso, y por cuestiones similares que ocurren y han ocurrido en otras partes, sea conveniente recordar lo decidido por la Corte Suprema del reino Unido el 24 de enero de 2017 en el caso “Brexit”, confirmando la sentencia de la Alta Corte de Justicia del 3 de noviembre de 2016.

Se trató del caso *Gina Miller* y otros contra el *Secretary of State for Exiting the European Union* que se desarrolló ante la Alta Corte fue, por tanto, un típico proceso constitucional de control de la constitucionalidad de la acción de gobierno, en este caso de orden preventivo ante el anuncio oficial del gobierno británico, hecho público luego del reacomodo gubernamental provocado por el resultado del referendo, de que se procedería a notificar a la Unión Europea la salida del Reino Unido de la misma.

Para decidir el caso, la Alta Corte analizó los “principios constitucionales” del Reino Unido, destacando lo que calificó como la regla más fundamental de su Constitución, que es que el Parlamento es soberano, y como tal, puede sancionar y derogar cualquier ley a su elección; siendo un aspecto de dicho principio que la soberanía del Parlamento, establecido desde hace cientos de años, que la Corona —o sea el gobierno— no puede ejercer poderes de prerrogativa para derogar la legislación sancionada por el Parlamento.

“Corresponde al Parlamento, no al Ejecutivo, derogar la legislación. La historia constitucional inglesa es la historia de la sujeción de los poderes de prerrogativa de la Corona a los superiores poderes de la legislatura democráticamente electa como cuerpo soberano”.

En cuanto a la Ley del Referendo de 2015, la Corte señaló que debe ser interpretada a la luz de los principios constitucionales básicos de la soberanía parlamentaria y de la democracia representativa que se aplican en el Reino Unido, lo que la llevó a la conclusión de que “un referéndum en cualquier materia solo puede tener efectos de recomendación para los legisladores en el Parlamento, excepto cuando un lenguaje claro en contrario se use en la legislación sobre el referendo en cuestión”, los que no se encuentra en la Ley del Referendo de 2015.

Concluyó la Corte en su sentencia que “no cuestionaba la importancia del referendo como evento político, cuya significación tendrá que ser considerada y tomada en cuenta en otra parte”, decidiendo finalmente que “el Secretario de Estado no tiene poder conforme a la prerrogativa de la Corona, para formular la notificación conforme al art. 50 del Tratado de la Unión Europea para la salida del Reino Unido de la misma”.

En una publicación de la colección *working papers* de la Universidad Autónoma de Barcelona, un destacado constitucionalista y académico español, Pedro de Vega remarcó que entre la idea de *democracia representativa* y la *democracia participativa* se esconde una contradicción fundamental e insoslayable que bien se podría resumir en la siguiente

comprobación: lo que es representativo no puede ser participativo y lo que es participativo no puede ser representativo.

Tal vez el mejor ejemplo de esa contradicción esté dado por el art. 22 de nuestra CN, surgido de puño y letra de *Juan Bautista Alberdi* cuando reza que “El Pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes y autoridades creadas por esta constitución...” y sigue con otra frase que no se cita con frecuencia ni que se recuerda mucho que dice “toda fuerza armada o grupo de personas que pretenda arrogarse los derechos del pueblo comete delito de sedición...”.

Todos recordamos muy bien que durante mucho tiempo la doctrina interpretó que la redacción del artículo era tan contundente que no dejaba espacio para las llamadas formas de democracia semidirecta. Una vez recuperada la democracia entre nosotros, el presidente Raúl Alfonsín convocó a un plebiscito sobre el Acuerdo de Paz sobre el Canal de Beagle bajo la forma de una “consulta popular no vinculante” y a pesar de la mayoría arrolladora en favor del “sí”, el bloque de senadores justicialistas no se sintió obligado por el pronunciamiento popular.

La reforma Constitucional de 1994 incorporó un nuevo capítulo a la parte dogmática de la Constitución que lleva como título “De los nuevos derechos y garantías”, complementando a las “Declaraciones, derechos y garantías” del anterior capítulo único y actual artículo primero. En dicho capítulo y en diferentes artículos aparecen enunciados los denominados “derechos de participación política” que superan la antigua consideración de los derechos civiles y políticos de primera generación, propios del constitucionalismo liberal para ubicarse como derechos humanos fundamentales de tercera generación. Así los consideran instrumentos internacionales con jerarquía constitucional como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

De ese modo, el art. 36 al referirse a la cláusula ética y a la defensa de la democracia está consagrando también el “derecho a la democracia” como derecho subjetivo. El art. 37 consagra el *derecho al sufragio* y la igualdad de oportunidades entre varones y mujeres, incorporando también la disposición transitoria segunda que mantiene la cuota de género o cupo femenino. El art. 38 considera a los *partidos políticos* “instituciones fundamentales del sistema democrático” bajo la condición de que ejerzan la democracia interna y contribuye a su sostenimiento en la medida en que rindan cuentas del destino y origen de sus fondos.

El art. 39 prevé la posibilidad de la *iniciativa popular* para la sanción de las leyes, bajo ciertas condiciones que preservan el rol del Poder

Legislativo. El art. 40 se refiere en su texto tanto al *Referéndum* como al *Plebiscito* y también a la *consulta popular*. El art. 41 consagra el derecho a un *ambiente sano y equilibrado* apto para las generaciones actuales y futuras. El art. 42 el derecho de los *usuarios y consumidores* como nueva categoría jurídica y el art. 43 consagra la acción de *amparo* individual y colectivo, así como las garantías de *hábeas corpus* y de *hábeas data*.

Esa misma línea fue seguida por varias reformas en el ámbito del Derecho Público Provincial y Municipal, especialmente cabe destacar a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que se caracteriza por un tono —y un lenguaje— altamente participativo e inclusivo. El principio demo-liberal de igualdad ante la ley, entendido como igualdad ante iguales circunstancias deja paso al concepto de no-discriminación y a los derechos de las minorías históricamente postergadas a través de la implementación de “acciones positivas” que concreten la obligación del estado de remover los obstáculos para hacer posible la aplicación efectiva y no ilusoria de los derechos fundamentales.

En la doctrina comenzó a hablarse de un “transito” desde la democracia representativa hacia la democracia participativa, de manera tal que sin dejar de lado los principios fundamentales del artículo primero de la Constitución cuando dice que “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana, federal.., una versión actualizada del Estado Democrático de derecho se *aggiorna* con canales de participación ciudadana que oxigenan y legitiman el sistema, poniéndolo al resguardo de las burocracias y de las tecnocracias y, también de aquello que Robert Michels bautizara como “la Ley de Hierro de las oligarquías partidarias”

La democracia representativa, como base esencial de funcionamiento del sistema democrático no está puesta en cuestión, pero muchos la consideran insuficiente, motivo por el cual se propone el aditamento de razonables niveles de participación. En el sistema europeo de protección de los derechos humanos la exigencia de un orden público democrático forma parte de las bases esenciales del sistema, al igual que ocurre en el ámbito del sistema interamericano, solo que el Tribunal Europeo de derechos Humanos con sede en Estrasburgo, ha considerado que la democracia representativa es la condición exigible.

En tanto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José de Costa Rica también ha considerado que la democracia representativa es la base exigible del sistema, aunque en algunos precedentes, entre los que cabe citar “Castañeda Gutman c. Estados Unidos Mexicanos” (2008) la Corte Interamericana le concedió valor jurídico a la

Carta Democrática Interamericana de la OEA en la cual se pone en valor a la participación, sin renegar del sistema representativa. En tal sentido, hemos afirmado en otra parte que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos existe un “piso” que es la democracia representativa y un “techo” que es la democracia participativa. El problema o el quid de la cuestión se encuentra en determinar hasta dónde llega ese techo y cuál es su nivel de operatividad.

Rousseau es el teórico de la soberanía del pueblo, del conjunto de *ciudadanos reunidos* que hace la ley, de la democracia directa, Sieyés es el teórico de la soberanía de la nación —todo el territorio, todos los habitantes, todos los tributarios del poder político— que hace la ley por medio de representantes de la “democracia indirecta.

A partir de las primeras etapas de la Revolución Francesa, el lenguaje, tan claramente diferenciado a través de Rousseau y Sieyés, se vuelve confuso. Desde la Constitución de 1793, prevalece el uso de la expresión “soberanía del pueblo”, pero, aparte de que no llega a desplazar totalmente a la expresión “soberanía de la nación”, su significación se torna confusa y no permite establecer adecuadas distinciones conceptuales.

De cualquier modo, y desde entonces, la “soberanía del pueblo” se convierte en postulado, no ya de las inaplicables instituciones de la democracia pura o directa sino también de la democracia impura, indirecta o representativa. Por eso no debe llamar la atención que haya quienes identifican “soberanía nacional” y “soberanía popular”

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789 estableció en su art. 3º lo siguiente: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo, ningún individuo, pueden ejercer una autoridad que no emane expresamente de ella”.

En tanto, la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 establecía en el Título III, art. 1º que “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio”. Desde el principio del proceso, Robespierre, Defermon y Grégoire atacan esa concepción restringida de nación en nombre de la soberanía popular.

El descrédito de la representación nacional, encabezada por el rey como representante nato, de acuerdo con el texto constitucional de 1791, tuvo consecuencias decisivas para el desarrollo de formas y prácticas de soberanía alternativas que acabaran suponiendo una amenaza para la primera. Después de tres años y medio de revolución, la escasez y el ele-

vado precio de los víveres, especialmente del pan, acuciaba a las clases populares. El 12 de febrero de 1793 una delegación de distintas secciones presenta ante la Asamblea, entonces ya llamada Convención, los puntos de vista de esas clases populares.

El movimiento tenía suficiente fuerza como para que el sector radical de la Convención (la Montaña) y su soporte ideológico y organizativo exterior (el Club de los Jacobinos) pensarán que una alianza con las clases populares podía darles el poder frente al sector moderado (la Gironda).

A fines de mayo Robespierre propugna abiertamente la insurrección popular. Aceptada esta por los jacobinos, se lleva a cabo en las jornadas del 31 de mayo y 2 de junio: en esta última, 80.000 hombres de la Guardia Nacional, bajo el control de las secciones de París, cercan la Convención e imponen la detención de dos ministros y de veintinueve diputados girondinos. Con toda razón se ha podido llamar a esto una revolución: una más de las que integran el conjunto de lo que se denomina revolución francesa.

El Acta Constitucional del 24 de junio de 1793 contiene en su primera parte una Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que en su art. 25 establece: "La soberanía reside en el pueblo; es una, indivisible, imprescriptible e inalienable". Le sigue el art. 26 que establece: "Ninguna porción del pueblo puede ejercer el poder que corresponde a todo él; pero cada sección del soberano, reunida en Asamblea, debe tener derecho a expresar su voluntad con entera libertad" y el art. 27 agrega: "Que todo individuo que usurpe la soberanía sea al instante ejecutado por los hombres libres".

La Constitución 1793 marcará el punto de máxima democratización de las estructuras del poder público, lo que se traduce también en un predominio neto del legislativo ante un poder ejecutivo relativamente muy débil. Es el máximo momento de influjo de Rousseau en el pensamiento de los revolucionarios. Pero las guerras contra Austria y contra Prusia, llevaron a los jacobinos a suspender la puesta en vigor de la constitución recién aprobada, nombrando por decreto dos comités de gobierno, el comité de "Salud pública" y el comité de "Seguridad nacional".

Su radicalismo los llevaría a instaurar, el terror, que se llevó por delante no solo a Danton sino también a Robespierre. El gran fracaso se cerró con la disolución de la Convención en septiembre de 1795 y el establecimiento del Directorio. Los Jacobinos fueron infieles a la república que habían proclamado justamente por no guiarse por la constitución que ellos mismos habían alumbrado.

Cuando, después de la ejecución de Robespierre, las clases populares se dan cuenta de que la Convención ha tomado un giro que no les satisface, se presentan de nuevo ante ella y alguien gritará con toda naturalidad e ingenuidad a los diputados: “Marcharos todos; vamos a formar la Convención nosotros mismos”. El pensamiento jacobino nos deja en conclusión un debate no resuelto sobre las crisis de representación, tantas veces aplazado y postergado, simbolizado por la Constitución nunca aplicada de 1793, enterrada en un arca de roble para nunca más volver a la luz.

Estamos ante las señas de identidad de dos formas muy diferentes de concebir la democracia. La democracia *constitucional* procede de la teoría del derecho como límite del poder, un enfoque *whig* en origen en origen y liberal en sentido amplio después. Sus adversarios la consideran una trampa para escamotear el genuino gobierno del pueblo. A su vez, la democracia *radical* siempre dispuesta a buscar el amparo de Rousseau o de Godwin, proclama la pureza de sus principios y exige un *demos* activo (incluso hiperactivo) en el ejercicio diario del poder. Sus críticos hablan incluso de “democracia totalitaria”.

La *concepción liberal y representativa* es el fundamento del análisis (aparentemente aséptico) de las doctrinas llamadas *elitistas*, una democracia concebida como lucha competitiva entre minorías selectas, donde se conjugan los intereses de partidos y grupos de presión mediante un proceso de transacción perpetua, lejos de cualquier posibilidad de control para el ciudadano alejado de los centros de poder.

A su vez, la *corriente radical* perdura (con términos más suaves, incluso inocuos) en las teorías de la participación, la deliberación y/o la inclusión, así como en cualesquiera posturas críticas hacia esa concepción oligárquica que disfraza de realismo su desconfianza hacia la capacidad del ciudadano para dirigir los asuntos públicos. Peor todavía en tiempos de globalización, capitalismo sin freno, mercados insaciables...

En este debate está en juego el modo de ser de la civilización occidental, la sociedad menos injusta de la historia, en su vertiente política. Nuestro mundo está construido sobre el egoísmo racionalizado *hobbesiano* que fue una solución inteligente para superar un estado de naturaleza donde no hay vida posible ante el temor de una eventual agresión. De manera que el egoísmo constitutivo de la condición humana se transforma en una fuerza creadora en tanto de ahí surgen la sociedad y el Estado y también el Derecho positivo como instrumento de ese Leviatán concebido como yuxtaposición de utilidades individuales y no como una comunidad de afectos y emociones.

Prevalece el derecho romano individualista por sobre el derecho germánico comunitarista, desde esa perspectiva, es lícito desentenderse del espacio público y encargar su gestión a un “especialista” —que para Hobbes es la monarquía absoluta— Ese es el origen de la democracia al modo de Schumpeter: los gestores de nuestra voluntad política negocian entre intereses privados y, si todo va bien, surge de ahí un *compromiso*, nunca una *verdad*, una *justicia* o un *interés público* que nadie pretende alcanzar.

En este punto, los “*otros demócratas*” se rasgan las vestiduras. Apelan al espíritu y la letra del modelo rousseauiano, su voluntad general infalible, el corazón y no la cabeza... Incluso, afirman, si hace falta, habría que “*obligar a ser libre*” al disidente, sea ignorante o malvado, paradoja suprema de la historia de las ideas. Los intereses son siempre turbios y no se trata de negociar sino de encontrar una solución justa, tanto mejor si estamos cubiertos por el “velo de la ignorancia” de Rawls y situados en la posición ideal del debate, al modo de Habermas; dos autores racionalistas que a pesar de su frialdad aparente se han dejado llevar por el cálido reflejo de la *comunidad* y no por la eficacia indiferente de la *sociedad*.

Bajando un poco más desde las alturas, el *republicanismo cívico* es todavía la corriente que inspira el mundo académico europeo y americano, aun cuando a veces haya más “contexto” que “doctrina”, como ocurre con Lord Acton, Bertrand de Jouvenel o Alexis De Tocqueville; de hecho, el republicanismo nace en el ámbito de la historia de las ideas como explicación alternativa de la revolución americana frente a la justificación convencional que sitúa su origen en John Locke y la ideología liberal.

El *Estado constitucional* surge tras las revoluciones “atlánticas” bajo la fórmula de democracia representativa, en pugna durante más de un siglo con las tesis doctrinarias sobre la soberanía compartida y los residuos del dualismo entre *rex* y *regnum*. La política parlamentaria se concibe como negociación civilizada entre intereses contrapuestos y el poder público actúa a la manera de un árbitro cuya intervención restringida, transitoria y asistemática tiene por objeto eliminar algún “bloqueo” en el orden social espontáneo que proclama la ideología liberal.

En este contexto, las instituciones de democracia directa o semidirecta permanecen en segundo plano, cuando no desaparecen sin más. La querencia de los regímenes autoritarios y/o totalitarios por plebiscitos y otras formas de aclamación popular contribuye también al merecido

desprestigio de tales respuestas. Podemos hacer un repaso, de menor a mayor relevancia:

- a) Todavía subsisten las viejas asambleas de ámbito local, entre tradición y folklore, así como el *Landsgemeinde*, el referéndum, la iniciativa popular o *volksbegehren* en los cantones suizos, como estudiara mi maestro Alberto Antonio Spota en un libro publicado en los años setenta.
- b) La iniciativa legislativa popular suele ser una posibilidad ciertamente compleja. No imposible, pero sujeta a muchas restricciones. Las constituciones actuales la contemplan con desconfianza, al exigir un elevado número de firmas y situando otros obstáculos estratégicos para su aprobación.
- c) Mejor suerte corren las acciones procesales para tutelar intereses difusos o colectivos ante los órganos jurisdiccionales, aun cuando su proyección política suele ser limitada y el ordenamiento jurídico procure limitar cualquier exceso.
- d) El “referéndum” y la “consulta” suelen ser utilizados, aunque la expresión “plebiscito” está mal vista, toda vez que, si bien ofrece la expresión suprema del poder irresistible del pueblo como titular nominal de la soberanía, también suscita reparos muy serios, ya que la *provocatio ad populum* genera motivos de escepticismo democrático, al tener que dar respuestas tajantes a problemas complejos, planteados con trazos muy gruesos y a veces mediante preguntas capciosas. El resultado es inapelable, aunque los “perdedores” (como en Escocia) se sientan legitimados para reclamar segundas o ulteriores opciones. Si los ciudadanos dicen “no”, como ocurriera en Francia y en Holanda sobre el proyecto de Constitución Europea, provocan el desconcierto y la parálisis temporal del proceso político y tecnocrático, como también se verificó recientemente con la Consulta por los Acuerdos de Paz en Colombia.
- e) También podríamos considerar formas de ejercicio de democracia directa a las grandes manifestaciones o concentraciones en lugares emblemáticos como las “plazas públicas”. Reflejan un estado de ánimo social pero la razón ilustrada no siempre sale bien parada del despliegue de tantas emociones concentradas en el mismo espacio y en el mismo tiempo.

La *teoría de la representación* domina sin resistencia desde los días de las revoluciones francesa y norteamericana. No faltó, entonces, un

debate profundo porque la elección, aunque no lo parezca, es un mecanismo aristocrático: se elige, en teoría a los *mejores*, en contra del sorteo de cargos públicos, método genuino de la democracia ateniense, salvo para los cargos de mayor relieve, como el ejercido por Pericles. La *soberanía popular* ocupa el lugar preferente de la moderna retórica constitucional. En cambio, *la representación* se articula mediante la letra pequeña: prácticos y sagaces, los ingleses construyen desde la “*Gloriosa Revolución*” un régimen parlamentario que alcanza su plenitud en el marco de la sociedad liberal, supuestamente homogénea.

El incipiente intervencionismo del Estado y la crisis de principios del siglo XX rompen las reglas de juego, no tan pulcras como se decía. El caso es que elecciones y parlamentos padecen el mal de la *partidocracia*. Los autores acusan el impacto, con Robert Michels y la doctrina de las oligarquías o gaetano Mosca y sus reflexiones críticas sobre la clase política como referencias intemporales. Como describiera un importante estudio de García Pelayo, el Estado de Partidos desplazó materialmente a la doctrina liberal de la representación.

Las constituciones mantienen como dogma de fe la prohibición del mandato imperativo: el escaño “pertenece” al representante y no a su grupo político. Seguimos anclados en el célebre discurso de Burke a los electores de Bristol. En teoría, el representante actúa y quiere por la nación, y no descubre o actualiza una voluntad preexistente: la representación, en rigor, crea la voluntad nacional. La teoría conduce directamente a una sociedad de individuos políticamente homogéneos, concebidos como *ciudadanos* y dotados de los derechos políticos de un *status activae civitatis*. He aquí el sustrato de la Constitución como *idea*, como *forma*, como *tipo ideal*, según nos guste más una u otra tradición intelectual. Poco o nada que ver con las sociedades heterogéneas, incapaces de definir su propio *demos*, más aún, dispersas, fragmentadas o deconstruidas al modo postmoderno, ajenas a las referencias comunes, salvo los falsos ídolos que construyen algunos nacionalismos de vía estrecha.

El estado de cosas actual resulta profundamente insatisfactorio para los partidarios de la *democracia radical*. Aparecen aquí y allá nuevas ocurrencias para otorgar al *demos* la primacía que le corresponde y hacer honor al significado literal del gobierno popular: Democracia como forma política y no solo como forma de gobierno. La participación, la deliberación, la inclusión, se orientan al interés general. Es la hora del altruismo, la cooperación, la solidaridad. Ciudadanos virtuosos, educados en una *paideia* políticamente activa frente al egoísmo. La corrupción, la avaricia, la ambición o el lujo ostentoso. Un juego de buenos y malos que prefiere ignorar los matices en nombre de la contundencia del discurso.

El mercado, la competencia y la negociación de intereses conducen al modelo perverso. Los radicales van más allá: *ellos* nos imponen un gobierno de los expertos porque otorgan el poder real a las instituciones “contramayoritarias”, se llamen bancos centrales o jurisdicción constitucional o administraciones independientes.

Conviene evitar posturas maximalistas. Facilitar la participación de quienes deseen participar enriquece el funcionamiento de las instituciones y un barniz de deliberación contribuye a la civilización política, es muy razonable que las decisiones se tomen previo debate de argumentos, escuchando a “los mejores”. Los clásicos decían que la ley es suma de razón y voluntad y sabemos que la voluntad impone su fuerza irresistible, si bien en democracia está sujeta a limitación temporal, a revisión periódica y también a crítica permanente. Todavía merece la pena luchar por los principios ilustrados y, de hecho, unas cuantas propuestas de origen republicano merecen ser atendidas para aliviar el partidismo a ultranza: listas abiertas, primarias, transparencia, gobierno abierto, limitación de mandatos, *accountability* y *responsiveness* (los términos en inglés son inevitables, no es cholulismo) son pasos en la buena dirección, aunque no sean el bálsamo de Fierabrás, cuya característica ontológica es que no existe.

Las doctrinas que exigen una democracia “fuerte”, con Benjamín Barber como autor de referencia, culpan sin matices al liberalismo de la mala calidad de nuestras democracias; peor todavía si lo califican de “neoliberalismo”, ideología de la globalización implacable y del egoísmo insaciable. Se habla de “democracia sin ciudadanos” pero también de “ciudadanos sin democracia”. Algunos creen que la solución pasa por “más democracia” y “menos liberalismo”, entendiéndolo que los liberales y su democracia “minimalista” magnifican el comercio y desprecian la virtud cívica, una suerte de *areté* adaptada al gusto posmoderno, y, por ello, *líquida, fragmentaria y débil*. La exigencia de una “repolitización” o “retorno a la política” se identifica con las mejores cualidades del ser humano, en contra de la avaricia, el consumismo o el derroche y hasta la “elección racional”, secuela del principio de utilidad, indiferente a los sentimientos y a las emociones.

Algunos pasos siguientes resultan preocupantes, como, por ejemplo, la *guerra doctrinal frente a las instituciones “contramayoritarias”* y, en concreto, frente a la justicia constitucional en sus diferentes modelos: ninguna Constitución *debe* limitar el derecho absoluto de la *gente* a decidir según su libérrima voluntad, de manera que cualquier institución llamada a guardar la diferencia entre poder constituyente y poderes

constituidos resulta sospechosa. Yendo al extremo, aparece la indignación al modo del panfleto de los “indignados” de Stephane Hessel.

Resulta imprescindible develar un cierto *background* subyacente en las críticas a la democracia representativa, secuela de una educación contraria a las libertades “formales” y “burguesas” opuestas a las libertades “materiales” y “proletarias”. Después de la caída del muro de Berlín y de la crisis terminal del bloque soviético, no es lo mismo reconocer honestamente el fracaso del “socialismo real” que otorgar la razón a la democracia capitalista tantas veces denigrada. De allí que la representación sea considerada un artilingio engañoso.

Sea como fuere, la preocupación doctrinal acerca de la *calidad de la democracia* merece sinceros elogios porque bajo un nombre respetable se ocultan múltiples trampas y asechanzas. Con un nivel mínimo de exigencia, hacen falta al menos los requisitos siguientes: Constitución genuina y no puramente nominal; Estado de Derecho servido por jueces independientes; pluralismo político, con libertades suficientes para ejercer la oposición; medios de comunicación capaces de criticar al poder sin sufrir por ello consecuencias irreparables, en fin, un cierto grado de *poliarquía*, según el famoso concepto de Robert Dahl, antídoto insuperable frente al despotismo y/o totalitarismo.

¿Cuál es el significado de las alternativas a la democracia representativa?

A. La *democracia participativa* tiene su origen doctrinal en los años sesenta, pero su explosión teórica y práctica puede situarse en los últimos quince años. Se plantea con frecuencia como un complemento voluntarista de la representación mediante la creación de “espacios abiertos” a disposición de “ciudadanos motivados”, con argumentos reiterativos de protagonismo de la sociedad civil en instituciones bien diseñadas.

Sus propuestas se han puesto en práctica en ámbitos restringidos, como los consejos comunales, redes participativas, jurados ciudadanos, *town meetings*, cogestión urbanística en Chicago o medio-ambiental en California y los presupuestos participativos al modo de Porto Alegre (Brasil). Más relevancia ha tenido el *recall* o revocación de mandato por iniciativa popular. En 2003 permitió la destitución del gobernador de California. El Iberoamérica ha producido resultados insospechados en Venezuela y hace poco las oligarquías locales casi consiguen revocar a la alcaldesa de Lima, elegida en su día por sus posiciones “progresistas”. Una vez en marcha, las instituciones tienen vida propia: diseñada al servicio del radicalismo democrático, la capacidad para movilizar a los votantes

fuera del período electoral requiere medios personales y materiales solo disponibles para los grupos mejor organizados. Lección de realismo y advertencia para incautos.

El gran debate contemporáneo sobre la participación nos sitúa ante la *ciberdemocracia*. Todo el mundo anuncia el colapso de los medos tradicionales y, sin embargo, todavía ejercen una influencia determinante sobre la política democrática. El mensaje permanente hacia los electores/consumidores fluye por el cauce mediático. Los nuevos medios empiezan a imponer su propia ley, incluso en el decisivo debate de las ideas. Paul Krugman es una estrella de twitter, con más de un millón de seguidores y su blog *The conscience of a liberal* es una referencia universal. El tránsito de los diarios convencionales hacia la edición electrónica es una realidad imparable. *The Financial Times* marca la pauta y *The New York Times* sigue el mismo camino.

¿Llegará la *e-democracy*?, ofrece sin dudas ventajas a la transparencia, aunque *WikiLeaks* y Snowden nos dejan un sabor más agrio que dulce. También trae consigo graves inconvenientes como los grupos de presión disfrazados de *vox populi*. Antes se hablaba de utopía digital y ahora todo son críticas a los gigantes que nos controlan más que nunca. *Gobierno Abierto y Transparencia* pretenden ser las claves para fomentar la participación y abrir las ventanas de los oscuros despachos funcionales del poder. En resumen, muchas propuestas participativas están orientadas en la buena dirección, pero ninguna de ellas abra la puerta a una “revolución” democrática digna de un nombre tan concluyente.

B. La *democracia deliberativa* atrae fácilmente a los espíritus formados en ámbitos académicos. Funciona como una proyección de los métodos propios de una institución científica cuyos integrantes tiene por único objeto la búsqueda de la verdad, pero es dudoso que dicha comunidad ideal exista en pequeña escala; es evidente que no puede existir en la sociedad política. Al final del camino aparece Rousseau, como es natural: voluntad general frente a voluntad de todos. Es absurdo pensar que los seres humanos actuamos cubiertos por el velo de la ignorancia, porque no somos máquinas de razonar sino personas integradas en la “circunstancia” orteguiana.

La deliberación presume la posibilidad de un diálogo entre ciudadanos libres e iguales, cuya virtud les permite construir juntos una razón pública. Optimismo antropológico, sin duda, pero todavía más optimismo epistemológico. Como es obvio, no hay tal república de sabios generosos y humildes dispuestos a ser convencidos por la lógica del mejor argumento. Entre otras cosas porque ciertas identidades ideológicas,

territoriales y religiosas son irreductibles y nadie está dispuesto a cambiar de opinión sobre materias que afecten al núcleo de su forma de ser y de estar en el mundo.

Lo saben sin duda los teóricos más relevantes como Jon Elster y John Dryzell, pero eluden el problema real en nombre de una hermosa doctrina que hace suya la tradición dialógica de la política ¿Y el precedente de la *polis*? Demagogos, populistas y aventureros arrastraron más de una vez a su favor los criterios de la Asamblea. Sócrates fue condenado a muerte por un jurado popular. El ostracismo privó a los atenienses de hombres valiosos y patriotas. En efecto, el debate público y libre no garantiza los resultados. Atractiva en teoría, la democracia deliberativa es sencillamente *imposible*. Por el contrario, exigir la exposición de buenas razones supone un freno contra la arbitrariedad del poder.

C. La *democracia inclusiva* resulta mucho más preocupante desde el punto de vista democrático que las ocurrencias participativas o las ilusiones deliberativas. Aquí se trata de reservar cuotas de representación a favor de grupos determinados por su condición, normalmente étnica, aunque podría ser de otro tipo: por niveles de renta, por discapacidad, etcétera. Las propuestas inclusivas recuperan posibles vetos a la aplicación de las leyes generales, a la manera de los tribunos de la plebe romanos, rompiendo la regla del *demos* integrado por individuos libres e iguales. Los representantes de las minorías en proceso de inclusión deben actuar en defensa de los intereses parciales y sectoriales del grupo a que representan, de modo que la democracia inclusiva y deliberativa son rigurosamente incompatibles, aunque hay muchos colegas que simpatizan con una y otra: o buscamos *todos* el interés general o cada uno representa a sus mandantes en intereses particulares.

La inclusión y el multiculturalismo responden a consideraciones similares. Culturas yuxtapuestas que conviven en un pie de igualdad, buscando una “acomodación razonable de las diferencias”. En definitiva, la democracia inclusiva confronta con el Estado constitucional genuino porque su punto de vista es igualmente genuino: la pluralidad es fuente de conflictos que se deben encauzar a través del empoderamiento de las minorías frente a las élites. Aquí no hay ingenuos ni idealistas, sino grupos que reclaman cuotas tangibles de poder en nombre de movimientos sociales que mutan en partidos convencionales en cuanto acceden legalmente a las instituciones. “No nos representan” fue un mensaje muy eficaz.

El dilema se encuentra, entonces, en cómo resolver tal contradicción. Las formas de democracia radical confrontan contra la democracia

representativa pero no ofrecen una alternativa mejor ni posible. La respuesta está en complementarla, de manera que un cierto grado de participación, de deliberación y de inclusión abran los cauces cerrados hacia un modelo de convivencia más aceptable para todos.

Alf Ross, filósofo del derecho de la escuela escandinava, dice con razón que la democracia es una forma de gobierno propia de pueblos maduros y con sentido práctico, pero no es, ni debe ser “el cielo traído a la tierra”. “Busquemos solamente lo posible...” decía Jeremy Bentham, acaso aburrido, pero siempre sensato.

Se trata, en definitiva, de la búsqueda y el reforzamiento de la legitimidad, no solamente la legitimidad de origen que está garantizada cuando los procesos electorales son correctos y transparentes, sino fundamentalmente la legitimidad de ejercicio para que sea hecha cierta la advertencia de Berlioz, en cuanto a que “los representantes del pueblo soberano” no se conviertan en los soberanos representantes del pueblo.

Si la democracia es un sistema de creencias, como enseñó Max Weber, es en tal legitimidad en la que reposa la soberanía popular: *en la creencia generalizada en una determinada legitimidad*.

REFERENCIAS

- ARIAS MALDONADO, Manuel, “La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI”, *Página Indómita*, Barcelona, 2016.
- BURKE, Edmund, “Revolución y descontento”, selección de escritos políticos, *Clásicos Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- BREWER CARIAS, Allan R., “El caso ‘Brexit’ ante los jueces constitucionales del Reino Unido: comentarios a la sentencia de la Alta Corte de Justicia de 3 de noviembre de 2016, confirmada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de enero 2017”, memoria del *XIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- Caso “Gina Miller y otros contra Secretary of State for Exiting the European Union” (case nro.: CO/3809/2016 and CO 3281/2016), www.judiciary.gov.uk/judgments.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro, “Legitimidad de origen y de ejercicio en las democracias contemporáneas”, Colección “Working Papers”, Universidad Nacional Autónoma de Barcelona, 2002.
- REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “El sueño constitucional”, colección KRK Pensamiento, Oviedo (España), 2016.

RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, “La Nueva reivindicación de la Secesión de Cataluña en el Contexto Normativo de la Constitución Española de 1978 y el Tratado de Lisboa”, UNED, *Teoría y realidad Constitucional*, nro. 31, 2013, ps. 151-136.

TIERNEY, Stephen, “Constitutional Referendums. The Theory and Practice of Republican Deliberation”, *Oxford Constitutional Theory*, Oxford University Press, 2012.

CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA. SOLUCIONES

POR ANTONIO A. MARTINO

I. EL PROBLEMA

No caben dudas que hay una crisis de la democracia representativa en muchas partes del mundo. Es más, podría hablarse también de crisis de la democracia.

En 1978 escribía un artículo sobre la dictadura y constataba que había una tendencia importante en el mundo para pasar de sistemas totalitarios hacia sistemas democráticos (1) al final de siglo, la tendencia era clara y los países democráticos eran mayoría —por primera vez— en el concierto internacional.

Hoy en día, el foco está puesto en las formas de gobierno de los países e, incluso, algunos regímenes totalitarios buscan disfrazarse como una democracia. Este es el caso de los países árabes del Norte de África o el de Corea del Norte o, también, se puede rescatar el caso de la República Popular China que tiene un régimen unipartidista.

Esto dio mucho material para estudiar y elaborar varias tesis. Una de las más afirmadas, la teoría de la consolidación democrática, sostiene que una vez que los países desarrollan instituciones democráticas, una sociedad civil robusta y cierto grado de riqueza su democracia está asegurada.

Con los movimientos que se van dando en muchos países —incluyendo los centrales— se diría que la teoría atraviesa un momento de crisis y merece la pena ocuparse de ella. Los más pesimistas se “preocupan”.

(1) MARTINO, Antonio A., “Osservazioni sulla definizione di ‘dittatura’”, *Il Politico*, XLII, nro. 2, Roma 1978, ps. 273-294.

Las democracias contemporáneas deben medirse generalmente con nuevos desafíos: la globalización, la crisis económica, el terrorismo, el desplazamiento de gente desesperada y con nuevos sujetos políticos: movimientos y no partidos, partidos populistas. Por eso, a la búsqueda de una alternativa, una parte importante de la opinión pública elige la ruptura, como han mostrado elecciones sorprendentes en el último bienio. El mismo populismo ha ido cambiando “el divorcio entre las clases populares y las clases medias ofrece espacios al populismo”. De este modo, “las democracias están divididas por un *cleavage* territorial que opone, de un lado, las grandes metrópolis globalizadas, insertas económica y culturalmente en el mundo y, por otro lado, el mundo de los pequeños y medios municipios, rurales, en retirada frente a los grandes flujos del cambio” (2).

En el libro indicado en la nota se descubre que a la pregunta “va mal la democracia” contestan afirmativamente el 55% en la UE y el 44% en USA. El problema es que en los países nórdicos el rechazo es bajo: 17% en Noruega, 34% en Suiza, Finlandia y Holanda. En Gran Bretaña llegamos al 50%, 53% en Francia, 60% en España. El bloque de los países europeos del Este, que vienen de regímenes totalitarios va del 60 al 80%, Grecia 678%, Italia 79%, Hungría 80% y Bulgaria 82%, con el agravante, como releva un capítulo de Bruno Cautrès “La preferencia de un hombre fuerte para guiar al país”.

Hoy, en la era de los *millennials*, con Internet manejando nuestra vida y con las redes como máxima expresión de nuestros sentimientos, el papel ha desaparecido de las calles, pero la emoción no. Esta se sube en 140 caracteres, con fotos retocadas y con agresiones, incluso para que niegues a tu madre, a través de Facebook.

¿Cómo es esta democracia digital? ¿es mejor que la otra o no?, pero sí que es diferente. Es un termómetro, no solo para medir a la gente —no sé si la más preparada, desocupada, entendida o la más motivada—, aunque sea mediante compra. Pero sí sé que es un indicativo de estados de ánimo y, en contra de lo que los políticos creen, en la política los estados de ánimo lo son todo.

Los pueblos no son niños, no se puede pretender convencerles de que se les va a aplicar el mejor tratamiento.

Un buen gobierno siempre será un buen gobierno, solo que no existe si el pueblo que gobierna no lo percibe como tal. Los pueblos no son ni-

(2) AA.VV., *Où va la démocratie?*, Plon, 2017. Es un trabajo común de Ipsos y la Fundapoli (Fondation pour la politique). El libro es una mina de datos. Se analizan 22 países de la UE Suiza, USA y Noruega.

ños, no se puede pretender convencerles de que se les va a aplicar el mejor tratamiento porque lo entenderán cuando sean mayores.

¿Es muy difícil la democracia representativa en este sistema? Cuando en Inglaterra el voto era entre Disraeli y Gladstone, era un sistema en el que las mujeres no votaban y había un sufragio, no de representación colegial como en Estados Unidos, sino selectivo, tanto por los impuestos como por las propiedades.

Todas las democracias se basan en que podemos elegir a nuestros gobernantes, pero todas deberían, además, tener en cuenta que un mal paso no debería ser una hipoteca de nuestra vida.

Le hemos dado al valor del voto una indisolubilidad del vínculo, como si fuera el matrimonio antes del Concilio Vaticano II. Es un error. Hay veces que nos equivocamos y los tiempos legales nos obligan a aguantarlos. La gran ventaja que tiene esta democracia es que los errores son inmediatos.

Las democracias contemporáneas tienen, además, enemigos claros como Putin en Rusia que fomenta las *fakes news*, los mensajes políticos, la desestabilización de Europa y sobre todo de los Balcanes apoyando los grupos paramilitares que existen en Bosnia Herzegovina.

En nuestra zona, que nunca fue terreno de democracias fuertes ya algunos periodistas como Alan Riding, escriben en el País “Ha llegado el momento de un cambio drástico en México que sacuda el sistema” (3) y agrega “El desencanto con la democracia se ve en toda América Latina. La democracia no es un tema esencial para definir el voto, como la seguridad, el trabajo o comer y poder vivir, todos esos elementos que usted y yo tenemos antes de preocuparnos por ver quién será el presidente”.

En numerosos países, incluyendo Australia, Gran Bretaña, los Países Bajos, Nueva Zelanda, Suecia y Estados Unidos, se ha desplomado el porcentaje de personas que dice que es “esencial” vivir en una democracia, particularmente entre las generaciones jóvenes.

II. CRISIS DE LA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA

Hoy en día, el foco está puesto en las formas de gobierno de los países, incluso algunos regímenes totalitarios buscan disfrazarse dentro de

(3) El país 6 de mayo 2018.

una democracia como fue el caso de los países árabes del Norte de África o el de Corea del Norte, también se puede rescatar el caso de la República Popular China que tiene un régimen unipartidista.

Esto dio mucho material para estudiar y elaborar tesis. Una de las más afirmadas, la teoría de la consolidación democrática, sostiene que una vez que los países desarrollan instituciones democráticas, una sociedad civil robusta y cierto grado de riqueza su democracia está asegurada.

Con los movimientos que se van dando en muchos países —incluyendo los centrales— se diría que la teoría atraviesa un momento de crisis y es para ocuparse. Los más pesimistas se “preocupan”.

Yascha Mounk(4) se pasó los últimos años desafiando una de las presunciones fundamentales de la política occidental: que una vez que un país se convierte en una democracia liberal, así permanecerá.

Su investigación sugiere lo contrario: que las democracias liberales alrededor del mundo pueden estar en serio riesgo.

Mounk y Roberto Stefan Foa (5) reunieron y analizaron datos sobre la fuerza de las democracias liberales y publicarán su conclusión en el número de enero de *The Journal of Democracy*. Actualmente, dijo Mounk, “las señales de advertencia están en rojo”.

La teoría de la consolidación democrática pareció sustentada por los sucesos globales. Los datos de *Freedom House*, una organización que monitorea la democracia y la libertad en el mundo, muestran que el número de países clasificados como “libres” aumentó de manera sostenida de mediados de los 70 hasta principios de los 2000. Sin embargo, desde 2005, el índice de Freedom House muestra que la libertad global cae año tras año.

Estos autores desarrollaron una fórmula de tres factores para detectar si una democracia está aquejada de crisis, antes de que desarrolle síntomas inequívocos.

El primer factor es apoyo público: ¿qué tan importante creen los ciudadanos que sea que su país siga siendo democrático?

(4) Yascha Mounk es un profesor alemán de teoría política en el Departamento del gobierno de la Universidad de Harvard, un Becario Postdoctoral de la Academia de transatlántico de la Fundación Marshall alemana y un compañero no residente en el programa de reforma política de los Estados Unidos.

(5) Politólogo en la Universidad de Melbourne, en Australia.

El segundo era la apertura pública a formas no democráticas de gobierno, como un régimen militar (6).

Y el tercer factor era si “partidos y movimientos antisistema” estaban logrando apoyo entre el público.

Si estaba cayendo el apoyo por la democracia mientras las otras dos medidas estaban al alza, los investigadores catalogaban a ese país como “desconsolidándose”, el equivalente político a una fiebre baja que se presenta el día antes de la gripe.

Por ejemplo, Venezuela disfrutó de las marcas más altas posibles en las medidas de Freedom House de derechos políticos y democracia en los 80. Pero durante ese aparente periodo de estabilidad, Venezuela ya clasificaba como desconsolidándose en la prueba Mounk-Foa (7).

De acuerdo con el sistema de detección temprana Mounk-Foa, las señales de desconsolidación democrática en Estados Unidos y muchas otras democracias liberales hoy son similares a las vistas en Venezuela antes de su crisis.

III. ¿QUÉ DEMOCRACIA? (8)

Debemos, brevemente, plantear una posible categorización indicando tres arquetipos de democracia y de participación: a) la democracia directa, b) la democracia representativa, c) la democracia participativa.

En términos generales y en palabras de Giovanni Sartori, “la democracia que debemos comprender es la democracia política destinada a

(6) La corrupción, causa y efecto del populismo. Dos expresidentes, latinoamericanos Humala en Perú y Lula en Brasil han sido condenados en estos días. Y vienen a sumarse a la condena de Menem por tráfico de armas.

(7) La crisis venezolana muestra, además, un tema inquietante. En palabras de Lorris Zanatta “los estériles debates de América Latina sobre Venezuela fotografían una región lacerada, atravesada por una cortina de hierro ideológica, dividida entre dos concepciones de la palabra ‘democracia’ incompatibles entre ellas: la liberal, típica de los sistemas democráticos occidentales, que con el tiempo se ha extendido a muchos países que la habían rechazada, y la populista, basada en la creencia de un pueblo mítico investido de un derecho histórico a la hegemonía y al monopolio el poder”, *La Nación* del 28/6/2017.

(8) Es un pequeño homenaje a Norberto Bobbio, mi maestro, que escribió *Quale socialismo?* (BOBBIO, Norberto, *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Turín, Italia, 1976).

reducir las múltiples voluntades de millones de personas a una jefatura única”, ya que “la democracia política es aquella que opera en las peores condiciones posibles y no hay que pretender de una democracia a gran escala lo mismo que se puede esperar de una democracia en pequeña escala” (9).

Debo hacer una aclaración metodológica: soy un sistemista —es decir, quienes sostienen que todo es un sistema o una parta de él—. Y en particular un sistemista cognitivista, entendiendo, por ello, una concepción en la cual el sistema no es un “afuera” o un “estar allí”, “mientras seamos capaces de observar y toparnos con esas partes, su sistematicidad surge de relaciones, las cuales son abstractas... experimentamos y hablamos de sistemas, pero no nos topamos con ellos *allá afuera*. Les damos nombres y al hacerlo les proporcionamos existencia” (10).

Dicho de otro modo, un sistema es una construcción mental que tiene un correlato objetivo en el mundo, pero no hay algo así como un sistema objeto y un observador externo (11).

Esto es particularmente importante en los sistemas de los cuales formamos parte. Sus bordes, sus límites, sus componentes y sus relaciones tienen que ver con la concepción mental con la que se los aborda, aunque tengan —como dijimos— un correlato objetivo. Tanto la concepción de la democracia, como los arquetipos de democracia representativa, directa y participativa tienen un correlato objetivo, pero son construcciones mentales nuestras que no necesariamente coinciden, por eso es importante distinguir los tipos y los arquetipos y las respectivas concepciones que manejamos (12).

La democracia representativa está en crisis. En primer lugar, por la crisis de los partidos políticos, pero en general por una falta de confianza por parte de la ciudadanía a las maniobras políticas en general.

Por un lado, las groseras desmentidas ciudadanas a las apuestas de políticos avezados: El fracaso del referéndum pedido por David William Donald Cameron con el Brexit, el rechazo a los acuerdos de Cuba de la

(9) SARTORI, G., *¿Qué es la democracia?*, Taurus, Madrid, 2012, p. 14.

(10) ESPEJO, Raúl - REYES, Alfonso, *Sistemas organizacionales. El manejo de la complejidad con el modelo de sistema viable*, Ediciones Uniandes, Universidad de Ibagué, Bogotá, 2016, p. 7.

(11) MATURANA, H. - VARELA, F., *The Tree of Knowledge*, Shambhala, Boston, Londres, 1992.

(12) Esto se verá mejor en las conclusiones.

pacificación colombiana pedida por Juan Manuel Santos, presidente de Colombia. La derrota de Hillary Clinton en USA a favor de Donald Trump, la pérdida del referéndum sobre la reforma política de Matteo Renzi. La afluencia a las urnas de solo el 46% del electorado en las elecciones políticas de junio 2017 en Italia.

Por otro, el avance de la antipolítica: La aparición de movimientos *antiestablishment* en el mundo se está volviendo una costumbre. Tal vez desde Syriza, en Grecia, con el triunfo de lo que parecía un frente populista antieuropeo y antibanca internacional, se desmantelaba un gobierno completo, además, de un supuesto régimen de acuerdos y negociación.

Hemos visto el creciente peso que Podemos gana en España, ahora frente al escenario de nuevos comicios generales el 26 de junio, donde la fuerza popular de izquierda ha concretado ya una alianza con Izquierda Unida, conformando el primer pacto electoral para las siguientes elecciones (13). La propia elección de Trump con la ropa de contestación a la política tradicional y el surgimiento de muchos “movimientos” no quieren llamarse “partidos” justamente para destacar que son “antipolíticos” (14).

El triunfo del capital: En nuestra época, la concentración de la riqueza es la mayor que conoce la historia humana. Desde una óptica economicista se podría decir que esta observación inicial es una obviedad, porque la concentración de la riqueza es un resultado permanente del capitalismo y, por lo tanto, cada época tendría que superar a la anterior en esa materia. Sin embargo, cuando hablamos de “nuestra época” nos

(13) Por FRAGA, Rosendo, en *NuevaMayoria.com*, 17/6/2016. “La segunda vuelta de las elecciones locales de Italia adquieren significación más allá de sus fronteras por la posibilidad de crecimiento de la llamada ‘anti-política’”. En Roma, la candidata del “Movimiento Cinco Estrellas”, Virginia Raggi una abogada de 37 años que no ha participado en la política tradicional, del movimiento “antipolítica” creado por el cómico “Bepe Grillo” (Giuseppe Piero Grillo) en la década pasada, en la primera vuelta obtuvo 37% de los votos sobre el candidato del centro-izquierda, Roberto Giachetti, que gobierna el país a través de la coalición que respalda al primer ministro Renzi. En las elecciones administrativas de junio 2017 la participación a las urnas ha sido del 46% de los votantes, la más baja en la historia italiana.

(14) La historia no es nueva, para evocar tiempos modernos, empezemos por Berlusconi, quien, después de la causa “Cusani” (*mani pulite*), se presentó ante la ruina de los dos partidos centrales más importantes: la Democracia Cristiana y el Partido Socialista como el no político que salvaría la política. Pero la política es como el rey Midas: todo lo que toca lo transforma en político y Berlusconi fue (y es aún) un político condenado por corrupción que sigue tallando en política.

referimos a un período histórico relativamente breve: el que va desde la crisis económica mundial de los años setenta del siglo pasado a nuestros días, una época de brutal acumulación de recursos en una parte ínfima de la población mundial. En esos años se produce una auto revolución capitalista; de la crisis emerge una nueva configuración social: el capital le gana una batalla fundamental a escala mundial al trabajo. El deslizamiento a saltos de una economía industrial a una economía financiera-informacional y de servicios produce el doble efecto de construir una nueva élite capitalista —acaso la primera que merezca llamarse “global”— y de debilitar material e idealmente al gran sujeto social del siglo XX, la clase obrera.

Las raíces del malestar se remontan mucho más atrás y conectan con la hiperglobalización que se ha vivido desde finales de los años 90 del pasado siglo y con el boom de una serie de tecnologías disruptivas.

Se afirma también que hay una percepción de competencia total, cada vez más acelerada, sobre terrenos desiguales, una guerra de todos contra todos, lo cual produce un tremendo incremento en odio mutuo y una irritabilidad universal. “Si la gente se siente frustrada triunfa la demagogia”, el anarquismo de los desheredados y de los que se sienten superfluos, el nihilismo del lobo solitario. Emergen individuos desafectados, globalmente, que realizan actos de extrema violencia contra sus supuestos enemigos. Para ellos la violencia lo es todo pues carecen de una visión de una realidad política alternativa. Hay quienes caracterizan estas expresiones como una guerra civil global o como una jihad global, donde las organizaciones extremistas encuentran sus reclutas entre los jóvenes desempleados e inapelables, fácilmente y en todas partes (15).

Es de estas semanas la acción del gobierno húngaro encabezado por Fidesz que lanzó una campaña nacional de anuncios publicitarios y televisivos que recuerda las horas más oscuras de Europa.

La campaña utiliza una imagen de un sonriente George Soros con el lema “¡No permitamos a Soros tener la última risa!”.

(15) Ver MISHRA, Pankaj, *La edad de la ira*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2017. Ocurre cuando, por primera vez en la historia, casi todas las personas del planeta tienen un presente común y hay una sensación que todo está fuera de control, que élites arrogantes y fraudulentas humillan a la gente, sensación que traspasa las líneas de las nacionalidades, las religiones y las razas.

Surge, entonces, un mesianismo revolucionario impulsado por el deseo de lograr una solución inmediata y definitiva, el cual denuncia la distribución muy desigual de los beneficios económicos que genera el capitalismo.

Fidesz rechaza las acusaciones de que la campaña es antisemita en su naturaleza y afirma que el objetivo del gobierno húngaro es detener la “campaña de inmigrantes” de Soros, que ellos dicen está promoviendo la inmigración de un millón de inmigrantes ilegales a Europa (16).



Es tiempo de migraciones extraordinarias (17) y no necesariamente queridas, aumento de las desigualdades sociales y de tentativas de políticas globales (18).

IV. SOLUCIONES POSIBLES

Frente a esta crisis de la democracia representativa quedan sustancialmente dos alternativas: 1. Profundización de la Democracia participativa con miras a una democracia deliberativa o 2. Alternativa de Democracia directa con uso de nuevas tecnologías.

El punto 1 o sea la Democracia participativa lo iremos desarrollando a lo largo de la descripción.

(16) La posición actual de Soros sobre la migración es que la comunidad internacional debería prestar más apoyo a los países en desarrollo que acogen hoy al 89% de los refugiados y que Europa debe aceptar a varios cientos de miles de refugiados que han sido sometidos a un proceso ordenado de investigación y reasentamiento. Cree que los solicitantes de asilo cualificados no deberían arriesgar sus vidas cruzando el Mediterráneo para alcanzar la seguridad. Ver <https://www.economist.com/news/united-states/21722176-attacked-politicians-washington-skopje-george-soros-runs-gauntlet>.

(17) La situación internacional es desesperante: millones de personas abandonan sus lugares de residencia en búsqueda de una vida mejor. Los desplazamientos son incasantes desde las áreas menos agraciadas hacia los países más prósperos.

(18) Propuestas de participación ciudadana de la Ciudad de Buenos Aires.

El punto 2 Alternativa de democracia directa con uso de nuevas tecnologías pienso desarrollarlo a continuación, advirtiéndole que también me referiré a las democracias participativas o deliberativas pues no se trata de un *aut aut* entre democracia representativa y democracia directa: hay una serie de instrumentos intermedios que existen y seguramente se ampliará su uso, en el futuro inmediato.

El tema no solo es nacional sino también supranacional. En Europa existe un “Movimiento cambiemos la ruta de Europa” (19) expresa: “Per rispondere al neo-protezionismo USA, al nazionalismo russo e alla trasformazione nella rete dei poteri globali, la riapertura del cantiere europeo appare dunque necessaria al fine di dotare l’Unione europea dei poteri e degli strumenti necessari a svolgere un ruolo autonomo di attore a livello planetario per contribuire ad avviare un nuovo ciclo nel governo dell’interdipendenza segnato da uno sviluppo equilibrato e sostenibile, dalla distensione e dal rispetto della dignità umana.

Non va esclusa nessuna variante della costruzione istituzionale, sia dal punto di vista del metodo che del contenuto del progetto. In questo quadro il Movimento europeo in Italia è convinto che i paesi dell’Eurozona e quelli che vorranno entrare a farne parte sono chiamati a costituire l’avanguardia di una più compiuta integrazione politica per realizzare una Comunità federale (20).

V. ¿UN CAMINO HACIA LA DEMOCRACIA DIRECTA?

El segundo cuerno de la alternativa es la salida a la democracia directa. Magnífica idea en comunidades pequeñas difícilísima en las comunidades actuales nacionales y supranacionales.

Con una reflexión suplementaria: existe la creencia que los ciudadanos se ocupan mucho de política pues hablan mucho de ella. Creencia

(19) Reunión de preparación de su reunión italiana el 14 de septiembre de 2018 en Roma.

(20) Y agrega por si hubiese dudas “E’certo urgente realizzare gli obiettivi fissati dai Trattati, ma occorre tener conto che l’inadeguata ripartizione delle competenze fra l’Unione europea e gli Stati membri non conferisce al livello europeo gli strumenti necessari per agire. Bisogna dunque osare e riuscire a precisare meglio gli elementi essenziali del progetto europeo, del metodo e dell’agenda, con l’apertura ai ‘non addetti ai lavori’ del cantiere europeo affinché diventi uno spazio pubblico dove si dilati la conoscenza pubblica dell’Europa e si completi la democrazia sopranazionale”.

errónea (21). A los ciudadanos les encanta hablar de política, alabando a unos y criticando a otros y delineando algún mundo medianamente imposible. Pero al momento de “ocuparse de política” son pocos los que quedan en el campo (22).

En este momento es difícil saber si la democracia directa es posible en un tiempo previsible, pero es cierto que muchos acontecimientos van llevando hacia ella.

VI. EL GOBIERNO ABIERTO

En muchas partes del mundo se abre paso la idea de presentar o requerir un gobierno abierto esto es una nueva forma de gestión pública, una nueva relación entre los ciudadanos y sus gobernantes. Es una filosofía de gobierno que plantea una gestión pública transparente y colaborativa, a partir de la disponibilidad de la información completa, veraz y suficiente, para que los ciudadanos puedan tomar parte en las decisiones de gobierno de manera idónea y efectiva. Todo basado en una relación constante de ida y vuelta de información entre el Estado y los ciudadanos.

Los comienzos de la Administración Obama en los EE.UU. y sus esfuerzos por modernizar la administración federal significaron el inicio del redescubrimiento del concepto gobierno abierto (*open government*) dentro del sector público en todo el mundo. En este sentido, el *Memo-rándum for Transparency and Open Government* (21/1/2009), incorporó esta cuestión como una prioridad política de primer orden en torno a tres principios claves: colaboración, transparencia y participación.

Gobierno abierto y profundización de la democracia son dos caras de la misma moneda, ya que las medidas para implementarlo constituyen una nueva forma de aproximarse a los ciudadanos, una revolución en la

(21) En reciente investigación el consultor Hugo Haime reveló que al 50% de los electores bonaerenses “no le interesa votar”. ¿A qué se debe este desinterés? ¿Quiénes son los responsables: los partidos, sus (pobres) propuestas? Algunos dicen que no es que no les interese el sistema o la democracia o la república o el futuro, sino que simplemente no están pensando en ello.

(22) Probablemente por eso el viejo partido comunista italiano existía la costumbre de pedirle a los aspirantes a afiliados que repartieran casa por casa el diario Unità. Un viejo dirigente sostenía “quien no está dispuesto a repartir el diario mucho menos lo estará cuando el partido lo necesite”.

forma de utilizar la información de las administraciones públicas o, incluso, una plataforma en la que los ciudadanos se convierten en los verdaderos protagonistas de la democracia cuando hablamos de gobierno abierto nos referimos al acceso y la libertad de información, la protección de datos, la reforma de las leyes sobre secretos oficiales y la necesidad, en una democracia consolidada, de poder obtener información útil y accesible sobre las actividades gubernamentales.

La teoría de la democracia participativa aparece como un intento de combinar adecuadamente el principio de representación con el incremento de la participación política de los ciudadanos. Podemos considerar que la teoría de la democracia participativa es un modelo normativo puro y dentro del amplio espectro de enfoques que pueden ser identificados como tal. Las características básicas que subyacen en la misma son el fomento a la participación directa de los ciudadanos en el gobierno y la deliberación en la formación de la opinión política.

Desde hace una década, y sobre todo a raíz de la crisis económica mundial que comienza en 2008, las presiones para que los gobiernos y sus administraciones públicas se abran al escrutinio público, sean más accesibles y sensibles a las demandas y necesidades de los ciudadanos, y respondan por la confianza política otorgada para gestionar la cosa pública. El debate sobre del tipo de gobierno e instituciones públicas que son necesarias para asumir los retos que impone el siglo XXI es la continuación de una reflexión permanente por adecuar la arquitectura institucional y política, la reforma del Estado y los procesos de modernización de la gestión pública, que se han intensificado en las últimas dos décadas.

Sin embargo, y dado el reconocido fracaso de diversos modelos de reforma y la contradictoria evidencia vinculada a los resultados de las recetas aplicadas bajo el paradigma de la Nueva Gestión Pública (NGP), ha surgido un nuevo movimiento en cuya base encontramos un fuerte cuestionamiento a la forma en que se trabajan los asuntos públicos, que pone de relieve el incontestable fenómeno del uso intensivo de las tecnologías de información y comunicación (TIC) y de las redes sociales (o Web 4.0) (23), que promueve una activa y comprometida participación

(23) Uso este término clásico para quienes se ocupan de nuevas tecnologías, para los menos avezados baste decir que el termino web 0.2 o *Web Social* comprende aquellos sitios web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario y la colaboración en la World Wide Web. Un sitio Web 2.0 per-

de la ciudadanía y que, finalmente, presiona a los gobiernos e instituciones públicas a ser más transparentes, facilitar el acceso a la información que poseen, y a guiarse por nuevos códigos de conducta en cuyo trasfondo residen las nociones de “Buen Gobierno”.

Para la OCDE el término ha evolucionado desde una mirada basada en tres dimensiones relevantes que apelan a contar con una Administración Pública transparente, accesible y receptiva (OCDE, 2006) (24), a un enfoque donde se le considera como plataforma para resolver cómo el gobierno puede trabajar con la sociedad y los individuos para cocrear valor público (OCDE, 2010) (25).

Algunos de los ejemplos más conocidos son los que ofrecen portales web como <http://www.wheredidmytaxgo.co.uk/> o <http://flyontime.us/> en los que se abordan experiencias ligadas a la filosofía del *open government*. En el primer caso, se ofrece la oportunidad a los contribuyentes británicos de conocer el destino de sus impuestos, incorporando en la aplicación unos datos básicos relativos a la renta. En el segundo, la experiencia resulta más llamativa todavía, en la medida que la aplicación desarrollada permite cruzar datos procedentes de dos agencias públicas diferentes, sobre el nivel de puntualidad de todas las compañías aéreas

mite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí, como creadores de contenido, en una comunidad virtual. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades web, los servicios web, las aplicaciones Web, los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos. La web 3.0 son aplicaciones web conectándose entre sí, a fin de enriquecer la experiencia de las personas, haciendo uso de formatos especializados que amplían la información y sugiere otra, esto proporciona autonomía respecto del navegador y construcción de la Web Semántica. Web 3.0 también ha sido utilizada para describir el camino evolutivo de la red que conduce a la inteligencia artificial. Algunos escépticos lo ven como una visión inalcanzable. Sin embargo, compañías como IBM y Google están implementando nuevas tecnologías que cosechan información sorprendente, como el hecho de hacer predicciones de canciones que serán un éxito, tomando como base información de las webs de música. el turno de avanzar hacia la web 4.0 en la que el sistema operativo establecido en la web cobre protagonismo, hacia una Web Ubicua, donde el objetivo primordial será el de unir las inteligencias donde tanto las personas como las cosas se comuniquen entre sí para generar la toma de decisiones. Ya se espera que haya agentes en la Web que conozcan, aprendan y razonen como lo hacemos las personas. Hay ejemplos como ya el sistema Watson de IBM que comprende lenguaje natural y tiene la capacidad de aprender.

(24) “El trabajo de la OCDE 2013-2014”, <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/El%20trabajo%20estad%C3%ADstico%20de%20la%20OCDE%20EBOOK.pdf>.

(25) Evaluación de la OCDE del sector de las nuevas empresas basadas en el conocimiento. http://www.oecd.org/centrodemexico/Evaluaci%C3%B3n_de_la_OCDE_del_sector_de_las_nuevas_empresas_%20IMPRESA-1.pdf.

que operan en todos los aeropuertos de los Estados Unidos, con los datos sobre las condiciones climatológicas. El resultado es la posibilidad de conocer la hora estimada de llegada de un vuelo en el futuro, teniendo en cuenta las condiciones climatológicas previstas para el día y hora de llegada. En los dos casos, los datos puestos a disposición por las administraciones públicas resultan el sustrato necesario que facilita la posterior innovación social. Desde un punto de vista práctico, la puesta en marcha de la iniciativa *Open Government Partnership* ha puesto de relieve el interés y viralidad de este tipo de iniciativas dentro de los gobiernos a nivel global. La declaración original fue planteada el 20 de septiembre de 2011 y establece algunas ideas clave ligadas a la apertura y rendición de cuentas dentro del sector público (26).

Es un nuevo paradigma de gobierno, se basa en tres principios: transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas. El ex-presidente de los Estados Unidos, Barack Obama fue uno de los pioneros cuando en enero de 2009 realizó la siguiente declaración: “Mi administración está comprometida con la creación de un nivel sin precedentes de apertura en el gobierno. Vamos a trabajar juntos para asegurar la confianza pública y establecer un sistema de transparencia, participación pública y colaboración”.

VII. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU INTERÉS EN POLÍTICA

Las nuevas tecnologías han irrumpido con fuerza en la vida cotidiana desde el uso de celulares hasta la difusión de las redes sociales en lo que se denomina TIC. Obviamente la política no podía quedar fuera.

Aunque el periodo de uso haya sido breve hasta ahora, ya podemos decir de la penetración de la telefonía móvil y las nuevas tecnologías es importante. La e-administración avanza con relación a las empresas y menos con respecto a los ciudadanos. Pero avanza.

Las instituciones políticas tratan de usar las nuevas tecnologías pues allí están las nuevas formas rápidas de dar mensajes y recibir respuestas.

(26) “We recognize that equitable and affordable access to technology is a challenge, and commit to seeking increased online and mobile connectivity, while also identifying and promoting the use of alternative mechanisms for civic engagement. We commit to engaging civil society and the business community to identify effective practices and innovative approaches for leveraging new technologies to empower people and remote transparency in government” (Open Government Partnership, 2011).

Las usan para reformular su estructura y reforzar el poder, pero no pueden eliminar los hándicaps de la comunicación y del poder.

Las nuevas tecnologías tienen dos caminos en política: uno más sencillo es el de reforzar los medios actuales de la democracia representativa el otro más lejano y complicado el de favorecer una nueva manera de hacer política.

Internet y la democracia se encuentran y chocan entre la teoría y la práctica, al tiempo que socava los viejos regímenes políticos, de hecho, empuja hacia la realización de una inversión directa. Todavía estamos lejos de una definición de la democracia como el proceso de elaboración de políticas, en la que los gobernantes, consideradas iguales en lo político, controlable y reemplazable, demuestran receptiva a las preferencias de los gobernados.

La receptividad es la función resaltada por Dahl (27) en la definición de la democracia como sistema político que tiene la capacidad de responder a las necesidades de los ciudadanos.

Desde aquí también se plantea lo que el propio Dahl llamado dilema democrático: "...para hacer crecer el tamaño de la póliza, disminuye el control de los ciudadanos sobre el mismo, por lo que la democracia Estado-nación parece que tiene que correr la misma suerte de la democracia de las ciudades-estado" (28).

A partir de la democracia directa, en el modelo del ágora de Atenas, donde se colocan los políticos y la gente en el mismo nivel y donde se ha producido una intervención inmediata de la comunidad en cada una de resoluciones específicas, a través de los instrumentos de referéndum, la iniciativa popular, los referéndums confirmatorio o revocatoria, la democracia representativa, en la que ahora tiene una intervención indirecta las personas se ha inclinado hacia la democracia directa. En las deliberaciones, las cuales, a través de la libre expresión de sus votos, la elección de los titulares de los órganos del estado supremo al que se le asigna la tarea de actuar como su representante (autogobierno, lo que obliga a los ciudadanos suficientemente preparados), para llegar a través del establecimiento de una democracia electrónica donde la mayor velocidad de la información, el creciente deseo de una política más accesible a todos, y la cada vez mayor decepción de los ciudadanos en rela-

(27) DAHL, Robert, *The New American political (dis)order: an essay*. Responses by Richard M. Abrams *et al.*, Institute of Governmental Studies Press, Berkeley, 1994.

(28) *Ibidem*, p. 25.

ción con acciones de los políticos, juegan un papel central en la fase y el procesamiento.

En su libro *La democracia fuerte. Política de participación para una nueva era*. B. Barber establece que “las democracias eficaces necesitan grandes ciudadanos. Somos libres solo si somos ciudadanos y nuestra libertad y nuestra igualdad durar todo el tiempo que dure nuestra ciudadanía (...) Los ciudadanos definitivamente no nace, sino que se convierte como resultado de la educación cívica y el compromiso político en un estado libre” (29). De acuerdo con Barber única democracia fuerte es capaz de mantener viva la democracia, ya que no está garantizado por los líderes políticos, sino por ciudadanos competentes y responsables. La democracia fuerte se centra la atención en la capacidad educativa y la libertad que su ejercicio político puede y debe tener la ciudadanía.

Esto se hace eco de McLuhan (30). La formulación de políticas que se hacen más acuciantes “con el aumento de la velocidad de la difusión de la información, la tendencia en la voluntad política para alejarse de la representación y la autoridad concedida a los elegidos, para acercarse a un lugar implicado dirigido a la comunidad en las decisiones del gobierno”.

Por último, la República Electrónica se realizará cuando se volverá a dibujar las instituciones políticas y replanteando todos los mecanismos políticos que no funcionan y que contribuyen a la creciente frustración de la gente hacia la política. En otras palabras, los estudios sobre la política y el gobierno tendrán que cambiar su orientación y cuestionando no solo en la calidad de la dirección política (de arriba hacia abajo) también, y, sobre todo, en la calidad de la ciudadanía (de abajo arriba).

Norberto Bobbio, lógicamente no haciendo referencia a la red digital, ya en el año 1985 entendió que la democracias directa y representativa no eran suficientes e indicó que “el proceso de ampliación de la democracia en la sociedad contemporánea no se presenta solamente a través de la integración de la democracia representativa con la democracia directa, sino también, y sobre todo, mediante la extensión de la democratización, entendida como institución y ejercicio de procedimientos que

(29) BARBER, Benjamin, *Strong Democracy: Participatory Politics for a New Age*, University of California Press, Berkeley, 1984, p. 247.

(30) McLuhan, M., *Understanding Media. The Extensions of Man*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1964.

permiten la participación de los interesados en las deliberaciones de un cuerpo colectivo, en cuerpos diferentes de los políticos” (31).

VIII. LA DEMOCRACIA LÍQUIDA (32)

La sociedad civil demanda condiciones más participativas y deliberativas en el mundo institucional y social; la idea es promover políticas deliberativas que lleven a la comunidad a tomar decisiones (33).

Al más general concepto de democracia participativa y “que tiene entre sus efectos la desconexión entre gobernantes y gobernados, la ruptura del vínculo representativo entre representados y representantes y el distanciamiento del ciudadano de la vida pública” (Ramírez Nárdiz, 2014: 196), se suma el que se conoce como “democracia líquida” cuya participación se despliega a través de las nuevas tecnologías y más en concreto mediante internet.

En los diferentes portales internet que tratan la idea de democracia líquida, no se encuentra una definición unívoca de esta nueva y posible experiencia. A lo largo de este trabajo indicaré los elementos que caracterizan la democracia líquida, mejor aún la remisión que hice a un trabajo anterior. La democracia líquida es la suma de la democracia directa y participativa que se desarrolla a través de nuevas tecnologías que logran superar el límite representativo al que la ciudadanía le tiene rechazo y que identifican con la actual clase política.

(31) BOBBIO, N., *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 218.

(32) Me he ocupado del tema en el libro *Legislación y Digesto*, Eudeba, Buenos Aires, 2014 y allí me remito para un tratamiento más amplio.

(33) CÁRDENAS GARCÍA, J., “Democracia interna en los partidos y democracia participativa”, [En línea]: www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derestas/cont/1/.../ens8.pdf, p. 151.

Según el portal web *democracialiquida.org*, se trata de que a cada ciudadano se le reconozca la posibilidad de votar las decisiones y realizar propuestas, mediante su voto o cediéndolo a un representante para aquellas decisiones en las que prefiere no participar. En una democracia líquida, “los ciudadanos que desean implicarse en la vida política, pueden hacerlo, y los que optan para no involucrarse, pueden acudir a representantes. Así mismo, cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos puede crear un representante virtual, que publicará su intención de voto en nombre del partido político o corriente de opinión a la que representa”.

En este sentido, entonces, podemos decir que las dos figuras pueden ser compatibles y complementarias, es decir, la democracia participativa-directa engloba la democracia líquida como herramienta técnica para construir una política participativa.

Los pilares de la democracia líquida son, entonces, fundamentalmente dos: la delegación del voto y la construcción de un Parlamento Virtual. Sin embargo, estos dos elementos no pueden tener aplicación si previamente no identificamos el escenario en que deberían impulsarse. La preocupación no reside en la utilización de internet para participar en la política de un país —los avances tecnológicos son imparables y más temprano que tarde el Parlamento virtual si no será una realidad, por lo menos será una posibilidad concreta—; más bien se levantan algunas inquietudes sobre quién y cómo se gestionarán, filtrarán y utilizarán las informaciones que almacenadas en la sociedad de la información se catapultan en la sociedad del conocimiento.

Los partidarios de la democracia líquida identifican la delegación del voto (y la delegación del voto digital) como uno de los puntos cardinales de la política democrática digital. Técnicamente, se trata de confiar el voto a un representante experto por cada materia de actuación. Se asiste, entonces, a una modalidad que, en sus características jurídicas y generales, identifica un mandatario que cumple con instrucciones (Sartori, 1989: 142). Esta técnica no menoscaba la participación directa, es decir, el ciudadano recurrirá a la delegación solo en los casos que no tiene interés o competencia para expresarse conscientemente sobre un tema concreto. Este sistema, además, incluye la “delegación transitiva” donde el nombrado representante puede delegar a otros representantes estableciéndose así verdaderas cadenas de confianza que canalizan los votos (34).

El segundo pilar de la democracia líquida es la creación de un Parlamento virtual que deberá reemplazar el Parlamento tradicional. En realidad, la creación de este tipo de institución virtual resulta más compleja de lo que parece y, de hecho, se trata solamente de la última fase de este traspaso entre un organismo clásico a favor de uno que representa la era 4.0.

El Parlamento Virtual consentirá, siempre según la visión de los partidarios de la democracia líquida, que cada ciudadano ocupe su escaño

(34) http://www.democracialiquida.org/sect/es_ES/4003/Delegaci%C3%B3n+de+%20Voto.html.

y pueda votar, realizar propuestas o delegar su voto en los representantes que elija (por eso la importancia de la delegación del voto) a través de las nuevas tecnologías. A tal propósito y para garantizar la identidad del ciudadano y comprobar la legalidad de su voto, se utilizará el documento de identidad electrónico que, entre otras opciones, incorporará funciones criptográficas de identificación y firma digital (35).

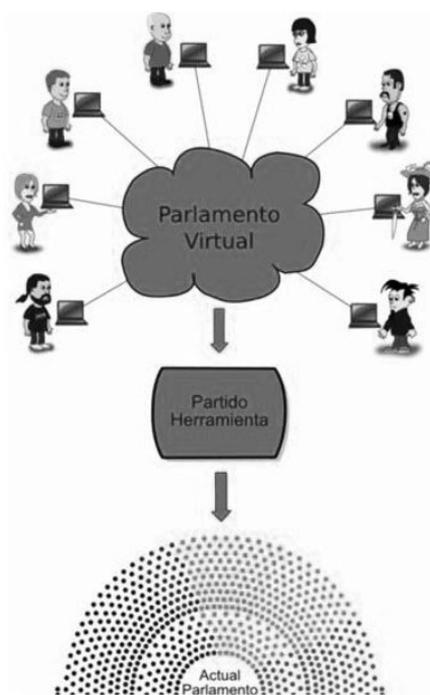
Resulta evidentemente significativo investigar sobre la realización del traspaso de poder entre el Parlamento actual y el Parlamento virtual. La respuesta por los partidarios de la democracia líquida es la creación del Partido de Internet. Se trata de un partido sin ideología política. Un partido que sirve como trámite entre los ciudadanos inscriptos y el Parlamento virtual. En el material difundido por los creadores del Parlamento virtual, se puede analizar la naturaleza de este proyecto que ya se encuentra en una fase avanzada: “nuestro partido propone ser ese caballo de Troya, que jugará al juego democrático actual, para cambiarlo desde dentro”.

Si, a través de nuestros escaños, podemos llevar a las cámaras lo que opina la gente en Internet, habremos implementado una democracia líquida dentro del sistema actual con la intención de crecer y que, finalmente, los partidos sean meros movimientos de opinión en el propio sistema de votación por Internet. En ese momento habremos cambiado el sistema, dicen sus ideólogos. Por lo tanto, se trata de un partido político herramienta, sin ideología propia. La afiliación es gratuita y se financia a base de donaciones voluntarias. Las cuentas son públicas y las listas para las elecciones abiertas. Al reflejar la opinión de todos los que voten a través de Internet, no tenemos una tendencia política establecida.

La democracia líquida funciona así: alguien vota y es el *proxy* de otros en temas ambientales, pero X puede representarte en temas de educación y Z en el área de salud. En cualquier momento puede retomar la representación directa de su voto, para cualquier tema y sin tener que explicar el por qué, “es poder de representación”, de participación en la toma de decisiones colectivas (36).

(35) Esta documentación ya se entrega en los países europeos como Francia, Italia, Alemania, Holanda.

(36) Libre, abierto y distribuido bajo una licencia no restrictiva de MIT, *Liquid Feedback*, el programa para hacer democracia líquida está disponible para su descarga gratuita.



IX. ALGUNOS EJEMPLOS

Las TIC, por sus características de relaciones horizontales, multiplicidad de actores, funcionamiento descentralizado y no acotado geográficamente, permiten —como mínimo a nivel técnico— traspasar el sistema de representación tradicional y avanzar hacia una democracia representativa con una fuerte participación ciudadana, manteniendo el sistema de deliberación social. Así pues, facilitarían la transición de una forma de gobierno tradicional a una forma de gobierno relacional denominada *governance*, incorporándose a un sistema complejo que introduce la participación de varios actores en el gobierno y conlleva cambios en los roles de los poderes públicos, en la posición que adoptan en los procesos de gobierno y en la utilización de nuevos instrumentos de gobierno.

En este marco de *governance* electrónica se potencian formas de participación electrónica diversas. En los años noventa encontramos en

Estados Unidos y Europa algunas experiencias pioneras. Es relevante la *Minnesota e-Democracy*(37) nacida en 1994 con el objetivo de informar sobre los candidatos y los programas electorales.

Actualmente, se ha ampliado a Estados Unidos y permite a los ciudadanos debatir y opinar sobre temas políticos locales, estatales o federales. En el Reino Unido es de notar la *UK Citizens Online Democracy*(38) creada con el objetivo de ofrecer información y fomentar el debate entre los ciudadanos sobre temas de política general. A nivel local se desarrolla la experiencia *Online Democracy in Brent*(39), en la que, además de la consulta a la ciudadanía, también se ofrecía información y se abría el debate ciudadano.

En los últimos años estas experiencias se han desarrollado enormemente. Siguiendo la variable de alcance territorial destaca *Vote for the EU you want*(40) experiencia de ámbito supraestatal impulsada en el 2003 por la Unión Europea con el objetivo de aumentar la participación de los ciudadanos en los debates y la toma de decisiones. Permitía a los ciudadanos votar electrónicamente y emitir sus opiniones en relación con varios temas de interés para la UE.

A nivel autonómico encontramos *Democracia.web*(41) impulsada en 1998 por la Fundación Jaume Bofill con el apoyo del Parlamento de Cataluña, con el objetivo de acercar la ciudadanía al Parlamento. Permite a los ciudadanos comunicarse con los diputados y los grupos parlamentarios, seguir las tramitaciones parlamentarias y hacer llegar propuestas de enmienda. Por otro lado, tiene relevancia la *Web de l'Estatut*(42) impulsada en el año 2004 por la Dirección General de Participación Ciudadana, con el objetivo de habilitar un espacio en Internet para el proceso de participación de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Ofrecía información, varias herramientas de participación como foros de discusión, *chats* y la posibilidad de realizar preguntas y propuestas sobre la nueva ley estatutaria.

(37) www.e-democracy.org.

(38) <https://www.mysociety.org>.

(39) Del Gobierno de Brent: <https://www.brent.gov.uk>.

(40) www.evot.eu2003.org.

(41) www.democracyweb.org.

(42) www.gencat.net/nouestatut.

En el ámbito municipal encontramos *Consensus* (43) experiencia que ofrece varias funcionalidades de participación ciudadana a los municipios, con tal de complementar los procesos participativos presenciales. También a nivel local, encontramos *Madrid Participa* (44), la consulta ciudadana electrónica con más participantes potenciales (136.227 personas) realizada en España. Tiene lugar en Madrid en junio del 2004 y a través de las TIC.

Es preciso señalar que las experiencias mencionadas se encuentran dentro de la estrategia demoelitista, introduciendo cambios en el elitismo democrático sin alterar la lógica de la representación.

El Partido de la Red es una idea y desarrollo de un grupo de emprendedores tecnológicos, comunicadores sociales, educadores y politólogos, que consideraron que el ejercicio de la actual democracia alejaba mucho al ciudadano de los ámbitos de decisión. “El Partido de la Red es un partido político que propone mejorar la democracia aprovechando las virtudes de Internet. En concreto, propone un modelo de participación ciudadana que es un híbrido de democracia directa y democracia representativa”. Este partido se presentó a las elecciones legislativas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en octubre de 2013 con una propuesta novedosa: de resultar ganador, su legislador electo votaría aquello que la ciudadanía le indique. Para poder llevar adelante este nuevo paradigma que proponen, desarrollaron un *software* al que denominaron *Democracia.OS*, una plataforma online, donde el 100% de la ciudadanía podrá votar sobre cada proyecto de ley. Si un ciudadano no se siente preparado para votar frente a una temática, podrá delegarle su voto a otra persona que elija (45).

El partido vecinal de Los Ángeles, proporciona por red todos los datos para informarse y para participar en las decisiones municipales (46).

Democracia 4.0, un partido vinculado al 15M que lleva esta propuesta en su programa “democraciapunto”. Propone una versión seccionada de la democracia líquida, donde solo se permite la delegación del voto en los partidos políticos, por lo que es una visión partidista. El sistema de democracia representativa con los partidos políticos seguiría funcionando, pero todo ciudadano podría ejercer su derecho a voto a

(43) <http://www.e-consensus.org/>.

(44) www.madridparticipa.org.

(45) <http://partidodelared.org/>.

(46) http://scienceandtechlaw.org/wp-content/uploads/2016/12/HSTLJ_V_9-15.pdf.

través de una web gestionada por el gobierno mediante el DNIe. Cuando un ciudadano ejerza el voto, le quitará la cuota de representación que le corresponde al parlamento. Si no vota, delega el voto al parlamento (47).

Aunque es probable que los gobiernos formales permanezcan en la negación tanto tiempo como puedan, las aplicaciones de bloque de bloques ayudarán a estos grupos a registrarse en formas públicas, inmutables y criptográficamente seguras. Desde un punto de vista técnico, sin duda, son más transparentes —y, por tanto, legítimos— de lo que los gobiernos formales están ofreciendo actualmente. Liderando el camino hay una organización con sede en España: Aragón.

Aragón, en su núcleo, es una aplicación que interrumpe la banca de inversión. A través de su aplicación, sencilla y fácil de usar, cualquier persona pronto podrá registrar una organización en la cadena de bloqueo (instantáneamente, cero burocracias involucradas), administrar y vender acciones de la misma. La plataforma también incluirá sistemas de votación que utilizan la democracia líquida —implementada por Democracy Earth— permitiendo que cada miembro tenga plena participación en las decisiones que se toman.

X. LA DEMOCRACIA DIRECTA

Para Andreas Auer (48), “La democracia directa se caracteriza por el hecho de que el pueblo es un órgano del Estado que ejerce, además de las habilidades electorales tradicionales, las responsabilidades específicas en materia constitucional, convencionales, legales o administrativas. Cuando el ejercicio de estas facultades depende de la intervención o la voluntad de otro órgano del Estado, el parlamento o el jefe de Estado, trata de emplearlo o domesticarlo. Es independiente o propia cuando el tiempo y el tema sobre el cual las personas no toman acción que de-

(47) Argumentan que, como el censo de electores en España es de, aproximadamente, 35 millones de votantes y el Congreso de los Diputados consta de 350 diputados, cada escaño equivale a 100.000 votos. Basándose en eso, proponen una democracia directa donde las personas pudieran votar desde su casa (voto por Internet) o desde cualquier otro centro de votación habilitado permanentemente (oficinas de correo, ayuntamientos, etc...), las votaciones del Congreso de los Diputados. Por cada ciudadano que ejerciera su derecho a voto, le restaría la cuota de representación que le pertenece al diputado, dándose el caso de que, si en una votación todos los ciudadanos con derecho a voto votan, elige el pueblo y no el parlamento.

(48) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Zurich y Director de Estudios y Documentación sobre Democracia Directa.

pende de la voluntad de este último, o una norma objetiva sobre la que otros órganos del Estado no tienen ninguna influencia”. Así definida, la democracia directa parece no oponerse a la democracia representativa completa. Pero la definición más tradicional de democracia directa es aquella que elimina a los representantes y establece la participación directa de los ciudadanos en el gobierno de la cosa pública.

En Suiza, como en todos los países democráticos, los ciudadanos eligen a sus representantes. Pero Suiza también da a los ciudadanos la oportunidad de participar directamente en la toma de decisiones. Aunque la democracia directa no es una prerrogativa única de Suiza, el sistema suizo es probablemente el más extenso en el mundo. Los ciudadanos suizos pueden o bien hacer propuestas legislativas, o bien rechazan la legislación ya aprobada por el Parlamento. El único caso en el que el Parlamento puede tomar medidas contra este derecho es si la propuesta legislativa es inconstitucional, o si se viola el derecho internacional.

Si los votantes (por lo general un grupo de interés) se reúnen 100.000 firmas a favor de una iniciativa en particular, la cuestión debe ser sometida a votación en todo el país. En teoría, una iniciativa solo puede ocuparse de asuntos institucionales, pero en la práctica se mantienen en muy diversas cuestiones. Recientemente se pusieron en marcha iniciativas sobre cuestiones tales como recortes en el gasto militar (rechazado) y la limitación de la población extranjera del 18% (rechazado). Las iniciativas más “originales” se centraron en la simplificación del procedimiento para la apertura de casinos (aceptados) y la prohibición de la producción y venta de absenta (recibidas).

La Unión Europea recientemente (1/4/2012) introdujo un instrumento de democracia directa: el derecho de iniciativa de los ciudadanos europeos (ECI). Al recoger un millón de firmas en al menos cinco países de la Comunidad, los ciudadanos pueden pedir a la Comisión que presente una propuesta legislativa. Por lo tanto, es una ley popular en la votación parlamentaria. Por lo tanto, es una ley popular en la votación parlamentaria. Aunque el “movimiento” o “Propuesta popular” (ya que este instrumento también se llama así) no es el más poderoso instrumento de democracia directa, ni tampoco es especialmente original, debe tenerse en cuenta algunas particularidades y la originalidad ECI: es el primer instrumento de democracia directa en un nivel continente. Ha permitido la recogida de firmas válidas en la red.

En Estados Unidos, como resultado del período histórico conocido como el “progresismo”, que duró unas pocas décadas entre finales de 1800 y principios de 1900, y que consiste en un movimiento democrático

que busca reformas para combatir la corrupción y la degeneración de los partidos políticos, en muchos estados se introdujeron instrumentos de la democracia directa. Entre ellos estaba California, el estado más poblado de Estados Unidos, donde se introdujeron instrumentos de democracia directa en 1911 (49). En particular, el referéndum y las leyes de iniciativa popular a una consulta popular.

Las formas de democracia directa en los presentes estados de Estados Unidos son diferentes, estado por estado, y son diferentes de las de los países donde la democracia directa tiene sus raíces (como Suiza). Un resumen de las diferencias está en el texto de Bruno Kaufmann (1994) donde dice que “Las iniciativas populares en California deambulan por el Parlamento por completo, mientras que en Suiza, una vez que las suscripciones necesarias son depositadas, se inicia un proceso muy diferente y amplio de consultas y negociaciones”. Otra diferencia es el aumento de la presencia (en los Estados Unidos) del instrumento de denuncia (llamado “recuperación”), presente solo en algunos cantones suizos. En los Estados Unidos, los instrumentos de la democracia directa son más de veinte. Por ejemplo, los siguientes estados reconocen la ley de iniciativa popular al voto popular: Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Idaho, Maine, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, Nevada, Dakota del Norte, Ohio, Oklahoma, Oregón, Dakota del Norte.

Los instrumentos de la democracia directa están presentes en varios estados del sur de América. El referéndum y la iniciativa popular para una elección popular están en: Bolivia, Colombia, Perú, Uruguay y Venezuela. Costa Rica prevé el referéndum y la iniciativa popular en la votación parlamentaria (una situación similar a Italia), mientras que Ecuador ofrece la iniciativa popular al voto popular, también se están desarrollando nuevas herramientas del referéndum como presupuesto participativo o iniciativas populares para la expulsión de los elegidos antes del final del mandato, referéndum revocatorio.

Mientras que en el pasado la aplicación de la democracia directa “pura” era (por razones prácticas obvias) obstaculizado por el tamaño de los Estados, en la actualidad, el discurso se volvió a abrir gracias al desarrollo de nuevas tecnologías de la comunicación. Gracias a la propagación de las computadoras y la Internet se ha revelado la capacidad técnica seria para manejar un gran “parlamento virtual” a todos los que tienen derecho (e-democracia).” La democracia directa es profesada hoy por diversos movimientos de todo el mundo (*Podemos* en España, *Syriza* en Grecia o el *Movimiento 5 estrellas* en Italia).

(49) http://www.eduplace.com/kids/socsci/ca/books/bkd/wklyrdr/u5_article2.shtml.

El principal teórico contemporáneo de la democracia directa (o el municipio libertario) es Murray Bookchin. Sus ideas se han realizado bajo el nombre de Confederalismo Democrático.

En el Kurdistán sirio la población se levantó primero contra el régimen de Assad y luego contra Isis (famosa es la resistencia de la ciudad de Kobane) (50).

El partido *On line* australiano (51) tiene un comienzo muy claro: “Algunas partes dan control a las organizaciones. Algunos nuevos partidos incluso la intención de que le permiten guardar, negociar, comprar y vender votos en línea. ¡NOSOTROS NO! Damos control al votante. Damos control al votante. Un voto por persona, por edición. Sin ahorro, intercambio, compra o venta de votos”.

01. Stato, Partiti e Pubblica Amministrazione

Aree **Ultimi eventi** **Ultime proposte** **Proposte chiuse**

Finanziamento ai Partiti
Proposte: 0 nuovo · 0 in discussione · 0 in verifica · 0 in votazione · 24 finite · 18 cancellate
Anti-Corruzione
Proposte: 0 nuovo · 0 in discussione · 0 in verifica · 0 in votazione · 31 finite · 12 cancellate
Legge Elettorale
Proposte: 0 nuovo · 0 in discussione · 0 in verifica · 0 in votazione · 36 finite · 14 cancellate
Open Government
Proposte: 0 nuovo · 0 in discussione · 0 in verifica · 0 in votazione · 65 finite · 8 cancellate
Europa e Affari Internazionali
Proposte: 0 nuovo · 0 in discussione · 0 in verifica · 0 in votazione · 16 finite · 0 cancellate

[Condizioni di utilizzo](#) · [Termini di utilizzo](#) · Questo sito utilizza [LiquidFeedback](#)

(50) Una cosa es “profesar” y otra “practicar”. El *movimento 5 stelle* italiano, repárese que dice “movimiento” y no “partido” tiene un pecado de origen: el sitio del partido no está intestado al movimiento sino a dos personas el cómico Beppe Grillo y Cassaleccio. Estos, además, desconocen resultados de la red, como la elección de la candidata a alcalde por Genova Marika Cassimatis, lo que provoca que el movimiento vaya a elecciones sin candidato.

(51) <https://twitter.com/OddemocracyA>.

No hay política partidaria, no hay favores a los donantes, no hay influencia de MP y sigue con una clara determinación de la democracia directa (52).

Partido Pirata es una etiqueta adoptada por partidos políticos en diferentes países. Los partidos piratas apoyan la defensa de los derechos civiles y sociales, democracia directa con el modelo de democracia líquida y participación ciudadana, reformas al copyright y leyes de patentes, el libre acceso al conocimiento (abrir contenidos), los bienes de uso común, la privacidad en la información, la neutralidad en la red y la protección y fomento de Internet, con un acceso igualitario a la misma, incluido el ámbito rural. Actualmente encontramos, una red de 60 partidos piratas en el mundo. Aquellos que tienen mayor participación en el gobierno en elecciones nacionales, se destacan Alemania con el 2,1% de los votos, República Checa con el 2,66%, Suecia con 0,43%, Islandia 5,10%, Ucrania 9,0%. Posee actualmente un eurodiputado.

La base de los Partidos Pirata son los derechos civiles, el derecho a la democracia directa, la participación ciudadana, la transparencia, la reforma del copyright y el sistema de patentes, el acceso a la cultura (Cultura libre), privacidad, libertad de información, educación gratuita y sanidad universal. Los Piratas defienden la neutralidad de la red y el derecho de acceso a Internet universal y sin restricciones, como condición para ello.

El 1 de enero de 2006, bajo el liderazgo de Rickard Falkvinge se fundó el primer Partido Pirata (*Piratpartiet*) en Suecia (53).

(52) Democracia directa en línea (Formalmente Senator Online) Los miembros del Parlamento (Senadores y Cámara de Representantes) votan de acuerdo con la clara mayoría de votos del público (USTED) al hacer leyes. Todos en la Ronda Electoral de la AEC podrán votar de forma gratuita cualquier ley o cualquier nueva ley australiana. Nuestro partido ha aprobado los requisitos de registro para la AEC y está listo para disputar la Elección Federal 2016. Democracia a través de la tecnología, usando Internet podemos regresar a un sistema que refleje sus verdaderas posiciones en temas importantes. Recuperar el poder de los políticos, intereses especiales y grupos de presión y ponerlo de nuevo donde pertenece: En sus manos - ¡Ahora podemos!

(53) El nombre es heredado de *Piratbyrå* una organización que luchaba contra las leyes del *copyright*. Miembros del *Piratbyrå* había fundado previamente un *tracker* de BitTorrent conocido como The Pirate Bay. *Piratbyrå* es la versión sueca de la organización danesa *PiratGruppen*, llamada así debido a que se fundó para oponerse al lobby del grupo antipiratería *AntiPiratGruppen* de Dinamarca. La etiqueta "pirata", que ha sido usado por los medios de información y la industria cultural en numerosas campañas en contra de la infracción de los derechos de autor, es usada de forma reivindicativa. La ideología del Movimiento Pirata precede a la constitución de los primeros Partidos Piratas y está fuertemente influida por la ética *hacker* y el movimiento del *software* libre; ambos de varias décadas de antigüedad.

La democracia directa electrónica es una forma de democracia directa en la cual Internet y otras tecnologías de comunicación electrónica se usan para mejorar la burocracia involucrada con los referendos, registrando electrónicamente los votos. Muchos partidarios piensan que también se pueden incluir en esta noción las mejoras tecnológicas al proceso deliberativo, o incluso a la gestión de gobierno para acercarla a los ciudadanos. A la democracia directa electrónica se le llama a veces *EDD* (muchos otros nombres se usan para lo que es esencialmente el mismo concepto).

Según el concepto de aplicación moderada de la tecnología a la democracia directa, los ciudadanos tendrían el derecho de votar en asuntos legislativos ante el parlamento o el congreso, escribir nuevos proyectos legislativos y revocar representantes en cualquier etapa.

Un ejemplo contemporáneo que toma un acercamiento evolucionario a la Democracia Directa Electrónica es aquel en el que los representantes conducen referendos independientes, usando Internet u otras tecnologías de la comunicación. Este paso potencial hacia la democracia directa electrónica no requiere cambios constitucionales, ya que simplemente refuerza la relación entre el elector y el elegido. El extremo sería aquel en el cual los representantes electos del pueblo en un parlamento o en un gobierno se limitasen a transmitir a los ciudadanos aquellos proyectos que se proponen a su decisión, y hacer efectivos después los resultados de esos referendos electrónicos. Actualmente existen movimientos como Democracia Directa Digital y Partido de internet en España o Asociación Civil Eudemocracia en Argentina que abogan por dicho sistema.

Objeciones que vienen de la democracia directa se aplican a la democracia electrónica, como, por ejemplo, el potencial de los gobiernos de irse hacia el populismo y la demagogia. Autores como Kampen y Snijkers (1914) han expresado el temor al populismo, ya que consideran que, en todo caso, las minorías siempre sufren los costos de las elecciones insuficientes. El populismo exige mayor participación ciudadana pero no necesariamente una deliberativa.

J. Haskell apunta que los mecanismos de democracia directa no previenen de la tiranía de la mayoría, basándose en la conocida “paradoja del voto” por la cual un grupo social, aun formado por sujetos racionales y conscientes, no siempre es capaz de ordenar sus elecciones de forma coherente y por tanto, las mayorías siempre estarán compuestas por coaliciones de minorías inestables, por lo que rara vez, expresarán instrucciones políticas claras y comprensivas, lo que, a su vez, puede llevar a concluir que el voto directo no siempre expresa la voluntad popular mejor que la decisión de los representantes. Así, según el autor, una demo-

cracia representativa podría reflejar mejor el interés público representando mayor diversidad en una sociedad plural, diversa y compleja. Por tanto, lo que sería verdaderamente necesario, es utilizar los mecanismos de democracia electrónica para crear y consolidar procedimientos que permitan revisar las decisiones políticas y escuchar a todos los intereses de la sociedad.

Por otro lado, existen objeciones más prácticas, relacionadas con la brecha digital entre aquellos con acceso a los medios de la democracia electrónica (teléfonos móviles y conexiones a Internet) y los que no los tienen, como también el costo del gasto en las innovaciones de democracia electrónica.

Tecnologías contemporáneas como listas de correo electrónico, redes p2p, software colaborativo, wikis, foros de Internet y blogs sirven como pistas y soluciones potenciales tempranas para algunos aspectos de la democracia electrónica; igualmente, también son muestras de algunos asuntos asociados al territorio, como la imposibilidad de sostener nuevas iniciativas o de proteger contra el robo de identidad, la sobrecarga de información o el vandalismo.

C. R. Sunstein (2009) afirma la necesidad de preguntarnos, a la hora de evaluar las nuevas tecnologías de la comunicación, de qué forma puede afectarnos como ciudadanos y no solamente preguntarnos de qué forma nos afecta como consumidores de una sociedad capitalista, sobre la base de exigirnos responder a la cuestión de qué clase de ciudadanos queremos ser, qué papel queremos jugar y en qué clase de democracia queremos vivir.

Además de críticas sobre el fondo del tema, hay también críticas formales o de seguridad, por ejemplo, la facilidad con la cual las redes de computadoras son atacadas. Últimamente dos ejemplos han sido contundentes: WannaCry y Pet, ya que son dos *ransomwares* (54).

XI. CONCLUSIONES

Existen estudios de las tendencias internacionales que muestran la paralización de la curva ascendente de países que se incorporan a los sistemas democráticos a partir del 2005 y una regresión de esa curva. Otros estudios muestran formas de alarma frente a la pérdida de interés,

(54) Un *ransomware* es un virus o programa malintencionado que bloquea los archivos del usuario hasta que pague un “rescate” o acceda a las peticiones de los hackers.

en algunos países, hacia las formas democráticas de gobierno. ¿Hay una crisis de la democracia? Parecería que no, pero hay signos inquietantes de pérdida de libertad como evidencia *Freedom House*.

Personalmente, no estoy demasiado inquieto, pero no olvido que los regímenes democráticos son raros históricamente y tienen una componente peligrosa como es la libertad que permite a mucha gente que no cree en la democracia servirse de ella para llegar al poder y luego echarla a la espalda.

Los números de los países que van abandonando las características de la democracia crecen. Venezuela y Turquía son ejemplos recientes, pero también cierto desprecio a la libertad de prensa como evidencia Donald Trump, no nos hace hablar de abandono de la democracia, pero sí son signos alarmantes que podrían repetirse y aumentar.

¿Hay crisis de la democracia representativa? Esta sí, no puede disimularse frente a los yerros catastróficos de políticos avezados con respecto a la voluntad popular y la estima creciente de la opinión pública ante manifestaciones de antipolítica.

¿Cómo resolverlo? Sustancialmente hay dos salidas claras: una la democracia participativa que es la democracia representativa más transparente, más deliberativa y más cercana a los votantes.

Una vez más debo reiterar que es falsa la percepción popular que considera a la política el principal tema de la vida de los ciudadanos. Como dijimos antes a la masa le encanta “hablar” de política, pero a la hora de elegir prefiere con mucho el fútbol, como espectador. Recordemos la indicación metodológica del sistemismo y en particular el sistemismo cognitivista: estamos trabajando con clasificaciones de sistemas de gobierno: democracia y autoritarismo; democracia representativa y directa; democracia participativa y líquida. Todas son construcciones mentales que tienen referentes objetivos en el mundo, pero el subrayar un componente en detrimento de otro puede configurar sistemas que sean diferentes no tanto en sus componentes como en su estructura y mecanismo (55).

La democracia directa requiere un compromiso y una actividad que no es usual (56) y de eso hay que tener cuenta. Es cierto que las nuevas

(55) Para aclarar todos estos conceptos ver MARTINO, A. A., *La sistémica en Mario Bunge*, <https://es.slideshare.net/dmelop/la-sistmica-en-mario-bunge>.

(56) Los griegos tenían a los periecos para trabajar mientras ellos se dedicaban a la *res publica*. Sin embargo, Aristóteles considera a la democracia el “gobierno de los pobres”, pues si no trabajan por hacer política nunca serán ricos.

tecnologías facilitan la participación que antes era impensable para espacios nacionales vastos y densos, inclusive para espacios supranacionales (57). Es notable ver como inclusive los partidos tradicionales usan las plataformas electrónicas para hacer política (58).

Las nuevas tecnologías dividen por edades a la población siendo poco el uso que se da en los miembros de la tercera edad. Pero la necesidad tiene cara de hereje y ya se están haciendo a la idea de que para usar los aviones con bajo costo en USA y Europa deben aprender a usar sus celulares para hacer el *check in*.

El otro tema que va subrayado es que cada vez más los ciudadanos se ocupan de “cómo se gobierna” y no solo “quién gobierna”; vuelve a ponerse de moda un tema que parecía caduco: “el buen gobierno” (59). Norberto Bobbio se ocupó de la definición de un buen gobierno, la prueba de tres de las formas más comunes de buena gobernabilidad, heredada del clásico, por primera vez por Platón y Aristóteles. De acuerdo con el análisis típico-ideal preparado por este autor, hay “dos criterios principales para distinguir entre el buen gobierno y la mala gestión [...] La primera: el buen gobierno es el gobernante que ejerce el poder de conformidad con las leyes preestablecidas e inversamente mal gobierno es el gobierno de quien ejerce el poder sin respetar ninguna ley, sino la de su propio capricho. La segunda: el buen gobierno es el gobernante que hace uso de su poder para perseguir el bien común, el mal gobierno es el que hace uso de la facultad de perseguir su propio bien. Esto trae dos odiosas figuras típicas: el caballero que da ley en sí mismo, el autócrata en el sentido etimológico de la palabra, y el tirano que usa el poder para satisfacer sus propios placeres” (Bobbio, 1983: 237).

Las nuevas tecnologías facilitan la participación que antes era impensable para espacios nacionales vastos y densos, inclusive para espacios supranacionales. Es cierto que, en este momento, el uso de la tecnología para hacer política de representación directa es una utopía. Pero ¿Por cuánto tiempo? Hay ya partidos como los piratas, los partidos de la Red y todos los que se basan en una e-política que están trabajando en

(57) Como se vio con el ejemplo último de la Unión Europea.

(58) Muy interesante el análisis de campo de SIXTO GARCÍA, José - ÁVILA GÓMEZ, David, en “Presencia online y participación social de los partidos políticos españoles entre el 20D y 26J”, en *Question, Revista de Comunicación de la Universidad de La Plata*, www.question.unlp.edu.ar, El uso de las nuevas tecnologías en los cuatro partidos españoles más votados. Pdf.

(59) BOBBIO, N., “Governo degli uomini o governo delle leggi?”, en *id.*, *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Turín, 1991.

muchas partes del mundo y con notable éxito. En el fondo creo, se irá dando una mayor participación ciudadana a través de las nuevas tecnologías primero en la administración pública, así como hoy en los bancos y poco a poco en la política.

Sin embargo, estamos lejos de una efectiva democracia directa con medios digitales y no tanto por los medios cuanto por la cultura que debe acompañarlos y que requiere tiempo para asentarse.

Entre tanto es posible que tengamos salidas a democracias liquidadas siempre y cuando los embates sobre las democracias resulten derrotados y la democracia representativa acepte el camino hacia una democracia participativa.

La democracia está amenazada hoy por el populismo (60) imperante. En Europa ya hay partidos que han llegado al gobierno, el último es el de Conte en Italia, que ha asumido su carácter populista si bien redefiniendo términos. Y la Buena elección del Movimiento 5 Estrellas (nótese que no quieren llamarse “partidos”) se hace con consultas populares en un sistema informático lleno de defectos que se llama Rousseau.

Pero este es otro problema que trataremos separadamente.

La crisis de la democracia representativa es evidente, hay también amenaza a la democracia *tout court*. La salida a la primera crisis es o bien una democracia participativa y hay varios ejemplos de esto, o una democracia directa con medios electrónicos. Para esta segunda solución creo que debe pasar tiempo para mejorar las comunicaciones, educar en el uso de las nuevas tecnologías y hacer aceptar por los políticos el uso de las mismas (61). Es difícil predecir cuanto tiempo habrá que esperar y en cuales países o contextos.

(60) Entiendo por populismo un sistema de gobierno que cree poco en la democracia, la usa si gana las elecciones, son nacionalistas, dan mucha injerencia al Estado y crecen en sociedades que tienen indigentes y empresarios que no quieren asumir el riesgo de empresa sino ser protegidos. Entre los valores republicanos prefieren la igualdad a la libertad. Son inestables. Si todo va muy bien pueden transformarse en partidos competitivos en la democracia, la mayor parte de las veces terminan en regímenes autoritarios.

(61) El político vislumbra las dos cosas: la velocidad y la mejora en la comunicación y por eso usa mucho WhatsApp y el peligro que conlleva la transparencia frente a sus maniobras *non sanctas*.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL. ESCRUTINIO ESTRICTO DEL ART. 30 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL. CONTROL JUDICIAL DEL PROCEDIMIENTO

POR SUSANA CAYUSO

Uno de los temas más conflictivos ha sido, y es, la viabilidad o no de ejercer control sobre una reforma constitucional y, en su caso, su alcance y cuál es el órgano habilitado para hacerlo. Reconocer el control de la reforma constitucional conduce a analizar el aspecto referido a la naturaleza del procedimiento y de los órganos que lo pueden llevar a cabo. La disposición del art. 30 es una norma de derecho positivo cuyo texto es producto de la voluntad del poder constituyente originario. Desde esta consideración se trata de un poder derivado, con una competencia asignada, para un fin determinado y mediante el cumplimiento de un procedimiento reglado. En primer término, cabe sostener que, por aplicación del art. 30, la habilitación constitucional de reformar en todo o en parte impediría controlar o cuestionar la modificación total del texto constitucional y aun la transformación del sistema. Es posible sostener que la norma prevé la propia destrucción del sistema democrático con sustento en la decisión de la soberanía del pueblo y del sistema de representación. El derecho de la sociedad a cambiar las reglas de juego.

Sin embargo, tan amplia posibilidad es limitada por los requisitos de procedimiento, mayorías requeridas, instrumento de decisión, acto preconstituyente y acto constituyente. El procedimiento jurídico de gestación de la reforma, al igual que el de formación y sanción de la ley, o de todos los actos que producen efectos jurídicos, deben cumplir con el principio de legalidad sintetizado en el fino acatamiento de los requisitos y etapas de creación.

Lo cierto es que la norma constitucional nada dispone acerca de controles sobre el procedimiento que regula, razón por la cual habrá que

recurrir a la interpretación integradora con otras normas, principios y valores de la estructura constitucional.

En tal sentido, la pregunta central apunta a reflexionar acerca de la existencia de control del procedimiento de reforma, del órgano facultado para hacerlo y del alcance del mismo. Para buscar la respuesta creo que debemos descartar los dos extremos: a) No hay control sobre una reforma constitucional, lo que parece contradecir la afirmación de que se trata de un poder derivado y ejercido bajo determinados condicionamientos; b) Es posible el control del contenido de la reforma, lo que parece contradecir la primera parte del art. 30 y el principio según el cual la decisión y alcance de la reforma tienen un fuerte contenido político sustentado en el consenso de las mayorías.

Descartadas las posiciones extremas, queda por definir si estamos dispuestos a aceptar que el cumplimiento del procedimiento en sus diversas etapas y, en el ámbito de competencias de cada uno de los poderes que intervienen, debe ser materia de eventual control como medio para asegurar que el art. 30 funcione como una garantía efectiva.

La derivación de admitir el control consiste en que tanto el Congreso como la Convención son poderes constituidos, y que como tales están en igualdad de condiciones con el resto de los poderes, a los efectos del ejercicio de la función propia y excluyente para la cual están convocados. Ahora bien, en el sistema constitucional de derecho adoptado por la Argentina, es el Poder Judicial el encargado de realizar el control de constitucionalidad de actos y normas.

A tales efectos, cabe previamente advertir que el procedimiento de reforma constitucional está regulado por una norma expresa lo que obliga al operador jurídico a encarar su interpretación con un parámetro de escrutinio estricto con el propósito de no alterar los fines que tuvo en mira el constituyente originario al disponer un mecanismo especial que ligo en forma directa con el principio de supremacía dispuesto en el art. 31 de la norma fundamental.

El diseño constitucional del procedimiento de reforma se corresponde con una norma base escrita y rígida. Tal decisión traduce la voluntad del constituyente originario de vedar la reforma de los artículos constitucionales mediante leyes infraconstitucionales, razón por la cual establece un procedimiento especial para su modificación calificado por dos etapas y por una mayoría agravada.

El procedimiento implantado por el art. 30 es un acto de naturaleza complejo, ya que las etapas a las que nos referimos obligan a la interven-

ción en primera instancia del Congreso de la Nación, que en su condición de órgano representativo de la voluntad popular debe declarar la necesidad de la reforma. Posteriormente el pueblo de la Nación es convocado para elegir una Convención Nacional Constituyente que tendrá a su cargo materializar la reforma. Dicho de otra manera, en la segunda etapa del procedimiento de reforma constitucional el pueblo retoma el ejercicio del poder político y mediante el voto elige a los integrantes de la Convención. La reforma constitucional es un acto esencialmente político, ya que requiere, con carácter previo, un fuerte consenso de los actores sociales, pero dará por resultado un producto jurídico representado por la modificación o complementación de las normas constitucionales.

El procedimiento instituido por el art. 30 constituye una garantía del sistema, un reaseguro para evitar la posibilidad de reforma permanente del texto constitucional, razón por la cual se encuentra ubicado en la primera parte del texto y desde allí impregna el accionar de los poderes constituidos.

Lo cierto es que la norma en cuestión no establece límite alguno en cuanto al contenido de la reforma, ya que expresamente consagra que puede ser “en el todo o en cualquiera de sus partes”, pero la condición de legalidad y legitimidad es el cumplimiento del procedimiento que a tales efectos puede ser considerado el único requisito pético que contiene la Constitución Nacional. Su violación significa que el acto dejará de ser el resultado del ejercicio del poder constituyente reformador o derivado para convertirse en un acto meramente político, que ha quebrado el plexo jurídico y cuya pretensión es convertirse en poder constituyente originario.

La declaración de necesidad de la reforma debe ser dictada por el Congreso de la Nación, constituyendo una facultad propia, exclusiva y excluyente.

Ahora bien, la norma constitucional no da ninguna pauta acerca del contenido de la declaración de necesidad de reforma. La única pista la proporciona el primer párrafo, ya que habilita reformar en el todo o en cualquiera de sus partes. La doctrina ha discutido acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una declaración de necesidad de reforma en términos generales sin determinación de normas o temas específicos. Algo así como carta blanca a la Convención para que lo resuelva. Lo cierto es que exigir constitucionalmente que el Congreso declare la necesidad de la reforma supone juicios de valor acerca del mérito, oportunidad y conveniencia, y para ello el órgano legislativo deberá fundar el sentido de los cambios propuestos.

En consecuencia, el tema está en la extensión de la reforma propuesta más que en la forma de enunciarla. En los antecedentes argentinos se han utilizado tanto el sistema de individualización de artículos sometidos a reforma, así como declaraciones más generales con mayor libertad de acción para la Convención Reformadora. La Constitución de 1949 es un ejemplo de habilitación de reforma constitucional general, que en la práctica significó el dictado de una Constitución con diferencias sustantivas respecto de la de 1853/60.

Por el contrario, en la reforma de 1994 se utilizó lo que podríamos denominar categorías de normas o temas cuya reforma se propuso o se prohibió. En efecto, se estableció un grupo de normas y temas que integraron el denominado “núcleo de coincidencias básicas” —producto del acuerdo entre los dos partidos mayoritarios que tuvo su origen en el Pacto de Olivos, antecedente político de la reforma—; en un conjunto de temas habilitados para la discusión por la Convención Constituyente y en una serie de artículos constitucionales cuya reforma estaba especialmente vedada, concretamente los que integraban la primera parte del texto constitucional, arts. del 1º al 35.

La ley declarativa de la necesidad de la reforma, por imperio de los acuerdos políticos y por el temor al incumplimiento de aquellos en el seno de la Convención, dispuso que los temas del “núcleo de coincidencias básicas” debían aceptarse o rechazarse en bloque —por tal razón el artículo de la ley que lo establecía fue denominado “cláusula cerrojo” (1)—,

(1) Dos diputados nacionales, Pollino y Bravo —Fallos 317: 335 (1994)— promovieron un amparo tendiente a obtener la inconstitucionalidad de la ley 24.309 en tanto exigía un modo de votar el “núcleo de coincidencias básicas” por considerar que se violaban atribuciones de los convencionales constituyentes. Invocaron su doble calidad: de ciudadanos y representantes del pueblo. Dijo el Tribunal:

— La condición de ciudadano no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve a considerar presente el requisito de la “causa” o “controversia” que habilita la función mencionada (del voto de la mayoría).

— Solo debe considerarse ley aquella que lo es en sentido constitucional, para lo cual deben seguirse las formalidades previstas en la Constitución Nacional. Negar la posibilidad de controlar el cumplimiento de esos requisitos so pretexto de la existencia de una decisión del Congreso que no los cumple y a la que se ha denominado “ley” equivale a impedir tal control en forma absoluta, consagrando como válida la mayor ilegalidad que es, justamente, la violación de la Constitución Nacional (disidencia del doctor Fayt).

— Al margen de las polémicas doctrinarias sobre el alcance de expresiones como la de “interés legítimo” y otras que la situación sugiera, nacidas las más de ellas no en

mientras que los temas habilitados quedaban a consideración discrecional de la futura convención.

En el ámbito ya de la Convención Constituyente convocada para encarar la reforma propuesta una de las cuestiones claves en teoría constitucional es el alcance de su competencia y el grado de autonomía que debe reconocérsele.

De la interpretación del art. 30 se derivan algunas consecuencias en este sentido. En primer término, si se reconoce que la voluntad del constituyente originario fue establecer un procedimiento de reforma con la concurrencia de la voluntad política jurídica de dos órganos —Congreso de la Nación y Convención Constituyente— ambas deben conciliarse. Por ello, el acto preconstituyente de declaración de la necesidad de la reforma condiciona a su vez la competencia de la Convención. El marco legislativo será la frontera para el ejercicio de la función específica de aquella. La consecuencia de tal principio es que la Convención no puede exceder los puntos de reforma indicados en la ley declarativa. Pero a su vez, y debido a su función constitucional, tiene la competencia para resolver reformar solo algunos de los puntos propuestos o ninguno. Es lo que se puede denominar una autonomía acotada

Este diálogo institucional tiene un fundamento jurídico profundo en el estado constitucional adoptado por la norma fundamental. Un juego de controles y límites, precisamente porque se trata de una garantía para el sistema y la fuente primordial del principio de supremacía constitucional. La relación de voluntades entre el Congreso de la Nación y la Convención Constituyente pierde todo sentido si el operador constitucional decide reconocerle a la Convención un ámbito de facultades más allá de lo dispuesto en la ley declarativa. La consecuencia de tal interpretación neutraliza la etapa preconstituyente, desconoce el sentido de la misma y pretende habilitar un marco discrecional para la Convención, con un tratamiento preferente. Con tal razonamiento se quiebra la estructura jurídica del procedimiento de reforma sin advertir que tanto el acto preconstituyente como constituyente propiamente dicho descansan en los principios de representación democrática republicana, cada uno en el campo de sus competencias.

el campo del derecho constitucional, sino en otras de jerarquía infra constitucional, debe admitirse que se resuelva a partir de la simple invocación de la condición de ciudadano que reclaman de los jueces el cumplimiento de la Constitución, si ella se encuentra en trance de ser alterada de un modo que pueda ser considerado contrario a sus propias disposiciones (disidencia del doctor Fayt).

Es evidente que este acto complejo asigna a la voluntad de cada órgano que interviene un propósito diverso. El Congreso de la Nación es el encargado de ponderar la necesidad de la reforma y el qué se reforma y la Convención actúa como órgano de reaseguro de dicha decisión, esa es la razón por la cual podría decidir no reformar nada o reformar parcialmente lo propuesto, pero tiene vedado exceder lo decidido por el Congreso. Insisto, si ello no se interpreta con tal alcance el artículo 30 debe considerarse absolutamente incoherente, ya que desplazaríamos la concurrencia de voluntades para la ejecución del acto por la preeminencia de una voluntad sobre la otra.

La soberanía popular está precisamente resguardada por el equilibrio entre las dos voluntades que se manifiestan a través del Congreso de la Nación y de la Convención.

Es posible concluir que el procedimiento especial de reforma constitucional es un acto complejo en el que concurren las voluntades de dos órganos cuya actuación, al estar reglada por norma expresa les reconoce a ambos la naturaleza de poderes constituidos. Este modo de lectura de la norma, como ya dije, equilibra la porción de soberanía popular que cada uno ejerce y, a su vez, advierte que el resultado de tal acto debe estar sometido al control en un pie de igualdad con los otros poderes constituidos y, hasta que se encuentre un sistema más adecuado, aquel está en manos del Poder Judicial.

A partir de tal conclusión, en cada supuesto en que se formule un cuestionamiento referido al posible exceso del ámbito de competencia asignado a alguno de los órganos que intervienen, habrá que revisar en cada caso concreto la toma de decisión y sus límites.

Y a tal punto ello es así, que en la reforma de 1994 el poder preconstituyente dispuso incorporar la “cláusula cerrojo” respecto del “núcleo de coincidencias básicas”. Ello se tradujo en la votación por *todo o nada*. Fue fuertemente cuestionada, ya que tal decisión del órgano preconstituyente condicionaba y limitaba la facultad de la Convención para resolver en el marco de la competencia y autonomía tradicionalmente reconocidas, sin embargo, la propia Convención aceptó tal limitación.

El conflicto constitucional analizado en el fallo Fay(2) y recientemente en el fallo Schiffrin (3), respecto a las modificaciones introducidas

(2) Fallos 322:1609.

(3) Fallos 340:257.

por la Convención en el art. 99 inc. 4º, párr. 3º, se centra en las siguientes cuestiones a resolver

- a) ¿El sistema constitucional argentino habilita el control de constitucionalidad del procedimiento reglado en el art. 30?
- b) En caso de ser afirmativa la respuesta ¿Cuál es el alcance de dicho control?
- c) En referencia a la cuestión debatida en ambos fallos, determinar ¿Si la Convención reformadora de 1994 tenía atribuciones para reducir la duración del mandato de los jueces o si excedió el límite de su competencia?

Si admitimos lo planteado en el punto a y b, la Corte Suprema de Justicia de la Nación al modificar la decisión del caso Fayt, debía demostrar que la ley declarativa de reforma constitucional autorizó a la Convención a modificar el tema en debate.

Solo se trata de verificar si la Convención Constituyente, en el marco de su competencia acotada, y mediante un escrutinio estricto de la disposición expresa del art. 30, estaba autorizada por el mandato preconstituyente a introducir tal reforma.

De acuerdo con el enfoque que he asignado al art. 30 de la norma fundamental, según mi criterio, el debate requiere confrontar lo dispuesto en la ley declarativa de la necesidad de la reforma con el resultado jurídico en el tema en disputa para concluir si la regla introducida estaba expresamente dispuesta en el acto preconstituyente o, en su caso, adoptando una interpretación menos estricta, fundar claramente las razones que lo habilitaban implícitamente a partir de presupuestos explícitos

Excede su competencia el poder judicial en general y la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular, si transita en sus argumentos aspectos de fondo de la reforma en otros temas, porque ello implica pronunciarse valorativamente sobre el contenido de la decisión del Congreso de la Nación o de la Convención, con manifiesta transgresión a lo dispuesto en el art. 30.

No se trata de analizar la cuestión en debate comparándola con otros artículos reformados o con el alcance de otros temas modificados. El único párrafo cuestionado en los casos de referencia es el que dispuso "Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que

cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”.

A su vez, en la Disposición Transitoria Undécima se dispuso “La caducidad de nombramientos y la duración limitada previstas en el art. 99 inc. 4º entrarán en vigor a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”.

En relación con ello, no configura un razonamiento jurídico constitucional adecuado ponderar los efectos de aquella norma, las consideraciones políticas de sus alcances por el paso del tiempo, ni si resulta del agrado o no de los operadores la variable de la edad dispuesta, ni el análisis de razones y motivos para establecer el límite de edad y su vigencia y, mucho menos, juicios valorativos sobre la conveniencia.

Tampoco integra el debate la trascendencia de otros temas modificados o incorporados por la reforma. Tal modo de lectura constitucional a los efectos de interpretar el procedimiento de reforma y la relación entre acto preconstituyente y competencia de la Convención es peligroso, confuso y de posible manipulación en otros supuestos.

El nivel de escrutinio que se adopte debe aplicarse al art. 30 de la norma de base, por ello, recurrir al concepto de la deferencia hacia el órgano reformador, considerando como tal solo a la Convención, neutraliza el rol que cumple el Congreso de la Nación en este procedimiento y resulta contradictorio con el principio constitucional que le asigna el carácter de órgano representativo de la voluntad popular dentro del sistema, una de cuyas manifestaciones precisas recepta el art. 30.

Considerar que en caso de duda prevalece la plenitud de poderes de la Convención, además de demostrar que en el caso concreto existen dudas, implica habilitar un eventual ejercicio del poder constituyente originario y, en consecuencia, debilitar el control de constitucionalidad sobre los alcances de la competencia de la Convención reformadora.

En el procedimiento de reforma constitucional el juicio de compatibilidad no es material sino adjetivo.

Por ello, la clave de la cuestión a dirimir es fundar adecuadamente si la ley 24.309, que declaró la necesidad de reforma parcial de la norma base, dispuso en el núcleo de coincidencias básicas o en los temas habilitados la inclusión de la limitación de edad para los jueces, agregada en el párr. 3º del art. 99 inc. 4º.

El primer párrafo de la norma citada mantiene su texto original en cuanto a la atribución del Presidente de la Nación para nombrar a los magistrados de la Corte Suprema de la Nación con acuerdo del Senado, agregando la mayoría requerida, el modo de computarla y la realización de sesión pública; el párr. 2º es la consecuencia directa de la incorporación del Consejo de la Magistratura, previsto expresamente en el Núcleo de Coincidencias Básicas, para lo cual se dispuso la incorporación de un artículo nuevo y la reforma del art. 86 inc. 5º (hoy art. 99 inc. 4º) (4).

(4) *Constitución Nacional - Ley 24.309 - Declaración de la necesidad de su reforma.* Sancionada: diciembre 29 de 1993. Promulgada: diciembre 29 de 1993.

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc., sancionan con fuerza de Ley:

Art. 1º. — Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de. 1860, 1866, 1898 y 1957.

Art. 2º. — La Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los siguientes artículos: 45, 46, 48, 55, 67 (inciso 27), 68, 69, 70, 71, 72, 76, 77, 78, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86 (incisos 1, 3, 5, 10, 13, 20), 87 y 99.

b) Reformar el Capítulo IV, Sección II, Parte Segunda de la Constitución Nacional.

c) Incorporar dos nuevos incisos al artículo 67, un nuevo inciso al artículo 86, un nuevo artículo en un nuevo capítulo de la Sección IV de la Parte Segunda de la Constitución Nacional y un nuevo artículo en el Capítulo I de la Sección III de la Parte Segunda de la Constitución Nacional.

d) Sancionar las cláusulas transitorias que fueren necesarias. La finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilita este artículo 2 se expresa en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que a continuación se detalla:

Núcleo de coincidencias básicas...

...H. Consejo de la Magistratura.

Un Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente, de modo que procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias, y de los abogados. Será integrado, asimismo, por otras personalidades del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley.

Serán sus atribuciones:

1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores.

2. Emitir propuestas (en dupla o terna) vinculantes para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores.

3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia.

4. Ejercer facultades disciplinarias.

5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados.

6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación del servicio de justicia.

En efecto, el art. 2º de la ley 24.309 indicó expresamente aquello que podría modificar, reformar, incorporar y sancionar la Convención Constituyente, explicitando que la finalidad, el sentido y el alcance de la reforma que habilitaba el artículo se expresaba en el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas que se detallaba en la misma norma. De ello se infiere la relación fuerte y directa entre ambos extremos, al tiempo de constituir un límite contundente dirigido a la Convención.

Siguiendo con este análisis dicho artículo dispone en los puntos H, I y J los alcances de la incorporación del Consejo de la Magistratura y de las modalidades, órganos y procedimiento para la designación y remoción de magistrados —miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y jueces federales—, precisando en el punto I las acotadas alternativas —mayorías requeridas para designación de los jueces de la Corte Suprema y modalidad de propuesta vinculante del Consejo de la Magistratura para los demás magistrados en dupla o terna— que decide dejar sometidas a la elección de la Convención (con modificación del art. 86 inc. 5º hoy párrs. 1º y 2º del art. 99 inc. 4º).

* Todo ello por incorporación de un artículo nuevo y por reforma al artículo 99 de la Constitución Nacional.

I. Designación de los magistrados federales.

1. Los jueces de la Corte Suprema serán designados por el Presidente de la Nación con acuerdo del Senado por mayoría absoluta del total de sus miembros o por dos tercios de los miembros presentes, en sesión pública convocada al efecto.

2. Los demás jueces serán designados por el Presidente de la Nación por una propuesta vinculante (en dupla o terna) del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado en sesión pública en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos.

La designación de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

* Por reforma al artículo 86, inciso 5 de la Constitución Nacional. Las alternativas que se expresan en el texto quedan sujetas a la decisión de la Convención Constituyente.

J. Remoción de magistrados federales.

1. Los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación serán removidos únicamente por juicio político, por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes.

2. Los demás jueces serán removidos, por las mismas causales, por un Jurado de Enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados, abogados y personalidades independientes, designados de la forma que establezca la ley.

La remoción de los magistrados de la ciudad de Buenos Aires se regirá por las mismas reglas, hasta tanto las normas organizativas pertinentes establezcan el sistema aplicable.

* Por reforma al artículo 45 de la Constitución Nacional.

A su vez, el punto J mantiene el juicio político y las causales de remoción para los magistrados de la Corte Suprema y determina que los demás jueces serán removidos por idénticas causales, pero por el Jurado de Enjuiciamiento, para lo cual dispone la reforma del art. 45 (hoy art. 53).

El art. 3º enuncia los temas habilitados para la libre discusión por la Convención. En el punto E dispone "...actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente de la Constitución Nacional...".

Es oportuno resaltar que el artículo que regula la modalidad de la duración del mandato de los magistrados no fue modificado y es hoy el art. 110 (anterior art. 96).

Conforme lo dispuesto en el art. 2º —Núcleo de Coincidencias Básicas—, en el tema que nos ocupa y como ya dije, el Congreso de la Nación explicita su voluntad con precisión respecto a la cuestión de fondo a reformar y a la necesidad para ello de incorporar artículos nuevos y de modificar el art. 86 inc. 5º, lo que da lugar a la introducción del párr. 2º del art. 99 inc. 4º, para distinguir el modo de elección de los miembros de la Corte Suprema de aquel que corresponde a los demás Jueces Federales. Y en relación con tales reformas, indicar la modificación del art. 45, hoy art. 53.

Las variables expuestas son las que deben ser confrontadas para buscar la respuesta más adecuada al conflicto producido. A tales efectos, agregaría algunos interrogantes ¿Es posible ponderar si la introducción de una edad límite es un nuevo requisito de posible remoción —ya que tiene un procedimiento especial de ratificación o rechazo— no contemplado ni en el art. 53 ni en el 110 de la norma fundamental? ¿Influiría este concepto para determinar la competencia de la Convención? ¿Establecer una edad límite para el ejercicio del cargo de los integrantes de otro de los poderes constituidos puede ser considerado una actualización de facultades del Congreso y del Poder Ejecutivo?

La soberanía popular está sujeta a las reglas y límites que se ha auto impuesto en el texto escrito de la norma de base. Es precisamente en el procedimiento especial de reforma constitucional donde se aprecian en acción dichos límites y divisiones de competencia, y ello representa el sentido del concepto de república. Tales parámetros limitan a su vez las alternativas de interpretación y de fundamentación en el contexto fáctico jurídico, con independencia de concluir que la Convención Constituyente actuó dentro de su competencia o la excedió.

DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL. INCONSTITUCIONALIDAD E INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN (1)

POR MARÍA SOFÍA SAGÜÉS

I. DE LA CONSAGRACIÓN NORMATIVA HACIA LA REALIZACIÓN FÁCTICA

El derecho constitucional, en los inicios del siglo XXI, tiene como protagonistas modernos textos supremos, muchos de ellos rebosantes de enunciados referidos a derechos de segunda y de tercera generación. Sin embargo, frente a maravillosos catálogos ideales, llama la atención el duro divorcio entre “letra” y “realidad” constitucionales y el grave contraste entre el “exceso normológico” (“inflación” de normas) y el “defecto sociológico” (“carencia” de realizaciones prácticas) (2). En este marco, el problema central de numerosos órdenes constitucionales no es el procurar la defensa ideológica de la idea liberal de Constitución, sino de lograr su realización efectiva y concreta (3).

La doctrina y jurisprudencia constitucional ha reaccionado mayoritariamente de manera crítica a las falencias en la realización de los textos normativos, señalando la vital importancia de la subsanación de las defi-

(1) La presente investigación tiene su base en el artículo “Garantías de control de la inconstitucionalidad por omisión”, publicado en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, México, 2002, t. III, ps. 2499 y 2003, t. IV, p. 3087.

(2) BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina”, en obra colectiva, BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Temis, Santa Fe de Bogotá (Colombia), 1997, p. 42.

(3) VEGA GARCÍA DE, Pedro, “Prólogo” a la obra de SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 18.

ciencias fácticas de los derechos constitucionales. Especialmente, acentúan la necesidad de la regulación de medios procesales idóneos y suficientes a los fines de procurar se efectivicen de los derechos consagrados.

Una variable de violación a la norma fundamental se presenta en aquellos supuestos en que los poderes constituidos del estado se abstienen de dar cumplimiento a los mandatos constitucionales necesarios para la efectiva vigencia de las pautas supremas. Este fenómeno, conceptualizado como “inconstitucionalidad por omisión” se muestra, entonces, como una de las manifestaciones que más contribuye a ahondar la dialéctica norma-realidad.

El incumplimiento por parte de los poderes del estado de aquellas acciones necesarias para la efectiva vigencia de las pautas consagradas por la constitución constituye una patología del orden jurídico que reclama pronta respuesta. Más su mera consideración debe necesariamente ser acompañada por la generación de vías idóneas para el ejercicio del control de constitucionalidad sobre estas omisiones, abriendo sendas válvulas procesales capacitadas para dar cauce tuitivo a los derechos de la persona.

Por otra parte, no debe obviarse el aporte positivo que se desprendería de este control, dado el carácter ejemplificador que posee toda sanción al incumplimiento normativo, con el consiguiente efecto moralizador, fundamental factor de consenso social frente a la crisis del sistema político y judicial que padecen numerosos países.

I.1. La fuerza normativa de la Constitución

La problemática señalada no resulta novedosa, sino que subyace a la idea misma de fuerza normativa constitucional. La realización del orden normativo supremo reclama el accionar no solo de los particulares, sino a todos los poderes del estado. Caso contrario, los postulados constitucionales se desdibujarían en manos de quien detente el poder en una sociedad determinada. Ello así, si se parte de la base de sostener que “una Constitución no es una simple hoja de papel subordinada a la voluntad de los gobernantes de turno” (4).

(4) LASALLE, Ferdinand, “¿Qué es una constitución?”, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1989, ps., 78 y ss., cit. por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en obra colectiva, BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., p. 146.

La idea de fuerza normativa de la Constitución, conforme fuera sostenida por Konrad Hesse(5), radica en su pretensión de vigencia, de adaptabilidad a las circunstancias(6).

El concepto proyecta diversas perspectivas. En el presente estudio nos concentraremos en aquella que refiere a “su aptitud para regular (en forma y contenido) la producción de normas subconstitucionales y de los actos y omisiones de sus operadores” (7). En consecuencia, “el vigor normativo de la Constitución implica la *efectiva vinculación jurídica* (y no solamente *política*) de los poderes públicos —entre ellos el *legislador*— a las disposiciones constitucionales, que consagran *mandatos jurídicos* y no meras expresiones de deseo(8).

De tal fuerza normativa se concluye el “carácter exigible judicialmente de su cumplimiento” (9). En la actualidad la constitución nacional, en cuanto norma jurídica, participa necesariamente de la denominada “fuerza normativa”. Base y consecuencia lógica de la doctrina de la supremacía constitucional, este extremo no es susceptible de reparos ni cuestionamientos por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria(10). En síntesis, “la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo” (11).

Cabe adherirse a una concepción absoluta de la fuerza normativa de la constitución, sobre la base de la cual la totalidad del ordenamiento jurídico, es decir, las normas infraconstitucionales y los hechos, actos u omisiones, tanto de autoridades como de particulares, se encuentran comprendidos bajo la supremacía constitucional(12). Conforme señala

(5) HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, trad. por Pedro Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, ps. 61 y ss.

(6) *Ibidem*, ps. 19 y ss.

(7) SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 19.

(8) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, Fundación Konrad Adenauer, Colombia, 2014.

(9) LANDA, César, “La fuerza normativa constitucional de los derechos fundamentales”, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bju/libros/8/3514/4.pdf>, p. 1.

(10) En este sentido, ver BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 19-20.

(11) BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., p. 3, con especial referencia a la sentencia nro. 18, 1981, del Tribunal Constitucional Español.

(12) Cfr. SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., p. 13.

Francisco Fernández Segado, “el dogma liberal de la soberanía absoluta del Parlamento, como es sobradamente conocido, ha sido sustituido en nuestro tiempo por el de la soberanía de la Constitución” (13).

La fuerza normativa de la constitución no solo es absoluta porque abarca a todos los sujetos, sino también porque es propiedad de la totalidad de sus normas. En este sentido, la normatividad es una cualidad de todo el texto constitucional, debiendo predicarse tanto de sus normas operativas, como de las normas programáticas, principios y valores constitucionales (14), con las aclaraciones que se desarrollarán más adelante.

En el caso específico argentino, Víctor Bazán desprende la autoafirmación expresa de la fuerza normativa de la Constitución del artículo 36 de la norma fundamental, que sostiene que “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático...” (15).

Ahora bien, partiendo de los postulados mencionados, es necesario acentuar la existencia y eficacia de los mecanismos tendientes a extinguir las inconstitucionalidades por omisión. Señala Bidart Campos que “para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la constitución, mediante alguna forma de *control* que recaiga sobre su paralización. O sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio” (16).

(13) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica?”, en obra colectiva, BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., p. 13.

(14) BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 52.

(15) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., p. 347.

(16) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., p. 21.

I.2. Libertad del legislador y el temor al gobierno de los jueces (17)

Ante la necesidad de control de las omisiones inconstitucionales, se plantea un primer escollo, consistente en el temor de habilitar invasiones por parte del órgano controlador en las facultades privativas del órgano controlado.

Algunos autores, entre los que puede citarse a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, cuestionan la legitimidad de este instituto al considerar que se violaría la discrecionalidad del Poder Legislativo respecto de las condiciones relativas al tiempo y forma de efectivizar la promesa del texto constitucional (18).

En primer lugar, tradicionalmente se ha enfatizado cierta “discrecionalidad” o “libertad” del legislador en miras a satisfacer la obligación genérica de legislar constitucional, con la consiguiente “libertad” para disponer el momento y modo en que se adopta el andamiaje legislativo que permite la operativización de la norma constitucional. Alemania brinda una respuesta interesante al tema a la luz de la categoría de “la libertad de configuración del legislador” (*gesetzgeberischen Freiheit*), superadora de la tradicional “discrecionalidad” (*Ermessen*) (19).

En este sentido, citando a Schneider, explica Bazán que “la *razonabilidad* en el ejercicio de aquella libertad es una de las piezas cruciales del engranaje que mueve las relaciones entre el legislador y el tribunal constitucional o la corte suprema de justicia en cuestión. Si bien estos últimos órganos deben conducirse con deferencia prudente y reflexiva respecto del margen de apreciación del legislador, este último no puede ignorar *ad aeternum* las demandas de actuación concreta que la Constitución le marca” (20).

Si bien la problemática sentada obliga a ser sumamente cauteloso, cabe inclinarse a sostener que el control de la inconstitucionalidad por

(17) Vg. LAMBERT, Edouard, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité de lois*, M. Giard & Cie, París, 1921.

(18) GONÇALVES FERREIRA FILHO, Manoel, “Uma falácia: a inconstitucionalidade por omissao”, en *O Estado de Sao Paulo*, del 25/6/1987, p. 32, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 13.

(19) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., p. 49.

(20) Ídem.

omisión no necesariamente implica un quebrantamiento del orden arquitectónico constitucional.

Dentro de los lineamientos del “Estado de Derecho”, la función de creación normativa es propia del Poder Legislativo, pudiendo este desenvolverse, de manera activa y omisiva, dentro del campo de su discrecionalidad (21). Sin embargo, el reconocimiento de facultades propias del poder ejecutivo o legislativo no implica otorgarle poderes absolutos, “como una patente de corso que autorice al legislador a actuar a su antojo” (22).

Al contrario, esta posibilidad de control sobre el accionar de los órganos del Estado se desprende de la misma forma republicana de gobierno, y es reclamada por ella. En este sentido, “el ejercicio de los derechos genéricos de la ciudadanía, dentro de los cuales se encuentra el control de los gobernantes y de sus actos y, en general, la verificación sobre las distintas instancias del poder nacional, se estima como un requisito esencial para la plena vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales” (23).

En este sentido, como ha puntualizado Gómez Puente, “si bien el control de la actividad legislativa entraña riesgos de injerencia del juzgador en las funciones político-normativas del legislador, tales riesgos son inherentes a la propia función jurisdiccional, a la actividad de control en sí misma, e independientes del objeto de ese control y, además, están presentes tanto si se trata de controlar un acto, como de hacerlo sobre una omisión legislativa” (24).

Es la misma norma constitucional la que reclama el control en el órgano en omisión, ya que “la causa final del control de las omisiones inconstitucionales se emplazaría en la necesidad de ‘recomponer’ el

(21) KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, Textos Universitarios, México, 1969, p. 321.

(22) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en obra colectiva, BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., p. 143.

(23) CEPAL - IIDH, “Informe del seminario sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los derechos económicos, sociales y culturales”, puntos 33 y 34, Revista IIDH, t. 20, julio-diciembre 1994, p. 288.

(24) GÓMEZ PUENTE, Marcos, “La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control”, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, p. 270.

imperio de la Constitución, cuya supremacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente” (25).

Por su parte, dada la necesidad de existencia de control, el órgano custodio de la supremacía constitucional se encuentra habilitado, por su propia naturaleza, a ejercerlo. Es decir, “si la función por excelencia del órgano de justicia constitucional consiste en controlar regularidades de la actuación de los poderes públicos, y sobre todo del legislador, tan inconstitucional será una actuación positiva del legislador que vulnere el orden constitucional como su no-actuación cuando esta está constitucionalmente prevista” (26).

El temor a los abusos del órgano controlador no puede acarrear el consentimiento de la violación de normas constitucionales. Por el contrario, estos abusos deben encontrar superación desde otra perspectiva, que se articula a la luz del sistema de frenos y contra pesos, y los mecanismos específicos de control inter poderes previstos por el ordenamiento constitucional específico. En esta línea, Pizzorusso, cita como posibles ejemplos la autolimitación judicial (*self-restraint*), la posibilidad de que el órgano remiso dicte en cualquier momento la norma..., el sometimiento a juicio político o a jurado de enjuiciamiento a los jueces que cometieran faltas graves...” (27).

En un segundo lugar, debe destacarse que es necesaria una peculiar cautela a los fines de determinar con exactitud cuándo nos encontramos frente a una *omisión inconstitucional*, susceptible de control de constitucionalidad, a fin de diferenciarla de aquellos supuestos en que la actitud tomada por el órgano competente —supuestamente omitente— se encuentra dentro de los límites constitucionales de su accionar, por lo que aplicar dicha solución implicaría invadir por parte del Poder Judicial esferas propias de otros poderes del estado.

Finalmente, una regulación adecuada y cautelosa de los efectos de la constatación de las “omisiones inconstitucionales”, permitiría un adecuado respeto del ordenamiento arquitectónico constitucional, evitando la generación de conflicto de poderes, como se verá más adelante.

(25) BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 45.

(26) FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 65.

(27) PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional*, Centro de Estudios constitucionales, Madrid, 1984, t. II, ps. 342 y ss. cit. por BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 105.

Estos aspectos, tales como características del mandato constitucional con respecto al cual se instrumenta el control, órganos omitentes, y efectos del control, son aspectos específicos previstos en los diversos mecanismos de control de inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado, por lo que serán analizados específicamente al estudiar las diversas soluciones normativas aplicadas al tema.

Ahora bien, también puede constatarse, en el caso argentino, de una omisión de generar mecanismos específicos de control de las omisiones constitucionales, a pesar de que se verifica un número sumamente relevante de omisiones legislativos. En consecuencia, en la ponderación del rol institucional del poder judicial frente a las omisiones en estudio, no debe perder de vista tres escenarios en los que se sitúa el conflicto. En primer lugar, una circunstancia interna que ha contribuido a la expansión del marco de acción clásico del Tribunal. Sin duda, el proceso de desconstitucionalización, el incumplimiento de los mandatos constitucionales, la existencia de normas supremas que se diluyen frente a la pasividad de los poderes ejecutivos y legislativos, pueden potenciar al órgano de control de constitucionalidad, el cual robustece su marco de acción, en miras a vigorizar la fuerza normativa de la ley suprema. Así, ha señalado la doctrina que

En concreto, el activismo judicial se vincula con el proceso de desconstitucionalización desde dos perspectivas. En primer término, podría señalarse que, justamente, la potenciación de la judicatura se ve originada en la omisión de los otros poderes en el cumplimiento de sus funciones, proceso que en sí mismo constituye una desconstitucionalización. Así, la mutación del rol clásico de la Corte constituiría una variable superadora de dicho proceso. Ahora bien, cabría preguntarse si, en esta dinámica, la asunción por la Corte Suprema de Justicia de un rol activo puede llegar a constituir, en sí misma, el desmembramiento del sistema de división de funciones estatuido por la Constitución, de tal modo que el remedio pueda llegar a ser peor que la enfermedad.

Por su parte, desde la perspectiva comparada, sin duda la influencia del modelo concentrado, o bien mixto, de control de constitucionalidad, puede haber contribuido a la adopción de nuevas modalidades de acción por la Corte Suprema. Finalmente, a ello ha contribuido las exigencias de los sistemas regionales de protección de derechos humanos, los cuales, mediante el recurso a su jurisdicción tuitiva, abren las puertas, e incluso exigen, la adopción de pautas interpretativas tuitivas por los órganos judiciales nacionales, con la consiguiente reformulación de su accionar jurisdiccional.

En definitiva, la ausencia de previsión normativa de un mecanismo específico de control de inconstitucionalidad por omisión no puede ser concebida como la negación de tal control, en la medida que ello conllevaría la afectación de la supremacía constitucional. Ello ha sido expuesto de manera palmaria por el Tribunal Constitucional de Perú, quien señaló que la falta de previsión de una garantía no implica concluir “que el sistema constitucional se encuentre desvalido o indefenso frente a las infracciones a la Constitución que se producen por omisiones normativas absolutas o relativas. Afirmar lo contrario sería tanto como reconocer que el carácter normativo de la Constitución es sólo un rótulo decorativo desprovisto de toda entidad sustancial” (28).

Finalmente, también debe señalarse que la doctrina del control de inconstitucionalidad por omisión no entra en conflicto con la de las cuestiones políticas no justiciables. Como explica Víctor Bazán, “sería jurídicamente endeble un eventual argumento negatorio de la posibilidad de ejercer control de constitucionalidad sobre las omisiones inconstitucionales, esgrimiendo que se estaría ante la presencia de una cuestión política (*political question*), por ende, no susceptible de ser alcanzada por la fiscalización judicial... porque la constitución es la norma suprema de un ordenamiento jurídico y si ella ostenta vigor y densidad normativos, el garante del mantenimiento de tal supremacía efectiva es la justicia constitucional, que tiene la atribución-deber de ejercer tal control” (29).

I.3. El derecho a la normación (derecho a la legalidad)

Francisco Fernández Segado sostiene que el no dictado de las normas reglamentarias necesarias a los fines de la implementación y efectividad de los derechos enunciados en textos constitucionales, importaría una violación al derecho a la normación (30). Básicamente, considera que existe una pretensión subjetiva accionable, y, por lo tanto, un *derecho a la normación* en los casos en que la ausencia de norma impide al interesado el ejercicio específico de un derecho o libertad del que es constitucionalmente titular (31).

(28) Expte. nro. 05427-2009-PC/TC, f.j. 19.

(29) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones constitucionales y convencionales*, cit., p. 282.

(30) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 12.

(31) *Ibidem*, p. 37.

En el mismo sentido, Gomes Canotilho expresa que “El punto crucial del problema... es el de si la ausencia de una norma reguladora que inviolabiliza el ejercicio del derecho o libertad constitucional no pone de relieve una perfecta imbricación entre la dimensión material del derecho y su dimensión procesal, posibilitando de esta forma el reconocimiento de una pretensión subjetiva accionable, con lo que ello entraña de admisibilidad de un derecho a la normación en los específicos supuestos anteriormente referidos” (32).

Este punto resulta relevante a la hora de plantear los mecanismos procesales de composición de las omisiones inconstitucionales, como se verá más adelante.

I.4. La obligación internacional de los estados de proveer recursos eficaces de derecho interno. Función del Poder Judicial

Como se ha presentado supra, el tema en estudio no debe olvidar que cuando la omisión genera la vulneración de derechos reconocidos en el marco del bloque de constitucionalidad el razonamiento debe incluir la óptica de los instrumentos internacionales que imponen a los estados el deber de proveer recursos eficaces de derecho interno, con el correspondiente del individuo reclamante de utilizarlos como requisito de admisibilidad de la petición internacional (33).

En efecto, “el cumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales de protección requiere el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicarlas normas internacionales” (34). En este sentido, los estados tienen la obligación de respeto y garantía, en cuyo marco deben adoptar las medidas de orden interno necesarias para garantizar los derechos consagrados en el pacto.

Este extremo establece que “Los estados partes en tratados de derechos humanos se encuentran, en resumen, obligados a organizar su

(32) GOMES CANOTILHO, José J., “Tomemos à serio o silêncio dos poderes públicos. O direito à emanação judicial contra as omissões normativas”, en DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Salvio (COORD.), *As garantias do cidadão na justiça*, São Paulo, Saravia, 1993, p. 361, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., ps. 37-38.

(33) Cfr. art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento con jerarquía constitucional en Argentina, cfr. art. 75 inc. 22 de la CN.

(34) CANCAO TRINDADE, Antonio A., “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”, en el *Futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1998, p. 586.

ordenamiento jurídico interno de modo que las supuestas víctimas de violaciones de los derechos en ellos consagrados dispongan de un recurso eficaz ante las instancias nacionales. Esta obligación adicional opera como una salvaguardia contra eventuales denegaciones de justicia o atrasos indebidos u otras irregularidades procesales en la administración de justicia. Con esto al menos quedan impedidos los gobiernos de los Estados partes de obstruir acciones ante los tribunales nacionales (en el proceso de agotamiento de los recursos de derecho interno) para obtener reparación de daños resultantes de violaciones de los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos. La operación de los deberes complementarios de utilizar los recursos de derecho interno (de parte de los reclamantes) y de proveer tales recursos eficaces (de parte de los Estados demandados) contribuye así para una mejor apreciación de la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el contexto de la protección de los derechos humanos” (35).

En consecuencia, ante la inexistencia de una garantía que permita controlar las omisiones inconstitucionales, el poder judicial debe reaccionar cubriendo la falencia, y dando pleno cumplimiento al art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El mismo poder judicial posee sobre su cabeza el peso de garantizar remedios eficaces en la tutela de los derechos de la persona.

Por supuesto, la ineficacia o falta de preparación judicial no puede ser invocada por los estados para no dar satisfacción a los derechos y garantías consagrados por la Convención. Dentro de los deberes de aplicación y protección consagrados por el art. 2º de la Convención Americana de los Derechos Humanos, surge que los “Estados deben financiar, individualmente o en cooperación con la Organización de Estados Americanos y otras instituciones regionales, programas de entrenamiento para educar sus jueces de todos los niveles, comenzando por la suprema corte y cortes constitucionales, en la Convención, su interpretación en la jurisprudencia interamericana y su implementación por las cortes nacionales” (36).

Este extremo, señala Cancao Trindade que “...el énfasis pasa a recaer en la tendencia de perfeccionamiento de los instrumentos y mecanismos nacionales de protección judicial. Este cambio de énfasis atribuye *mayor*

(35) CANCAO TRINDADE, Antonio A., *El derecho Internacional de los derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago (Chile), 2001, p. 304.

(36) BUERGENTHAL, Thomas - CASSELL, Douglas, “The future of the Inter-American Human Rights System”, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1998, p. 560 (traducción del autor).

responsabilidad a los tribunales internos (judiciales y administrativos), convocándolos a ejercer actualmente un rol más activo —sino creativo— que en el pasado en la implementación de las normas internacionales de protección. Si por un lado esto puede a corto plazo revelar o exponer insuficiencias o deficiencias en el ejercicio de esta función ‘ampliada’ de administración de la justicia, por otro lado puede, a mediano y largo plazo, acarrear consecuencias positivas” (37).

El autor citado considera necesario, en consecuencia, un cambio de mentalidad en los mismos miembros del poder judicial. “El día en que prevalezca en nuestro sistema regional una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones internacionales de protección, habrá un cambio de mentalidad que, a su vez, fomentará los necesarios perfeccionamientos —sobre todo procesales— del sistema regional de protección. Mientras perdure la actual mentalidad, conceptualmente confusa y por lo tanto defensiva e insegura, persistirán las defensas indebidas al derecho interno, cuyas insuficiencias y deficiencias irónicamente requieren la operación de mecanismos de protección internacional” (38).

II. PARÁMETROS DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN Y SU CONTROL

El Derecho Procesal Constitucional ha intentado captar el fenómeno, a través de la previsión de mecanismos tendientes a instrumentar el control de la inconstitucionalidad por omisión, pueden citarse los ejemplos del art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 —no vigente— (39), el art. 279 de la Constitución portuguesa de 1976, texto inicial (40), el art. 283 de la Constitución por-

(37) CANCAO TRINDADE, Antonio A., *El derecho internacional...*, cit., p. 300.

(38) CANCAO TRINDADE, Antonio A., “Reflexiones...”, cit., p. 585.

(39) “Art. 377: Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución de la Constitución de la RSFY, de las leyes y de otras disposiciones y actos generales federales, estando obligados a dictarlas, informará de ello a la Asamblea de la RSFY”. DARANAS PELÁEZ, Mariano, *Las Constituciones europeas*, Editora Nacional, Madrid, 1979, t. II, p. 2272.

(40) “Cuando la Constitución resulte incumplida por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales, el Consejo de la Revolución podrá recomendar a los órganos legislativos competentes que las dicten en un plazo razonable”, DARANAS PELÁEZ, Mariano, *Las Constituciones europeas*, cit., p. 1634.

tuguesa tras la reforma de 1982 (41), art. 103 inc. 2º de la Constitución Nacional de Brasil (42) (así como constituciones de los estados miembros de la unión entre las cuales puede nombrarse al Estado de Río Grande do Sul —art. 95-1 de la Constitución de 1989—, y la Constitución de Santa Catarina, del mismo año), el texto constitucional de la República Bolivariana de Venezuela (43), la Constitución del Estado de Veracruz en México (44), Chiapas (45) y, en Argentina, la Constitución de la Provincia

(41) “1.A requerimiento del Presidente de la República, del Proveedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Autónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales. 2. Cuando el Tribunal verifique la existencia de la inconstitucionalidad por omisión, dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”, DARANAS PELÁEZ, Mariano, *Las Constituciones europeas*, cit., p. 1586.

(42) Art. 103 inc. 2º de la CN de Brasil: “Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para convertir en efectiva una norma constitucional, se dará conocimiento al poder competente para la adopción de las providencias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en el plazo de treinta días”, resulta aplicable, asimismo el inciso LXXI del artículo 5º de la Constitución de Brasil consagra la figura del “mandato de injunção”, el cual puede ser interpuesto cuando “la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía”, citados por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...” cit., ps. 27 y 29.

(43) “Art. 336: Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: 7.- Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado de forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, Caracas, viernes 24 de marzo de 2000, nro. 5.453, extraordinario, p. 41.

(44) “Art. 65: El pleno del Tribunal Superior de Justicia conocerá, en los términos que establezca la ley, de los asuntos siguientes: III De las acciones por omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte el debido cumplimiento de esta Constitución, que interponga: a) El Gobernador del Estado; o b) Cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos. La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial del Estado*. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que éste expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atiendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

(45) Por decreto publicado en el periódico oficial del 16 de mayo de 2007, cuando se considere que el Congreso no ha resuelto alguna ley o decreto y que dicha omisión afecte al debido cumplimiento de la Constitución, el Tribunal Constitucional del Estado intimará al Congreso para que resuelva la omisión en un período de sesiones, y

de Río Negro (1998) (46). La versión más amplia ha sido prevista por la Constitución Ecuatoriana, donde el actual inc. 10 del art. 436 dispone, entre las competencias de la Corte Constitucional: “Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley” (47).

La Corte Suprema de República Dominicana ha instrumentado este tipo de control en algunos supuestos, sobre la base de la aplicación del art. 29, inc. 2º de la ley 821 de organización judicial. La solución también ha sido prevista en el ámbito legislativo, donde puede citarse el antecedente de Costa Rica (48).

Por otra parte, existen diversas variables jurisprudenciales en el derecho comparado. Países como Austria, Estados Unidos, España y especialmente Alemania e Italia, han aportado interesantes propuestas,

si no lo hace, cuando se trate de leyes cuya expedición está ordenada por la Constitución local o federal, el referido Tribunal Constitucional se pronuncia en torno a la omisión, emitiendo provisionalmente las disposiciones pertinentes, añadiéndose “que dicha legislación estará vigente hasta que el Congreso subsane la omisión legislativa” (art. 56, fracción III de la Constitución del Estado).

(46) “El art. 207, inc. d): El Superior Tribunal ejerce jurisdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos... d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida -exenta de cargos fiscales- por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite”, citada por SAGÜES, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, cit., p. 107.

(47) Ver en torno a esta cláusula a SAGÜES, Néstor P., “Novedades sobre inconstitucionalidad por omisión: la Corte Constitucional de Ecuador como legislador suplente y precario”, *Estudios Constitucionales*, año 7, nro. 2, 2009, ps. 71-79.

(48) Conforme señala Magda Inés Rojas Chaves, la Ley de Jurisdicción Constitucional abre la posibilidad del control de la inconstitucionalidad por omisiones legislativas y administrativas, en “Control de constitucionalidad por omisión”, *Revista de Derecho Constitucional*, mayo/agosto 91’, ps. 9 y ss.

generalmente sobre la base de las llamadas sentencias aditivas, creativas o apelativas (49).

Así, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán se ha orientado a permitir la acción de inconstitucionalidad por omisión, aunque el tribunal ha actuado con suma cautela, reconociendo el carácter de suma excepcionalidad de esta interferencia por parte del Poder Judicial en competencias legislativas (50).

Dicho mecanismo se arbitra en dos supuestos, el primero de los cuales se da ante la omisión legislativa que produce en el peticionante la violación de un derecho fundamental constitucionalmente reconocido (51). La segunda posibilidad de articular la presente figura es el supuesto de que el legislador no hubiere ajustado la norma en el sentido sostenido por el Tribunal en una de sus sentencias. La vía del recurso de queja constitucional es el cauce más usado a los fines de acceder al Tribunal Constitucional Federal. Constatada la omisión, dicho órgano fija un plazo para que la medida legislativa sea elaborada. Posteriormente a este período, compete al Tribunal Constitucional resolver la cuestión de inconstitucionalidad, frente a la cual se da una sanción política al órgano omisivo, que puede ser tanto ejecutivo o legislativo. A este proceso se le llama dentro del derecho alemán “proceso de concretización (*Konkretisierung*)” (52).

Pueden citarse también antecedentes de previsiones constitucionales parciales del control de la inconstitucionalidad por omisión, tal como sería el caso de Uruguay (53), donde la doctrina propicia una interpretación extensiva de dicha pauta (54).

(49) MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, en el colectivo, *Estudos sobre a Constituição*, vol. II, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, ps. 511-512, cit. por BAZÁN, Víctor, ob. cit., p. 199.

(50) Ver BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado...”, cit. p. 196.

(51) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., ps. 351-352.

(52) BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado: El control de la inconstitucionalidad omisiva”, en BAZÁN, Víctor (coord.), *Desafíos del control de constitucionalidad*, Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, p. 197.

(53) “Art. 332: los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades o imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”, RISSO FERRAND, Martín J., “Declaración de inconstitucionalidad por omisión en el dictado de actos ordenados por la constitución”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, Colombia, 2001, p. 30.

(54) RISSO FERRAND, Martín J., “Declaración de inconstitucionalidad...”, cit., ps. 29 y ss.

Dentro de los antecedentes normativos de referencia, los instrumentos presentan diversas variables, por lo que resulta conveniente fijar en concreto el ámbito y parámetros de control.

II.1. Conceptualización del objeto del control de inconstitucionalidad por omisión

No toda actitud pasiva u omisiva de un órgano estatal reviste el carácter de “omisión inconstitucional” susceptible de suplirse mediante el control propiciado. En lo referente a la norma omitida, la doctrina es uniforme al exigir la existencia de un *mandato constitucional*, ya que el órgano imputado de la omisión debe encontrarse obligado a accionar. Es decir, debe figurarse una “*exigencia constitucional de acción*” (55).

Este mandato es un supuesto distinto de la “obligación genérica de legislar”, que, en sentido amplio, pesa siempre sobre el órgano legislativo. Frente a un mandato cuyo incumplimiento generaría el control que se trata en este trabajo, “El legislador... no puede decidir si realiza o no la normativa de desarrollo, ya que tiene que actuar de forma perceptiva” (56).

El imperativo constitucional puede darse tanto de manera explícita, es decir, remitiendo expresamente al futuro accionar del órgano (57), como de manera implícita, cuando es la falta de contenido concreto de la norma lo que exige o reclama la tarea del legislador o de reglamentación posterior (58). A su vez, el mandato constitucional incumplido puede referir tanto a actos individuales, como respecto al dictado de normas de carácter general.

Las cláusulas que prevén este tipo de control reclaman la existencia de mandato constitucional u obligatoriedad del texto normativo ya sea

(55) MIRANDA, Jorge, “Inconstitucionalidade por omissao”, en el colectivo, *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, Livraria Petrony, 1977, vol. II, ps. 341 y 342. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 14.

(56) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, cit., p. 123.

(57) Ejemplos del supuesto de referencia son aquellas normas constitucionales que remiten a la futura reglamentación de instituciones creadas por el texto constitucional (tales como Consejo de la Magistratura, etc.).

(58) En este sentido ver FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 16.

de una manera expresa (59), o bien al referirse los mismos, de manera genérica, a la “necesidad” del dictado de la norma (60).

A los fines de que se configure una omisión inconstitucional, el mandato no debe encontrarse condicionado a la discrecionalidad del órgano omitente, o bien a un lapso temporal determinado que no haya vencido. En este sentido, se comparte el criterio sustentado por Bidart Campos, al señalar que “los jueces tienen que examinar se analice muy bien si esa competencia (del órgano omitente) es de ejercicio obligatorio u optativo; si tiene a su favor un margen temporal que queda a disposición del órgano que ha de usar tal competencia; si ese plazo se ha vencido o no” (61). En el mismo sentido, Néstor P. Sagüés refiere a la necesidad de diferenciación, dentro de un concepto genérico de norma programática —es decir, que reclama el dictado de una ley a los fines de efectivizarse— las reglas de cumplimiento discrecional por los poderes constituidos y reglas de cumplimiento obligatorio, siendo solo estas últimas respecto de las cuales podría darse una situación de inconstitucionalidad por omisión. Dicha diferenciación, sostiene, debe basarse en un análisis del texto constitucional en concreto (62).

César Landa, a partir de los criterios brindados por Alexy, explica que una opción consiste en distinguir las *reglas de los principios*, señalando que, si bien “son normas jurídicas, tienen distintas formulaciones deónticas que pueden ser: normas mandato, normas de permisión y normas de prohibición; en consecuencia, la diferencia entre los principios y las reglas son distinciones entre dos tipos de normas que tiene incidencia directa en su fuerza normativa. Según él, ‘los principios son normas de un grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad (...)’. Los principios son *mandatos*

(59) Así el art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia de 1974 se refería a la omisión del órgano “...estando obligados a dictarlas...”. Más específico es el texto de la Constitución Provincial de Río Negro, el cual refiere a “...una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios...” (art. 207).

(60) El art. 279 de la Constitución portuguesa de 1976, así como el art. 283 de la misma constitución, tras la reforma de 1982, refieren a las “...medidas legislativas necesarias”. También encontramos la alusión a la necesidad del dictado de la norma en el art. 103 inc. 2º de la CN de Brasil.

(61) BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, cit., p. 4.

(62) SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, 3ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1999, t. I, p. 113 e “Inconstitucionalidad por omisión de los poderes legislativo y ejecutivo. Su control judicial”, ED 124-955/956.

de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (...). En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no (...) contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible” (63).

Miranda considera que el mandato constitucional, específicamente, debe ser *concreto*, diferenciándolo de aquellos mandatos abstractos que, aunque configuran auténticos deberes de acción legislativa, no establecen, sin embargo, lo que el legislador debe hacer (64), puesto que en esos casos —a su entender— el órgano omitente en realidad se encuentra dentro del ámbito de su discrecionalidad al no legislar.

En otra postura, Fernández Segado considera que, en los casos de mandatos generales de legislar, cuando se consagran fines constitucionales, juega con mayor laxitud el *elemento temporal* para diferenciar la existencia o no de una “omisión inconstitucional” (65). Al ser mayor la participación del órgano en la determinación del contenido de la norma, es necesario otorgarle un lapso de tiempo prudencial a los fines de la elaboración de los preceptos legislativos. Sin embargo, si bien el órgano posee un mayor campo de acción, tanto temporal como de contenido, su accionar sigue compelido por el carácter normativo del texto constitucional. En resumen: debe aplicarlo.

En el caso que la misma norma prevé un lapso específico de tiempo a los fines del dictado de la reglamentación infraconstitucional, el transcurso de dicho período sin la debida respuesta por el órgano legislativo o reglamentario, ocasiona ipso facto la mora, y torna inconstitucional la originaria omisión.

Si, por el contrario, la norma constitucional no contempla un plazo específico, cabe desarrollar un análisis más pormenorizado. Un sector de la doctrina, en estos casos estima que el constituyente confía el esta-

(63) LANDA, César, “La fuerza normativa constitucional...”, cit., p. 28 con cita a ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997, ps. 82 y ss. En particular, ps. 86 y 87.

(64) MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, 3ª ed., Coimbra editora, Coimbra, Portugal, 1991, t. II (Constituição e inconstitucionalidade), p. 521; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 33.

(65) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 15.

blecimiento del plazo al criterio discrecional del órgano legislativo, por lo que no podría darse por configurada una omisión inconstitucional. En otra posición, Miranda considera que “el juicio de inconstitucionalidad por omisión se traduce en un juicio sobre el *tiempo* en el que debería ser elaborada la ley, pues ninguna omisión puede describirse en abstracto, sino solo en concreto, esto es, acotada entre determinados hechos, con lo que ello supone que la ausencia de norma legal no pueda separarse de un determinado tiempo histórico, que dependerá de la *necesidad* de elaboración de la norma” (66).

Es en este otro factor, la “*necesidad del dictado de la norma infraconstitucional*” donde ponen el acento numerosos autores a los fines de ver verificada la omisión en el caso de las normas en análisis. Fernández Rodríguez, sostiene que la necesidad de que la carencia de norma infraconstitucional torne ineficaz la aplicación de la norma constitucional es un requisito particular de la inconstitucionalidad por omisión (67). Dentro de esta postura se enrolan autores como Gomes Canotilho (68) quien sostiene que el elemento decisivo debe ser el de la *trascendencia de la mediación legislativa*, en conexión con el elemento *temporal*.

En resumen, el factor tiempo actuaría de la siguiente manera: en los casos en que la norma no prevé un plazo específico de cumplimiento, inmediatamente después de dictado el texto constitucional, ante la carencia de legislación infraconstitucional se verificaría el supuesto de “*situación inconstitucional imperfecta*” (69), que no generaría de por sí —en ese momento— una omisión inconstitucional susceptible de ser suplida por la vía control de constitucionalidad por el poder judicial. Esta situación anómala de no-aplicación del orden jurídico constitucional, necesariamente reviste el carácter de excepcional y temporal. Habiendo devenido un lapso de tiempo en el que se prolongue la ne-

(66) MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 521. Cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 15.

(67) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, cit., p. 123.

(68) GOMES CANOTILHO, José J., “Constituição dirigente e vinculação do legislador (contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas)”, Coimbra editora, Coimbra, Portugal, 1982, p. 332, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 15.

(69) MODESTO, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica”, *Revista de Direito Público*, nro. 99, julio-septiembre 1991, p. 120, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 16.

gativa a legislar se constituye una “omisión constitucional” en sentido propio (70).

En cuanto a la magnitud del periodo referido, el mismo estará condicionado a las circunstancias que rodeen el caso concreto, debiendo regirse su apreciación sobre la base del criterio de “razonabilidad”, teniendo en especial consideración el techo ideológico constitucional en referencia a los derechos o valores a que remite la norma, así como la necesidad del dictado de la misma (71).

Víctor Bazán deslinda, entonces, dos potenciales corrientes en miras a dar lugar al control de inconstitucionalidad por omisión. Los obligacionistas y los normativistas. Explica el autor citado que “para los obligacionistas, el control constitucional se posa en el incumplimiento por parte del legislador de una determinada obligación (o deber) de legislar que le impone la Constitución... Los normativistas, a su hora, hacen énfasis no tanto en la omisión propiamente dicha, vista como incumplimiento de una obligación de legislar, sino en las consecuencias de la misma, destacando que el control debe recaer en la norma implícita que surge de la inactividad del legislador...” (72).

En miras a aportar una respuesta superadora, el autor comentado considera que inconstitucionalidad por omisión consiste en “la falta o la insuficiencia de desarrollo de una disposición constitucional por el legislador, y de manera excepcional por el Poder Ejecutivo, cuando existe un mandato constitucional expreso al respecto y que de aquellas inactuación total o actividad deficiente, mantenidas durante un lapso irrazonablemente extenso, se derive una situación jurídica contraria a la Constitución” (73).

Finalmente, con relación al propio accionar del órgano, deben analizarse dos supuestos diferenciados: la llamada “omisión total” y la llamada “omisión parcial”.

(70) Es posible encontrar eco de la distinción efectuada precedentemente en la doctrina semejante consagrada por la jurisprudencia alemana, la cual distingue entre “omisiones todavía constitucionales” y “omisiones inconstitucionales”.

(71) En este sentido, ver BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 62.

(72) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., p. 102.

(73) *Ibidem*, p. 103.

Resulta claro que se encuentran comprendidos dentro del control de constitucional en estudio los supuestos de “*omisión total o absoluta*”, es decir, las inacciones —ausencia total de reglamentación— de los órganos legislativos o reglamentarios ante un mandato constitucional concreto.

Parte de la doctrina, como Cappelletti (74), Fernández Segado (75), Bazán (76), entre numerosos autores, considera que también nos encontramos ante una “*omisión inconstitucional*” en los casos de las “*omisiones parciales o relativas*”, es decir, “cuando, existiendo la norma legislativa, sus carencias son tales que la convierten en inútil respecto del mandato contemplado por la Constitución” (77).

Siguiendo el criterio sustentado por Wessel —quien consolidó las bases de la presente distinción— se considera que existe una omisión relativa cuando nos encontramos con “una actuación parcial que disciplina solo algunas de las relaciones y no otras análogas, con la consiguiente lesión del principio de igualdad” (78).

Así, la Jurisprudencia del Tribunal Superior Alemán ha desarrollado y aplicado la teoría de la “*exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio*” en virtud de la cual se ha arbitrado el recurso de queja de inconstitucionalidad frente a omisiones relativas del legislador, en especial cuando existe una lesión o amenaza a un derecho constitucionalmente reconocido (79).

(74) CAPPELLETTI, Mauro, “La giurisdizione costituzionale delle libertà (Primo studio sul ricorso costituzionale)”, Giuffrè, Milán, 1995, ps. 81 y 82, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 19.

(75) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 19.

(76) BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 62.

(77) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 17.

(78) WESSEL, Franz, “Die Rechtsprechung der BVG sur Verfassungsbeschwerde in Deutsches Verwaltungsblatt”, 1952, p. 161, cit. por MORTATI, Costantino, “Apunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, en *Problemi di Diritto Pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana (Raccolta di scritti)*, Giuffrè, Milán, 1972, vol. III, p. 926, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 18.

(79) Un ejemplo concreto de aplicación de dicha doctrina se da en la sentencia en la que el primer senado del Tribunal Constitucional Federal Alemán resuelve revocando el Fallo del Tribunal Regional de Kiel. La causa se refiere al conflicto entre el art. 6º inc. 5º de la Bonner Grundgesetz que consagraba que para los hijos ilegítimos la legislación creará las mismas condiciones de desarrollo físico y espiritual y de posición social que para los hijos ilegítimos. A pesar de la existencia de dicho precepto, el órga-

Un caso interesante de omisión parcial son de *normas prognosis*. “Las de prognosis o pronóstico son aquellas normas que, dictadas para operativizar un mandato constitucional concreto, han sufrido el desgaste o desfase como consecuencia de circunstancias sobrevinientes: sencillamente, han devenido anacrónicas y, por ende, disvaliosas” (80). En esta hipótesis, la pasividad del órgano legislativo en corregir dichas normas degeneraría en una omisión inconstitucional (81).

II.2. Sujetos titulares de legitimación activa

Al analizar la legitimación activa en el control de las omisiones inconstitucionales, debe partirse de la necesidad de garantizar el derecho a la jurisdicción, íntimamente conectado al derecho a la “tutela judicial efectiva”, conforme el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (82). Por lo tanto, resulta necesario participar de la pauta interpretativa *in dubio pro actione* (83).

Así, cabe postularse a favor de un criterio amplio de legitimación activa (84), puesto que “desconocer, negar, o estrangular la legitimación procesal, privando de llave de acceso al proceso a quien quiere y necesita formular pretensiones en él para hacer valer un derecho, es inconstitucional” (85).

no legislativo se mantuvo pasivo, no legislando ni derogando la legislación anterior. Al respecto el art. 1712 del Cód. Civil colocaba al hijo ilegítimo en una situación de desventaja frente al legítimo. En su fallo el Superior Tribunal considera que el órgano legislativo ha demorado más tiempo que el prudente que se necesita para redactar la norma legislativa, considerando la actitud del órgano legislativo como inconstitucional. V.gr., PINA, Rolando E., *Cláusulas constitucionales operativas y programáticas (Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, Astrea, Buenos Aires, 1973, ps. 72 y ss.

(80) BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 64.

(81) Ídem.

(82) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1993, t. I, ps. 624-625; SAGÜES, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., t. II, p. 759.

(83) SAGÜES, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., t. II, p. 759.

(84) BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, cit., p. 5.

(85) BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, cit., t. I, p. 351. Con relación a este tema en particular ver también BIDART CAMPOS, “Egoísmos inconstitucionales por negación de la legitimación procesal activa”, ED, Boletín de fecha 5/3/1992.

Desde el punto de vista de la experiencia comparada, algunos textos constitucionales que regulan la institución en estudio no refieren expresamente a la legitimación para accionar en este tipo de control, por lo que se entiende que otorgan igual legitimación para recurrir por omisión que por acción. En otros supuestos, existen normas que tratan puntualmente la temática, señalando los sujetos específicamente legitimados para este tipo de control en particular.

Una pauta seguida en algunos antecedentes reconoce la legitimación de aquellos *sujetos* que se encuentran *afectados* en sus derechos *por la omisión*. Este aspecto se considera positivo, siguiendo el criterio sostenido por Fernández Segado, ya que “Cuando la constitución ordena a uno de los poderes del Estado el ejercicio de una competencia, ese poder está obligado a ponerla en movimiento. Y cuando su abstención implica o involucra un daño o gravamen para una persona, dicha persona... debiera estar legitimada para impulsar a la jurisdicción constitucional a controlar al órgano renuente a cumplir con sus obligaciones” (86).

En consecuencia, debe propiciarse un mecanismo de control de constitucionalidad concreto que garantice, de manera genérica, el acceso de los perjudicados frente a la omisión legislativa, a los fines de incitar los procedimientos de control.

Es interesante señalar como en el caso de la Constitución Yugoslava de 1974, se ha admitido la posibilidad de la iniciación de oficio (87).

Otros antecedentes normativos, como el art. 283 de la actual Constitución portuguesa (88) y la norma fundamental del Estado de Vera-

(86) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 10. En este sentido ver también BIDART CAMPOS, Germán, “La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, ED, UCA, Buenos Aires, t. 78, p. 785. Un ejemplo de esta última posibilidad la encontramos en el art. 207 de la Constitución Provincial de Río Negro en su art. 207, al consagrar la siguiente fórmula: “la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo”. Resulta interesante la consagración expresa del afectado como sujeto legitimado, así como la exención de los cargos fiscales colabora con la cristalización del derecho de ‘acceso a la jurisdicción’, consagrado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

(87) “Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Jugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Jugoslávia”, *Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal*, nros. 29-30, p. 94, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 25.

(88) Su inc. 1º sostiene: “1. A requerimiento del Presidente de la República, del Provedor de Justicia o, con fundamento en la violación de derechos de las Regiones Au-

cruz (89), en México, confían la iniciación del procedimiento de control queda en manos de un sector más restringido.

La problemática de la legitimación activa en el control de la inconstitucionalidad por omisión ha recibido interesante tratamiento en dos constituciones estatales brasileñas. La constitución del Estado de Rio Grande do Sul (1989) en su art. 95 punto 1, legitima, por ejemplo, a las entidades o asociaciones de defensa del medio ambiente, de derechos humanos y de los consumidores de ámbito nacional o estatal. A su vez la Constitución del Estado de Santa Catarina (1989) legitima a las asociaciones legítimamente constituidas, cuya finalidad es la protección de intereses difusos (90).

En el caso de Costa Rica, se aplica la legitimación genérica consagrada por el art. 75 de la Ley de Jurisdicción Constitucional, por lo que puede iniciar la acción aquel que sea titular de “un interés directo y actual”, así como invocando derechos de incidencia colectiva (91).

No parece conforme al texto constitucional argentino restringir el ámbito de sujetos legitimados en el procedimiento de control de constitucionalidad cuando nos encontramos frente a supuestos de omisión inconstitucional. Sobre la base de los criterios sostenidos con anterioridad, debe darse una legitimación amplia, aplicándose las mismas pautas que se consagran en cada sistema jurídico a los fines del control de constitucionalidad en general.

II.3. Sujetos pasivos del control

Al repasar los textos constitucionales citados, se constata como en algunos supuestos se menciona solamente la omisión “legislativa”, o del

tónomas, de los Presidentes de las Asambleas regionales, el Tribunal Constitucional aprecia y verifica el incumplimiento de la Constitución por omisión de las medidas legislativas necesarias para hacer aplicables las normas constitucionales”. La Constitución de Brasil de 1988 remite a la legitimación consagrada para la acción de inconstitucionalidad por acción, en virtud de lo cual queda limitada a determinados órganos de poder, el Consejo Federal de la Orden de Abogados, partidos políticos con representación en el congreso federal, y a confederaciones sindicales y entidades de clase de ámbito nacional.

(89) La Constitución de Veracruz, en México, legitima al gobernador del Estado; o cuando menos la tercera parte de los ayuntamientos.

(90) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., ps. 27 y 29.

(91) ROJAS, Magda I., “Control de constitucionalidad por omisión”, cit., p. 18.

“órgano legislativo” (92). Por otra parte, otros antecedentes (93) refieren a las omisiones de manera genérica, admitiéndose, en consecuencia, que el órgano omitente pueda ser también un órgano estatal distinto al “legislativo” propiamente dicho.

No se aprecia la existencia de fundamento a los fines de diferenciar las omisiones realizadas por el “órgano legislativo” de aquellas realizadas por otros órganos estatales que de la misma manera afectan la eficacia constitucional. Conforme señala Carrazza “una ilegalidad por omisión desemboca en una inconstitucionalidad por omisión” (94).

Si la Constitución impone un accionar determinado a un órgano cualquiera, y este incumple el mandato, se verifica un supuesto de “inconstitucionalidad por omisión”, frente a que deberá arbitrarse el control pertinente, dentro del cual el órgano omitente resultará legitimado pasivo. Dentro de esta línea doctrinaria se enrola Néstor P. Sagüés, quien sostiene que “el órgano lesivo puede ser tanto el Poder Legislativo (si no dicta una ley que instrumente una cláusula programática), el Poder Ejecutivo (si no reglamenta una ley del Congreso), así como el Poder Judicial (cuando no asume los roles legislativos que la constitución le encomienda...)” (95).

En este sentido, puede citarse el ejemplo concreto del derecho Alemán, donde, “en el caso del recurso de queja o reclamación constitucional, el cual tiene por objeto todo acto de imperio del poder público, no de particulares, que lesione los derechos tutelados por el recurso... tanto la

(92) La Constitución portuguesa de 1976, así como también tras la reforma de 1982 y la Constitución de Venezuela, hacen referencia solo a la omisión de “...medidas legislativas...” y “las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional”, respectivamente. La Constitución del Estado de Veracruz, en México, refiere también a “omisión legislativa, cuando se considere que el Congreso no ha aprobado alguna ley o decreto...” (art. 65).

(93) Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (“...normas de ejecución de la Constitución...”), Constitución de Brasil (“...omisión de una medida necesaria” —refiriendo posteriormente el art. 103 inc. 2º a las omisiones de “un órgano administrativo”—), Constitución de la Provincia Argentina de Río Negro (“...dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado Provincial o a los municipios...”), y Ecuador, que refiere a “instituciones del Estado o autoridades públicas”.

(94) CARRAZZA, Roque A., “Acção direta de inconstitucionalidade por omissao e mandato de injunção”, en *Jurisprudencia Brasileira*, nro. 167, Jurúa Editora, julio-septiembre 1992, ps. 53 y ss.; en concreto p. 56, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 29.

(95) SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., ps. 111-112.

doctrina (96) como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal han considerado admisible el recurso frente a los comportamientos omisivos de las autoridades no legislativas, cuando tales comportamientos son lesivos de los derechos fundamentales del recurrente (97).

II.4. Efectos del control de constitucionalidad

Ante la constatación de la omisión, las soluciones tradicionales del control de constitucionalidad no son satisfactorias para las hipótesis en estudio. Señala Pestalozza (98) que resultaría imposible declarar la nulidad de una omisión legislativa.

Un repaso de los textos constitucionales mencionados proporciona un amplio panorama de soluciones, que se pueden presentar de manera conjunta o sucesiva:

1. Algunos textos consagran soluciones con *efecto anoticiador*, donde el órgano controlador anoticia, es decir, pone en conocimiento de otro órgano, generalmente el controlado, la existencia de la omisión (99).

La doctrina ha denominado al presente efecto como “técnica de las recomendaciones al legislador”, las cuales carecen en sí mismas otra connotación que el anoticiamiento. Sostiene Tomás y Valiente que “son observaciones no vinculantes de inmediato tendiente a orientar al legislador en una determinada dirección o, incluso, a impulsarle para que

(96) En este sentido, ver CAPPELETTI, Mauro, “La guirisdizione costituzionale...”, cit., ps. 81-82, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 18.

(97) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 18.

(98) PESTALOZZA, Christian, “Noch verfassungsmässige und bloss verfassungswidrige Rechtslagen”, en STRACK (coord.), *Bundesverfassungsgericht un Grundgesetz*, Mohr Tübingen, 1976, vol. 1, p. 533, cit. por FERREIRA MENDES, Gilmar, *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*, Saravia, São Paulo, 1990, p. 55, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 19.

(99) Dentro de esta línea podemos citar al art. 377 de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia (“...informará de ello a la Asamblea de la RSFY...”) y el texto de la Constitución Portuguesa tras la reforma de 1982 (“...dará conocimiento de ello al órgano legislativo competente”). Un poco más fuerte parece ser la expresión utilizada por la Constitución de Portugal del año 1976, en cuanto sostiene que el Consejo de la Revolución “...podrá recomendar a los órganos legislativos que las dicten en un plazo razonable”. Vemos que esta última figura legal no prevé la obligatoriedad para el órgano legislativo de la recomendación efectuada por el Consejo, si bien su importancia política puede generar dicha imperatividad.

siga la orientación indicada” (100). Se señala que “aun careciendo sin duda de la fuerza vinculante propia del fallo, para algo se dicen y algo puede que valgan” (101).

Un sistema de control de la inconstitucionalidad por omisión cuyo efecto sea solamente anoticiador parece, en principio, poco eficaz a los fines de garantizar la fuerza normativa constitucional. Por otra parte, sus efectos se encontrarían excesivamente condicionados por el prestigio social y político del órgano controlador.

2. En un segundo lugar, dentro de las *soluciones anoticiadoras-imperativas* ubicamos los textos normativos que, además de poner en conocimiento de un órgano la existencia de la “omisión”, le requieren al omitente la instrumentación de la medida ausente, otorgándole un plazo al efecto (102).

Dentro de esta categoría pueden ubicarse el texto Constitucional de la Provincia de Río Negro y el art. 103 de la Constitución de Brasil, en su inc. 2º, el cual, si bien toma la postura meramente informativa para el supuesto de omisiones por el órgano legislativo, adopta la segunda categoría para los casos de omisiones de los órganos administrativos. La doctrina brasileña ha referido a este efecto como “eficacia mandamental media” (103), otorgándole el carácter de “ordem-judicial” (104).

Cable aclarar que generalmente en los casos de textos constitucionales de la primera categoría, la jurisprudencia ha admitido en la práctica

(100) TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Escritos sobre y desde el Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1999, p. 103.

(101) TOMÁS Y VALIENTE, F., conferencia “A modo de sugerencia (notas sobre las recomendaciones del Tribunal Constitucional al legislador)”, en el volumen colectivo, *El parlamento y sus transformaciones actuales*, Tecnos, Madrid, 1990, ps. 17-23. Ver, asimismo, modelo de tipología de dichas recomendaciones en la jurisprudencia del Tribunal español reseñada por dicho autor, cit. por FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, cit., p. 70.

(102) Tal sería el ejemplo de la Constitución de Venezuela, que establece que la Sala Constitucional del Superior Tribunal de Justicia se encuentra facultada para (art. 336, inc. 7º) “Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo... y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección”.

(103) CARRAZA, Roque A., “Acção direta de inconstitucionalidade por omissao...”, cit., p. 57, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 30.

(104) MODESTO, Paulo, “Inconstitucionalidade por omissao: categoría jurídica...”, cit., p. 124, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 30.

una solución anoticiadora-imperativa (105). Respecto de la Constitución Yugoslava de 1974, la doctrina ha aceptado una postura más fuerte aún, llegando a abarcar supuestos comprendidos dentro de la tercera categoría de análisis (106).

El mandato que emitirá el órgano encargado de control de constitucionalidad debe conceptualizarse como una “orden de actuar”, dentro de la cual el órgano controlado continúa participando de su discrecionalidad a los fines de optar por las diversas variables constitucionales de regulación del instituto respectivo, conforme la política legislativa que postule, con el único límite del tiempo establecido por el órgano de control. De esta manera se garantiza plenamente el respeto al principio republicano de la división de poderes, restringiendo el ámbito de acción del poder judicial a los fines de evitar que invada esferas de otros poderes constitucionales.

No parece conveniente la respuesta otorgada por el texto constitucional venezolano, que autoriza al Tribunal Constitucional a declarar la omisión, y posteriormente establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección. Este punto parece excesivo, y pone en riesgo el respeto de la división de funciones.

3. Sin perjuicio de las opciones precedentes, el imperio normativo constitucional exige que las situaciones de incumplimiento de las prescripciones constitucionales se subsanen vía control de constitucionalidad. Por lo tanto, en los casos extremos en los que, pese a la intimación efectuada el órgano estatal continua renuente en su accionar, es necesario prever otras vías a los fines de que, a través de un *efecto supletorio*, se aplique el texto constitucional. El órgano encargado del control de constitucionalidad en el sistema respectivo, en principio, se muestra como el más adecuado a los fines de efectivizar dicha suplencia.

(105) Así en el caso de la constitución portuguesa tras la reforma de 1982 el término “dar conocimiento” es considerado por José Joaquín Gomes Canotilho “como una suerte de apelación, con significado jurídico y político, del Tribunal Constitucional a los órganos legislativos competentes”, según GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Direito constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 1987, 4ª ed., p. 830, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 28.

(106) “Relatório do Tribunal Constitucional da República Socialista Federativa da Iugoslávia: A jurisdição Constitucional no Sistema Político e Autogestor da República da Iugoslávia”, *Boletín de Documentação e Direito Comparado de Portugal*, nros. 29-30, p. 94, citado por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 25.

Así, por ejemplo, la constitución del estado de Veracruz, en México, establece: “El pleno del Tribunal Superior conocerá... de los asuntos siguientes: III.- De las acciones por omisión legislativa... La omisión legislativa surtirá sus efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado. En dicha resolución se determinará un plazo que comprenda dos períodos de sesiones ordinarias del Congreso del Estado, para que este expida la ley o decreto de que se trate la omisión. Si transcurrido este plazo no se atendiere la resolución, el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban sujetarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”.

Otra norma de la categoría señalada es la solución que plantea el art. 207 de la Constitución de la Provincia de Río Negro, para el supuesto de incumplimiento por el órgano omitente durante el plazo otorgado por el Tribunal. En ese caso “El superior Tribunal de Justicia... integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo...” (107).

4. Finalmente, la solución más amplia es la del órgano *de control como legislador suplente y precario*, instrumentada en Ecuador y en el Estado de Chiapas, México.

En efecto, conforme la cláusula ecuatoriana citada, la Corte anoticia de la omisión al órgano omitente, y, “...si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

Ponderando las consecuencias de este control, me inclino por la postura que sostiene que el accionar del órgano controlador, al suplir la actividad del controlado y realizar la obligación omitida, debe poseer efectos para el caso concreto, puesto que de esta manera se le otorga la mínima interferencia posible dentro del accionar del órgano omitente.

No parece conveniente otorgarle al mismo efectos *erga omnes*, puesto que dicha solución se postula como peligrosa para la división de funciones republicana. Si bien resulta necesario dar una respuesta a los supuestos de incumplimiento constitucional por omisiones del órgano legislativo, la solución que se postule debe ser la menos gravosa para el orden arquitectónico de la carta magna. En tal sentido, se comparte el criterio sentado por Kemelmajer de Carlucci en cuanto “el juez no puede

(107) SAGÜÉS, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, cit., p. 107.

subrogarse en el legislador para emitir una norma legislativa de carácter general” (108).

Así también lo ha señalado Néstor Pedro Sagüés al criticar la fórmula ecuatoriana, desde tres perspectivas: la técnica, la política y la funcional. Con relación a la primera, ha puntualizado que la elaboración de normas generales es una tarea técnica ajena al Poder Judicial, que exige, por ejemplo, su proyección con el sistema jurídico, al analizar el impacto derogatorio, por lo que tales funciones “en principio resultan anómalas para el tribunal” (109). Asimismo, sumó que “legislar... en un Estado democrático, requiere deliberación, confrontación de posiciones, demandas colectivas e ideologías, elaboración de fórmulas conciliatorias y transaccionales entre los diferentes grupos políticos que conforman la sociedad, y a menudo, adoptar opciones entre fórmulas contrapuestas, cuando la concertación no se obtiene, con la prudente medición de los efectos que ellas pueden tener en una colectividad. Tal espacio y paisaje difícilmente se van a encontrar en el seno de una Corte Constitucional, donde la mentalidad y los estilos imperantes, así como el discurso jurídico, transitan por otros caminos... Antes bien, deben comportarse como sujetos imparciales e independientes, como por ejemplo exige el art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica” (110). Finalmente, se cuestiona “en qué medida la asunción de roles normativos por una corte constitucional puede perturbar el desarrollo de las tareas jurisdiccionales corrientes de tal órgano”.

También la jurisprudencia alemana ha optado por una situación que acota el control en el marco de un caso concreto, dentro de lo que ha denominado “proceso de concretización (*Konkretisierung*)” (111), así como la institución del “mandado de *injunção*” brasileño.

5. El efecto *indemnizatorio* se ve como solución subsidiaria, en aquellos casos en que el efecto supletorio no puede aplicarse. En estos supuestos, al encontrarse el órgano judicial impedido de instrumentar integralmente la norma constitucional, corresponde, como última sa-

(108) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., “Atribuciones de los Superiores Tribunales de Justicia”, en *Derecho Público Provincial*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Política, Mendoza, 1991, t. II, p. 512.

(109) SAGÜÉS, Néstor P., “Novedades...”, cit.

(110) Ídem.

(111) BAZÁN, Víctor, “Un sendero que merece ser transitado...”, cit., p. 197.

lida en miras al respeto del ordenamiento constitucional, compensar mediante indemnización el perjuicio ocasionado (112).

Puede encontrarse un ejemplo normativo del mismo en el art. citado de la Constitución de la Provincia de Río Negro (113). En el caso de la constitución del estado de Veracruz, su amplitud al señalar “el Tribunal Superior de Justicia dictará las bases a que deban ajustarse las autoridades, en tanto se expide dicha ley o decreto”, permite concluir, con una interpretación amplia, que podría resolver el otorgamiento de indemnizaciones a aquellos que ven frustrados sus derechos por la omisión.

Autores como Néstor P. Sagüés (114) y Bidart Campos se muestran a favor de este tipo de soluciones para los casos en que “la omisión inconstitucional no se reduce a la ausencia de normas legales, que presten desarrollo a las cláusulas constitucionales sino que añade otra, cual es la de crear, organizar y poner en funcionamiento una infraestructura material y humana de recursos para atender a determinadas prestaciones” (115).

Del análisis de las diversas connotaciones que se pueden otorgar al accionar del órgano controlador, cabe concluir que una correcta regulación del instituto en análisis se procuraría a través de la adecuada articulación subsidiaria de los efectos enunciados.

III. MECANISMOS PROCESALES DE CONTROL

El estudio de las vías procesales específicas que permiten efectivizar la tutela frente a las omisiones inconstitucionales requiere una referencia pormenorizada de los mecanismos existentes en cada sistema normativo en concreto. Sin embargo, algunos institutos presentan una particular adecuación al control en estudio: los mandamientos de ejecución, las sentencias aditivas o constructivas, y, finalmente, la acción de amparo, a la que me referiré al analizar la respuesta argentina.

(112) A favor de esta postura ver. SAGÜÉS, Néstor P., “Elementos de derecho constitucional”, cit., p. 113.

(113) Dicha norma establece: “...de no ser posible —la integración del orden normativo por el Superior Tribunal—, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite...”, citado por SAGÜÉS, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, cit., p. 107.

(114) SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., p. 192.

(115) BIDART CAMPOS, Germán, “Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales”, cit., p. 4.

III.1. El proceso objetivo y abstracto de control de inconstitucionalidad por omisión

La fórmula más generalizada en el derecho comparado parte de considerar que a fin de controlar la inconstitucionalidad por omisión cabe articular un proceso objetivo y abstracto, a fin de subsanar la inconsistencia del sistema jurídico en miras a la adopción de la norma omitida.

Esta herramienta responde efectivamente a la naturaleza del conflicto subyacente en la inconstitucionalidad por omisión, ya que resulta acorde a un control de conflicto de poderes. Asimismo, la solución que señalamos, aplicables, por ejemplo, a la luz de las cláusulas citadas en Ecuador, Yugoslavia, Portugal, Brasil, Venezuela, entre otros, permite sanear la inconsistencia del ordenamiento, ya que el legitimado pasivo es propiamente el órgano omitente, y a su vez garantiza un margen de acción excepcional al instituto, debido a las restricciones en materia de legitimación activa.

Por su parte, al no consistir en un proceso subjetivo, permite que el lapso temporal del trámite se adecúe a las exigencias necesarias para adoptar una previsión normativa de carácter general, dando al órgano omitente un plazo razonable como podría ser uno o dos ciclos legislativos, sin que ello implique anestesiar la tutela de un derecho constitucional concreto durante ese lapso.

III.2. Los mandamientos de ejecución

La institución del “mandado de *injunção*” brasileño, así como los restantes mandamientos de ejecución que pueden encontrarse en el derecho comparado, son ejemplos de suplencia de la omisión, con efectos para el caso concreto. Constituyen una acción de carácter individual a través de la cual el afectado en un derecho constitucional en virtud de una omisión de un órgano estatal puede accionar a los fines de que el Poder Judicial implemente la tutela de sus derechos, con efectos inter partes.

Conforme señala Fernández Segado, dicha institución tiene sus antecedentes en el *writ of mandamus* inglés (116), sobre la base de los cuales se desarrolló la teoría de los “mandamientos de ejecución” en el derecho latinoamericano, mecanismos que permiten obligar a un ór-

(116) Con relación a la regulación del sistema inglés respecto las instituciones de *writ of injunction* y *writ of mandamus*. Ver FIX ZAMUDIO, Héctor, *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales*, Civitas, Madrid, 1982, p. 89.

gano estatal a ejecutar imposiciones normativas, aun cuando no exista la reglamentación pertinente (117). Asimismo, cabe considerar también el antecedente de la llamada “*injunction* estructural”, articulable frente a una violación o una negación de los derechos y libertades colocados bajo garantía, y de la cual se desprende un gran activismo judicial (118).

La Constitución brasileña, en su art. 5º, inc. LXXI consagra que “se concede *mandato de injunção* siempre que la falta de norma reglamentaria impida el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía” (119). De esta manera, a través de la institución referida se procura otorgar operatividad concreta al precepto constitucional anteriormente inaplicable.

Puede verse también un ejemplo en el texto constitucional peruano de 1993. El art. 200, al regular las garantías constitucionales consagra en su inc. 6º la siguiente fórmula: “Acción de cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley” (120).

Finalmente se encuentran fórmulas similares dentro del derecho público provincial argentino, como la Constitución de la provincia de Jujuy (1986), art. 41, Constitución de la Provincia de Río Negro, art. 45, Constitución de la provincia de Chubut art. 58 y 59, Constitución de Santa Cruz, art. 18. Sin embargo, las cláusulas normativas sentadas no presentan identidad con los antecedentes mencionados supra. Señala Bidart Campos que el antecedente esgrimido por la constitución brasileña, al referirse a la “no reglamentación” es más amplio que los textos provinciales citados, los cuales aluden al no-acatamiento o cumplimiento de un “deber”. Por su parte, la constitución peruana refiere a imposiciones de la “ley”, mientras que las constituciones provinciales toman como punto de arranque “la constitución”, descendándose desde ella hacia deberes subconstitucionales (121).

(117) FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 32.

(118) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., p. 347.

(119) FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 33.

(120) *Constitución Política del Perú*, La Confianza, Lima (Perú), 1994.

(121) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., p. 342.

La variable brasileña del instituto en estudio es considerada por la doctrina como un instrumento útil y viable para el control de los casos de inconstitucionalidad por omisión, dado que plantea una interesante solución para el caso concreto. Sin embargo, es necesario aclarar que las figuras de la omisión inconstitucional y la *injunction*, conforme se encuentran reglamentadas por el texto constitucional brasileño, si bien resultan afines, presentan diferencias sustanciales.

Básicamente la primera es una garantía constitucional que procura salvaguardar la constitución, mientras que la segunda intenta conseguir el ejercicio de los derechos individuales (122). Así mismo podemos también encontrar diferencias respecto a los sujetos legitimados (en el caso del mandado será el afectado en el derecho constitucional), los efectos (puesto que el control por omisión inconstitucional tiene efectos propios, mientras que la segunda figura procura hacer expedito el derecho, para el caso concreto) entre otras. Sin embargo, atento ambos refieren a la existencia de una omisión por parte de órganos estatales frente a un mandato normativo, las instituciones coinciden en cuantos medios procesales idóneos para suplir la problemática en análisis.

Fernández Segado realiza una exaltación de esta figura como el medio más idóneo a los fines de aportar soluciones procesales al problema que nos convoca. Considera que, sobre la base del derecho objetivo a la normación se puede concebir al mandado de *injunção* como un auténtico derecho constitucional autónomo, y no como una simple garantía procesal (123). Al amparar el juez el derecho autónomo citado, deberá proceder a emitir la regulación pertinente, con efecto inter partes.

III.3. La problemática de las sentencias aditivas o constructivas

Se ha reseñado con anterioridad como países carentes de una regulación específica en torno a la omisión inconstitucional, tales como Alemania, Italia y España, han generado jurisprudencia a través de la cual se la ha subsanado el conflicto. En alguno de estos casos, el Poder Judicial, o bien el órgano de control de constitucional, ha tomado una postura positiva, “creadora” de derecho, “innovadora” dentro del ordenamiento jurídico, técnica a la cual la doctrina ha denominado “sentencias aditivas”.

(122) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 34.

(123) GOMEZ CANOTILHO, José, “Tomemos à serio o silêncio dos poderes públicos...”, cit., p. 364, cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “La inconstitucionalidad por omisión...”, cit., p. 38.

Se puede situar la tipología de sentencia en estudio cercana a lo que se denomina “sentencia interpretativa”, de gran aceptación en el derecho comparado, y cuya existencia no constituye una novedad en prácticamente la totalidad de los ordenamientos jurídicos.

Se advierte que, en numerosas oportunidades, los Tribunales Constitucionales, a través de una tarea integradora de las “lagunas legales” han suplido la inacción del legislador. En estos casos siendo propiamente una “*tarea integradora*” la misma se encuentra consabida por los límites propios de la actividad “integradora”, así como de la actividad “interpretativa”, no pudiendo el Tribunal ir más allá de las posibilidades que presentan ambas instituciones” (124). Cabe señalar al respecto que, conforme aclara Víctor Bazán, los conceptos de laguna y omisión inconstitucional no son equivalentes, ya que “en el supuesto de la omisión legislativa concurre un mandato constitucional expreso dirigido al legislador, imposición que no existe en el caso de una laguna” (125). Es decir, “las lagunas son situaciones constitucionalmente relevantes no previstas, mientras que las omisiones legislativas se relacionan con situaciones previstas constitucionalmente” (126).

Explicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Italiano, Nocilla y Falsea refieren a la existencia de “sentencias interpretativas de admisión” (127), diferentes de las sentencias interpretativas de rechazo. En ellas “presentan sustancia de acto normativo, dando vida a una norma o a un fragmento de norma cuya presencia no había sido inicialmente ‘advertida’ en el ordenamiento” (128).

(124) Ver EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “La argumentación en la justicia constitucional española”, Instituto Vasco de Administración Pública —IVAP—, Euskal Erakundea, 1987, ps. 56-60; SCHNEIDER, H. P., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 5, Madrid, 1982, p. 39, cit. por FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, cit., p. 69.

(125) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., p. 123.

(126) BAZÁN, Víctor, *Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales*, cit., p. 124, con cita a MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, cit., p. 270.

(127) NOCILLA, D., “Sentenze interpretativa di accoglimento o sentenza di accoglimento parziale...”, *Giur. Cost.*, 1965, p. 882 y FALSEA, Testo P., “In tema di sentenze di accoglimento parziale”, *Giur. Cost.*, 1986, I, p. 2600, citados por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional. Fundamentos de la democracia constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 286.

(128) CRISAFULLI, Vezio, *Lezioni di Diritto Costituzionale*, CEDAM, Padua, 1984, t. II, p. 407, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución...*, cit., p. 287.

Acosta Sánchez señala tres tipos de sentencias interpretativas: las *restrictivas* —que restringen el alcance de una ley—, las *constructivas o manipulativas* —que “tienen por objeto enriquecer el contenido normativo de la disposición de ley en cuestión mediante una extensión de su alcance...”— (129) y las *interpretativas directivas* —“la originalidad de esta técnica estriba en que tiene por objeto determinar, no una regla, sino un principio que, en nombre y respeto de la constitución, orientará la conducta del aplicador de la ley, sin por ello predeterminarla”— (130).

Dentro de la categoría de “sentencia constructiva” menciona las siguientes modalidades: a) la *sentencia aditiva*, que “añade o amplía literalmente, o en otro sentido, el texto legal controvertido” (131), b) la *sentencia sustitutiva*, que implica “una interpretación a dos tiempos, ya que persigue, por una parte, retirar de la disposición discutida una norma o un fragmento de norma contrario a la Constitución, y, por otra parte, introducir una norma conforme a las exigencias constitucionales” (132) y c) la *sentencia de delegación o habilitación* “en la que el tribunal, tras declarar inconstitucional una ley, indica los principios que habrá de contener otra sobre el mismo objeto para ser constitucional” (133).

Las “sentencias aditivas”, conforme Néstor Pedro Sagüés, son aquellas que resultan “constructoras de las normas reglamentarias faltantes

(129) DI MANNO, Thierry, *Le Judge constitutionnel et la technique des décisions interpretatives en France et en Italie*, Economía, París, 1997, p. 231, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución...*, cit., p. 290.

(130) DI MANNO, Thierry, *Le Judge constitutionnel...*, cit., ps. 276, 277 y 278, citados por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución...*, cit., p. 292.

(131) Informe a la VII Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos, p. 177, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución...*, cit., p. 291. Dicho autor cita un antecedente del Tribunal Constitucional Italiano, sentencia nro. 68 de 1978, donde “dicho órgano juzgo que la ley que establecía el procedimiento para el referéndum abrogativo no había regulado concretamente la hipótesis de que sobreviniera en el curso del proceso referendario una nueva ley que abarcara las disposiciones sometidas al voto del cuerpo electoral. El Tribunal imponía en su declaración de inconstitucionalidad añadir a la ley que regulaba el referéndum, en una nueva redacción, las disposiciones que impedirían que la consulta popular pudiera ser arbitrariamente impedida por el propio parlamento”.

(132) ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado vía incidental”, REDC, nro. 48, septiembre-diciembre 1996, p. 64, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución...*, cit., p. 291.

(133) ROMBOLI, Roberto, “La tipología de las decisiones...”, cit., p. 115, citado por ACOSTA SÁNCHEZ, José, *Formación de la Constitución...*, cit., p. 292.

para la eficacia de la cláusula programática constitucional” (134). Una aplicación en concreto se da en aquel pronunciamiento que “suprime obstáculos en beneficio de aquellos a quienes, por omisión, no se les aplicaría esa norma por no estar comprendidos en ella” (135).

La integración de la laguna jurídica puede ser realizada mediante la auto integración —remitiéndose a principios constitucionales, aplicación de la norma análoga— o bien heterointegración —mediante la aplicación de reglas inferidas de los principios generales de derecho— (136).

Sin embargo, debe señalarse que algunos autores como Mortati, diferencian las “lagunas” —que imponen al Juez el deber de integrarlas mediante las técnicas que prevé el régimen jurídico—, de las “omisiones”, las que suponen un límite a la función jurisdiccional, quedando en manos del Poder Legislativo su subsanación (137).

No resulta conteste la doctrina la distinción entre “laguna” y “omisión”. Conforme algunas concepciones, es la existencia de mandato, el incumplimiento de la obligación impuesta por el texto constitucional, lo que permite diferenciar la institución en estudio de las “lagunas normativas” (138). En otra posición se encuentran doctrinarios que consideran que “la omisión tiene relevancia porque provoca una ‘laguna’; vacío normativo apto para obstaculizar el pleno y útil ejercicio de un derecho dispensado constitucionalmente” (139). En el mismo sentido otros autores refieren a la “laguna” generada por las omisiones inconstitucionales, etc., diferenciando, en su caso, aquellas lagunas que pueden suplirse vía tarea integradora, de aquellas otras donde existen límites funcionales (140).

(134) SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, cit., p. 196.

(135) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., p. 351.

(136) SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, cit., p. 112.

(137) FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, cit., p. 68.

(138) Ver en este sentido MORTATI, C., “Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore”, *Il Foro Italiano*, 1970, ps. 153-191, cit. por FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, cit., p. 65.

(139) PICARDI, Nicola, “Le sentenze intergrative de la Corte Costituzionale”, en *Scritti in onore di C. Mortati*, IV, 1977, ps. 599 a 634, cit. por BAZÁN, Víctor, “Hacia la plena exigibilidad...”, cit., p. 106.

(140) SCHNEIDER, H. P., “Jurisdicción constitucional y separación de poderes”, cit., p. 39, cit. por FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, *La incidencia positiva del Tribunal Constitucional en el Poder Legislativo*, cit., p. 69.

Puede entenderse que las sentencias aditivas o constructivas, si bien utilizan técnicas interpretativas e integradoras, y, en cuanto tal, son una variable de las mismas, van más allá de los límites tradicionales —aceptadas por teorías clásicas— de las sentencias de este tipo, al innovar, crear, “constituir normas”.

Las sentencias aditivas o constructivas revisten una importancia práctica de gran trascendencia. Han dado lugar a la gestación el desarrollo de teorías tales como el importante aporte de la Jurisprudencia del Tribunal Superior Alemán, relativo a la “exclusión arbitraria o discriminatoria de beneficio” en virtud de la cual se ha arbitrado el recurso de queja constitucional frente a omisiones relativas del legislador, como se ha señalado precedentemente.

Sin embargo, no es uniforme la doctrina y jurisprudencia en cuanto a su aceptación. Evidentemente, el órgano con facultad propia a los fines de innovar dentro del ordenamiento jurídico es el Poder Legislativo. Por lo tanto, la admisión de sentencias innovadoras o constructivas enfrenta la problemática del peligro del sistema de división de funciones y el temor al gobierno de los jueces a que se ha hecho referencia con anterioridad.

Entre las posturas negadoras de la posibilidad de instrumentación de la tipología de sentencia citada, el texto constitucional peruano establece: “No dan lugar a la acción de amparo aquellos derechos constitucionales cuyo ejercicio exige la previa reglamentación legal, mientras ella no se haya dictado” (141).

En el caso español, por ejemplo, no existe un criterio doctrinario unánime frente la valoración de la jurisprudencia constructiva. Santaolalla (142), por ejemplo, considera equivocada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que le permite actuar ante la ausencia de norma legal. Sin embargo, existen numerosos autores que elogian estas soluciones concretas que permiten efectivizar la normatividad del texto constitucional. Entre ellos podemos citar a Fernández Rodríguez (143), Gómez Puente, entre otros.

(141) *Constitución Política del Perú*, cit.

(142) SANTAOLALLA, Fernando, “Televisión por cable y control de las omisiones del legislador (en torno a la STC 31/94, de 31 de enero). Epílogo sobre la televisión privada (STC 127/94)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 41, mayo-agosto, Madrid, 1994, ps. 173 y ss., cit. por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, cit., ps. 144 y ss.

(143) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Francisco, “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, cit.

Algunos autores si bien reconocen los riesgos de las sentencias innovadoras dentro del orden jurídico, las aceptan, pero limitando estrictamente sus posibilidades. Ahumada considera que estos pronunciamientos aditivos “suponen el territorio límite de actuación de un tribunal ante una omisión inconstitucional y su única justificación está en que ponen orden en la situación inconstitucional provocada por la inercia del legislador” (144). Sin embargo, como se ha señalado con anterioridad, esta crítica se predica del control mismo de las omisiones constitucionales, por lo que son aplicables al caso las respuestas esbozadas oportunamente.

Cabe subrayar la necesidad de procurar una respuesta amplia al control de constitucionalidad, y en particular, para los supuestos de las omisiones inconstitucionales. Sobre el tema Bidart Campos sostiene que, así como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado jurisprudencialmente el control de constitucionalidad —siguiendo el modelo norteamericano— sobre la base de la teoría de los “poderes implícitos”, debe aplicarse la misma doctrina, y, en consecuencia —ante la carencia de norma específica—, arbitrar pretorianamente medios idóneos de subsanación de las omisiones inconstitucionales (145).

Siguiendo la misma postura, Alberto Bianchi advierte que se ha superado la “concepción antigua, según la cual la regla en materia de competencia es que sólo está permitido lo que expresamente surge de la literalidad de la norma que obra como fuente de aquella” (146). Frente a esta situación se ha consagrado la regla de la llamada ‘permisión amplia’ según la cual los órganos de gobierno no solo están habilitados para ejercer aquellos actos para los que expresamente están habilitados según la Constitución, la ley o el reglamento, sino para todos aquellos que implícitamente surgen de aquellas disposiciones expresas (147).

La teoría de los poderes implícitos, receptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (148), permite encontrar un

(144) AHUMADA RUIZ, María de los Ángeles, “El control de la constitucionalidad de las omisiones legislativas”, cit., p. 184, cit. por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José J., “La jurisprudencia del tribunal Constitucional español relativa a la inconstitucionalidad por omisión”, cit., p. 134.

(145) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., p. 347.

(146) BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 86.

(147) *Ibidem*, p. 86. Dicho autor señala como antecedente de esta doctrina en la jurisprudencia norteamericana, en el fallo dictado por Marshall en los autos “Mc. Culloch vs. Maryland”.

(148) CS, “Lisandro de la Torre”, Fallos 19:231 y “Peláez”, ED 166-91.

cauce a los fines del reconocimiento y subsanación de las omisiones inconstitucionales.

III.4. La vía de la acción de amparo

Dentro del marco normativo argentino, no existiendo procedimientos específicos tendientes al control de las omisiones constitucionales, resulta adecuado que se admita el planteo a través de los procesos ya existentes, en especial la acción de amparo genérica (149) y el colectivo (150), en los términos del art. 43 de la CN, si se verificasen sus requisitos, como en los antecedentes jurisprudenciales que se señalaron. En este sentido, señala Néstor P. Sagües “situaciones de angustia económica para el afectado; de salvaguarda del equilibrio de los poderes, o de urgencia impostergable, pueden explicar la admisibilidad y éxito del amparo para remediar la omisión legisferante” (151).

Por otra parte, la aplicación dicho instituto permite dar una respuesta afortunada al problema de la legitimación activa en el control propiciado, reconociéndole al sujeto afectado por la omisión del órgano del estado el derecho a incoar el proceso tendiente a su subsanación, conforme se ha señalado precedentemente. Asimismo, la posibilidad —consagrada en el art. 43 de la CN— de tutelar los derechos de incidencia colectiva en general por la vía de la acción de amparo resulta sumamente positiva en miras a instrumentar un remedio procesal expedito, máxime cuando se otorga el carácter de legitimados activos al Defensor del Pueblo, o las asociaciones.

Más allá de estas pautas, no existe óbice para la articulación del control propiciado por otros medios procesales que resulten, en su caso, más idóneos —en los términos del art. 43, CN— para el debate del conflicto respectivo.

III.5. La experiencia del instituto en la Constitución Provincial de Río Negro

El art. 207 de la Constitución Provincial de Río Negro, consagra la siguiente fórmula normativa en su inc. d): El Superior Tribunal ejerce ju-

(149) “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ‘Campodónico de Beviacqua’..”, cit.

(150) “Asociación Benghalensis..”, cit.

(151) SAGÜES, Néstor P., “Inconstitucionalidad por omisión de los Poderes Legislativo y Ejecutivo”, cit., p. 959.

risdicción originaria y exclusiva en los siguientes casos... d) En las acciones por incumplimiento en el dictado de una norma que impone un deber concreto al Estado provincial o a los municipios, la demanda puede ser ejercida —exenta de cargos fiscales— por quien se sienta afectado en su derecho individual o colectivo. El superior Tribunal de Justicia fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento, integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y, de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado conforme al perjuicio indemnizable que se acredite” (152).

En cuanto a las circunstancias circundantes a la introducción de la norma de referencia, Señala Néstor Sagüés, quien participó en la elaboración del texto que comentamos, que “predominó la idea de realizar, por medio de la Constitución, una verdadera lección de Estado de Derecho (153).

Existe copiosa jurisprudencia en torno a la aplicación del instituto comentado. El Superior Tribunal ha aplicado específicamente el articulado en mención, señalando los lineamientos del mismo, y sosteniendo en torno a su importancia que “Es tarea del legislador ordinario hacer realidad los objetivos del constituyente para no caer en la ‘Constitución promesa’ enfrentada a la ‘Constitución Contrato’, la peligrosa dicotomía entre lo predicado y lo efectivamente realizado con el consiguiente deterioro de la fe pública en las instituciones encargadas de dotar operatividad a las normas consagradas con ese alto rango legal” (154).

IV. RESPUESTA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

IV.1. Criterios vertidos por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Señala Bazán que puede encontrarse en el texto de la Constitución Argentina una expresión de normatividad en su art. 36, el cual consagra: “Esta constitución mantendrá su imperio, aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos” (155).

(152) SAGÜÉS, Néstor P., “La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro”, cit., p. 107.

(153) *Ibíd.*, p. 110.

(154) ST Río Negro, 20/11/1996, “Gómez, Daniel A.,” LL 1997-D-62.

(155) ZARINI, Helio J., *Constitución argentina*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 143.

Sin embargo, la realidad constantemente muestra incumplimientos omisivos de normas constitucionales. La situación ha generado una amplia reacción del sector doctrinario argentino, donde numerosos autores se han postulado a favor de la operatividad inmediata de las “cláusulas programáticas” (156), así como del control de las “omisiones inconstitucionales” (157).

Ante la ausencia de norma expresa que habilite y regule el control tratado, la jurisprudencia de la Corte no se había mostrado propicia a un control directo y amplio en el sentido referido. Analizando el desarrollo de los pronunciamientos de nuestro alto tribunal pueden perfilarse cuatro diversas etapas, desde la negación al reconocimiento del control propiciado, hacia su apertura, en algunos supuestos:

(i) El primer criterio perfilado por la Corte se volcó hacia la negación de este tipo de control, al señalarse que resultaba discrecional para el órgano legislativo la reglamentación de las cláusulas programáticas, no existiendo un deber “inmediato” de expedirse para el órgano legisferante (CS, “Loveira” [1911] (158), “Ministerio Fiscal c. el director del Diario ‘La Fronda’” [1932] (159), “Tribuna Demócrata” [1947] (160)). Asimismo, sostuvo que estas cláusulas son “meros enunciados verbales” (161), sosteniendo que, “en definitiva, la verdadera efectividad de lo que la Constitución reconoce depende de la actividad del legislador ordinario que reglamente el derecho...” (162). En el mismo sentido, ha señalado que no puede sustituirse al legislador en el establecimiento del régimen legal de la república (CS, “Regodesebes” [1957], “Grismondi vda. De Mongiardino” [1959] (163), entre otros.

Dicha postura era compartida por algunos Tribunales provinciales, que negaban la posibilidad de cuestionar el accionar de los órganos del

(156) Entre otros, SPOTA, Alberto A., “Aportes par la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, Operatividad de las cláusulas programáticas incumplidas”, Ministerio de Economía, La Plata, 1984, t. I, p. 179.

(157) PINA, Rolando E., *Cláusulas constitucionales programáticas*, Astrea, Buenos Aires, 1993, ps. 72 a 108.

(158) Fallos 115:92.

(159) Fallos 165:258.

(160) Fallos 208:21.

(161) “José Cantarini c. Acindar”, Fallos 239:273.

(162) *Ibidem*.

(163) Fallos 237:24 y 245:419.

Estado si se analizan facultades privativas de los mismos realizados dentro de su marco constitucional y legal (164).

(ii) En una segunda etapa, la Corte admitió la fuerza normativa de la constitución, y la operatividad de sus cláusulas, habilitando la instrumentación de los medios para ejercer un derecho, ante la ausencia del andamiaje legal necesario. En “Bonorino Perú, Abel y otros c. Gobierno Nacional (1985) (165), la Corte ha sostenido “la igual jerarquía de la Corte Suprema, con relación al Poder Ejecutivo y al Congreso, obligan al Tribunal, en cuanto cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces” (166).

Asimismo, en el caso “Ekmekdjian, Miguel Á. c. Sofovich, Gerardo y otros” el Tribunal sostuvo: “las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias —consid. 31 de la mayoría—” (167). El criterio sentado puede verse reiterado en otros pronunciamientos, como, por ejemplo, el caso “Prodelco c. PEN s/ amparo”, de fecha 7/5/1998 la Corte ha admitido la legitimación de una asociación de consumidores a los fines de articular una acción de amparo, si bien el tenor literal del art. 43 de la CN exigía que las mismas debían encontrarse registradas conforme una ley que reglamente sus requisitos y forma de organización, cuya consagración normativa no se había implementado.

Se encuentran respuestas similares en jurisprudencia de tribunales provinciales, entre los cuales puede citarse la Cámara Civil y Comercial de Rosario que sostiene: “El amparo regulado en el art. 43 de la Constitución Nacional posee plena operatividad, en tanto derecho constitucional expreso que se extiende a todos los habitantes del país por aplicación del imperativo contenido en el art. 31 de la Carta Magna nacional” (168).

(164) Entre otros, CCiv. y Com. Rosario, sala III, “Liga Santafesina de Defensa del Usuario y del Consumidor c. Poder Ejecutivo”.

(165) CS, Fallos 307:2174, LL 1986-A-3; DJ 1986-I-259; JA 1986-I-96.

(166) Primera parte del consid. 7º, JA 1986-I-95 a 103.

(167) JA 1992-III-199 a 221.

(168) CCiv. y Com. Rosario, sala III, 19/5/1997, “Bellón, G. y otros c. Provincia de Santa Fe”, LL Litoral, 1997-1039. En el mismo sentido CCiv. y Com. Santa Fe, 13/11/1996, “Bacchetta, Marcelo L. D. y otro c. Municipalidad de Reconquista”, LL Litoral, 1997-121. Asimismo, CCiv. y Com. Santa Fe, sala III, 21/12/1995, “T. J. A. y otra”, LL 1997-F-145, y CCrim. y Correc. Morón, sala III, diciembre 1994, “M., P”, ED 161-585. C4ªCrim. Mendoza, 6/12/1997, “F. c. S. D., V. J.”, 1998-2-137.

En el estadio actual de su jurisprudencia, la Corte ha admitido la posibilidad de exigir al ejecutivo el cumplimiento de sus obligaciones positivas, a través del control judicial, sentando un criterio que se había vislumbrado en algunos fallos de tribunales inferiores (169).

(iii) Control de las omisiones del Poder Ejecutivo.

La línea receptiva del control de inconstitucionalidad por omisión a través del amparo se gestó en dos pronunciamientos (170), donde el tribunal supremo nacional ha considerado que en virtud de obligaciones internacionales contraídas por el Estado, este se ve compelido a cumplir con las acciones necesarias para garantizar los correspondientes derechos, admitiéndose en ambos precedentes el reclamo judicial vía amparo para instrumentar el control ante la omisión de las mismas.

En la causa “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986 (171)”, dictado en fecha 1 de junio de 2000, la Corte confirma la resolución de Cámara que, conforme la sentencia de primera instancia, hacía lugar a la acción de amparo interpuesta por Asociación Benghalensis y otras asociaciones no gubernamentales que desarrollan actividades contra el virus del SIDA, condenando al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social— a dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y en especial suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a los enfermos de ese mal registrados en los hospitales públicos y efectores sanitarios del país.

Dentro de la misma línea, en “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco

(169) CNTrab., sala I, 13/9/1982, “Pinto, Luis”, ED 103-298; CNFed. Cont. Adm., sala V “Labatón, Ester A. c. Poder Judicial de la Nación”, LL 1998-F-345 y ss.; CNFed. Cont. Adm., sala IV, “Viceconte, Mariela c. Ministerio de Salud y Acción Social”, LL 1998-F-304; CCiv. Neuquén, sala II, 19/5/1997, “Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo”, expte. nro. 311-CA-1997, citado por CONTARINI, Eugenia y otros, “Investigación en Argentina”, *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, The John D. and Catherine T. MacArthur Foundation, 1999, p. 69.

(170) CS, “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986”, de fecha 1/6/2000 y “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ‘Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas’”, de fecha 24/10/2000.

(171) La Ley, *Suplemento de Derecho Constitucional*, 12/3/2001, ps. 12-31.

de Drogas Neoplásicas”, de fecha 24 de octubre del 2000, la Corte confirma una sentencia de segunda instancia que obliga al Estado Nacional —Ministerio de Salud y Acción Social—, a entregar las dosis necesarias de un remedio a un menor que, en virtud de un padecimiento grave en su médula ósea que disminuye sus defensas inmunológicas, requería el tratamiento con una medicación especial.

Los Ministros Moliné O’Connor y Boggiano, en el primer decisorio citado, se manifiestan contundentes en relación con la posibilidad de controlar omisiones institucionales, al señalar que “resulta fundado el reproche que el *a quo* imputa al Estado Nacional al señalar que incurrió en una conducta omisiva, consistente en no dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y suministro de medicamentos —en forma regular, oportuna y continua— a aquellos enfermos que padecen las consecuencias de este mal...” (172).

Asimismo, en el segundo de los precedentes en análisis, la Corte, con voto mayoritario conjunto de los Dres. Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Petracchi, Boggiano, López y Vázquez, sostiene que el tribunal “ha reafirmado... el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...” (173).

(iv) Control de la inconstitucionalidad por omisiones del Poder Legislativo.

Más allá de lo desarrollado en el acápite (i) a (iii), luego del dictado de los precedentes citados, se había verificado un retroceso en torno a las omisiones legislativas. Al plantearse una omisión inconstitucional del Poder Legislativo, que no ha reglamentado la doble instancia necesaria para la condena (exigida por el art. 8º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —con jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22 CN—), en el caso “Felicetti, Roberto y otros”, del 21 de diciembre de 2000, la corte evitó referirse al punto, rechazando el planteo por cuestiones formales.

En su voto (en disidencia) formulado por el Dr. Fayt, el mismo refiere a que corresponde “hacer efectivos derechos de rango superior frente a inexcusables *omisiones legislativas*, lo que se inscribe en el marco del

(172) “Asociación Benghalensis...”, cit., voto de los Dres. Moliné O’Connor y Boggiano, consid. 15.

(173) “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa ‘Campodónico de Beviacqua’...”, cit., consid. 16.

ejercicio ‘de la función esencial del Tribunal, como garante de los derechos y garantías constitucionales, por sobre las limitaciones que impiden su cabal vigencia’ (174).

Posteriormente, se generó una amplia jurisprudencia receptiva de esta variable de control. Un ejemplo palmario de la búsqueda del equilibrio de la ecuación de división de funciones, y de recurso al principio del diálogo institucional, puede encontrarse en lo decidido por la Corte en los fallos “Badaro I” (175) y “Badaro II” (176), en los que el Tribunal se ha pronunciado de manera escalonada formulando un control de la inconstitucionalidad por omisión frente al incumplimiento del legislador en respetar el carácter móvil de las jubilaciones que se desprende de la operatividad del art. 14 bis de la CN.

En dicha causa, el actor reclamó el reajuste de su haber de pasividad, y expresó su crítica respecto del congelamiento de aquel dado que ninguno de los argumentos provisionales establecidos en los decretos dictados ante la grave crisis económica y social lo benefician, por no hallarse en el extremo inferior de la escala de haberes (177).

En un primer pronunciamiento, dictado el 8 de agosto de 2006, la Corte comienza por señalar que el art. 14 bis de la CN garantiza la movilidad de las jubilaciones dejando librada a la prudencia legislativa la determinación del método, sin embargo, la reglamentación debe ser razonable y no puede desconocer el derecho de los beneficiarios a una subsistencia decorosa y acorde con la posición que tuvieron durante su vida laboral. Expresamente establece que el precepto constitucional de la movilidad se dirige primordialmente al legislador, que es el que tiene la facultad de establecer los criterios que estime adecuados a la realidad. Ahora bien, recalca que no solo es facultad, sino también deber del legislador fijar el contenido concreto de la garantía constitucional (art. 14 y 75 incs. 19 y 23).

El tribunal fundamenta su decisión en que la efectividad de la cláusula constitucional sobre la movilidad jubilatoria —art. 14 bis— debía resguardarse legislando sobre el punto, ya que el art. 7º, inc. 2º, de la ley 24.463 solo atribuyó la competencia para fijar su cuantía y señaló el momento en que ello debía realizarse, por lo cual su validez deberá analizarse a la luz del concreto ejercicio que el Congreso hizo de las facultades

(174) La Ley, *Suplemento de Derecho Constitucional*, 12/3/2001.

(175) CS, Fallos 329:3089, sentencia de fecha 8/8/2006.

(176) CS, Fallos 330:4866, sentencia de fecha 26/11/2007.

(177) CS, Boletín de Resumen de casos relevantes, p. 45.

des que se reservó. Señala que dado que las leyes de presupuesto números 24.447, 24.624, 24.764, 24.938, 25.064, 25.237, 25.401, 25.565, 25.725, 25.827 y 25.967 no contienen previsión alguna de incremento de las prestaciones ni han señalado la existencia de graves razones de interés general que impidieran concederlos, aspectos que pueden ser cuestionados por el demandante en la medida que ese aumento resulte necesario para mantener un adecuado nivel de su beneficio, se ha verificado una omisión por el legislativo.

El tribunal explica de manera enfática que el presente caso constituye un ejercicio legítimo de su jurisdicción constitucional. A tal efecto señala que “la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional, todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal”. En consecuencia, en dicho fallo difirió su pronunciamiento y decidió comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de la sentencia, a fin de que en un plazo razonable adopten las medidas aludidas en los considerandos.

Podría calificarse este pronunciamiento en la modalidad de “sentencia exhortativa “de delegación”. Ellas se caracterizan como aquella que “declara inconstitucional a una norma, y advierte al Poder Legislativo qué pautas debería satisfacer una nueva ley compatible con la constitución... En el caso de la sentencia exhortativa, ella operaría como una especie de “norma de base” de la legislación que tendrá que sancionar el Poder Legislativo” (178).

En torno a las omisiones legislativas que conllevan la violación de los derechos fundamentales, como es el caso “Badaro” en estudio, la solución aportada por el Tribunal en su primera sentencia es una solución anoticiadora, donde el órgano judicial pone a conocimiento del órgano omitente de la situación inconstitucional. Efectivamente, como se ha señalado, en su parte resolutive, el fallo ordena se comunique al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo la sentencia, y, otorgando un plazo razonable, difiere el pronunciamiento de fondo, previendo la posibilidad de pronunciarse con posterioridad.

(178) SAGÜÉS, Néstor P., “Las sentencias constitucionales exhortativas (‘apelativas’ o ‘con aviso’), y su recepción en Argentina”, LL 2005-F-1461.

Este primer recurso a la sentencia diferida o escalonada es, justamente, una apertura clara al diálogo institucional, otorgándole así espacio temporal a la rama de gobierno pertinente para el cumplimiento de su función, sin tolerar, por el contrario, la persistencia en la omisión inconstitucional. Así, se ha señalado que “la Corte analizó el problema general de violación al derecho a la seguridad social de las personas que durante los últimos años no habían sido beneficiadas con actualizaciones de sus montos jubilatorios. Sin embargo, restringió su decisión al análisis de la propuesta de actualización que realizará el Estado (órgano ejecutivo, órgano legislativo) en el presupuesto del año 2007. En el caso, la Corte motorizó un diálogo institucional entre todos los órganos del Estado, con la cautela de reservar un posterior estudio de la respuesta que se ofrezca” (179).

El segundo pronunciamiento, dictado en fecha 26 de noviembre de 2007, se gestó ante una denuncia presentada por el actor, respecto a que la ANSeS no había dado cumplimiento a lo resuelto en lo relacionado con el ajuste del nivel inicial del beneficio, el cómputo de la movilidad hasta el 31 de marzo de 1995 y el pago de retroactividades —si bien este punto, por cuestiones específicas, no resulta tratado en el pronunciamiento—, y plantea la inconstitucionalidad de la ley 26198 que aprobó el presupuesto general de la administración nacional para el año 2007, por no haber satisfecho el pronunciamiento judicial.

Frente a dicha situación, el Tribunal, tras señalar la claridad del fallo dictado con anterioridad en la causa, aseveró que las prescripciones de la ley mencionada no son aquellas que el Tribunal reclamó en su sentencia de fecha 8 de agosto de 2006. Aclaró que, en virtud de la misma, “no solo era facultad sino también deber del Congreso fijar el contenido concreto de la garantía en juego. Ello es así porque la Constitución Nacional ha reconocido el derecho a la movilidad no como un enunciado vacío que el legislador puede llenar de cualquier modo, sino que debe obrar con el objeto de darle toda su plenitud, que no es otra que la de asegurar a los beneficiarios el mantenimiento de un nivel de vida acorde con la posición que tuvieron durante sus años de trabajo” (180).

Resulta interesante observar cómo, en el Considerando 18, la Corte deja abierta la posibilidad a que, frente a un mandato constitucional expreso, “muy graves circunstancias de orden económico o financiero ()

(179) LITVACHKY, Paula, “Procesos de cambio en la justicia argentina: hacia un nuevo modelo de Corte Suprema y el futuro del Consejo de la Magistratura”, disponible en http://www.cels.org.ar/common/documentos/ia2007_capitulo4.pdf.

(180) B.675.XLI, sentencia dictada en fecha 27/11/2007.

impidan acatar en lo inmediato el mandato constitucional o disponer, cuando menos, una recuperación sustancial del deterioro sufrido por la prestación del actor”, aspectos estos que considera no verificados en la presente causa (181).

Finalmente, el Tribunal es contundente al resolver que “dado que el único aumento en el beneficio jubilatorio del actor que se ha dispuesto durante el período examinado es insuficiente para reparar su deterioro, corresponde declarar en el caso la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable y ordenar su sustitución y el pago de las diferencias pertinentes, criterio compartido por el Ministerio Público que, al ser oído sobre una temática análoga en la causa G.2708.XXXVIII, ‘Gómez, Librado, Buenaventura c/ ANSeS s/ reajustes por movilidad’, consideró que estaban dadas las condiciones para que esta Corte determinara los porcentajes adecuados para nivelar la prestación” (182). Remite a un criterio concordante con pronunciamientos anteriores, y establece que se debe resolver la cuestión planteada mediante la utilización del nivel general de índice de salarios elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Así, la segunda sentencia “Badaro”, constituye un ejercicio del control de inconstitucionalidad por omisión del máximo representante del Poder Judicial, que, frente a que se había desoído el primer pronunciamiento que había anoticiado al Poder Legislativo y Ejecutivo del incumplimiento del mandato constitucional, y frente a la continuidad en dicho incumplimiento, adopta perfiles supletorios, y subsana, mediante su accionar, la omisión constatada. Ahora bien, a fin de no importunar el equilibrio de los departamentos del Estado, aclara enfáticamente el Tribunal que los efectos del pronunciamiento son para el caso concreto, “en tanto no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el artículo 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general denegatoria de las disposiciones continuadas, pues ello implicaría sustituirse al Congreso... en este entendimiento, esta Corte considera que contribuiría a dar mayor seguridad jurídica el dictado de una ley que estableciera pautas de aplicación permanentes que aseguren el objetivo

(181) El tema reviste un especial interés en lo que refiere al condicionante económico de los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto, puede consultarse a SAGÜÉS, María Sofía, “Aportes jurisprudenciales en torno a la operatividad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Logros y desafíos”, *Revista de Derecho Público de la Facultad de Derecho de Rosario de la Universidad Católica Argentina*, en prensa.

(182) B.675.XLI, “Badaro”, sentencia dictada en fecha 27/11/2007.

constitucional” (183). Estos aspectos, sumados a la “conveniencia de reducir la litigiosidad en esta materia, que ha redundado en menoscabo de los derechos de los justiciables” (184), justifican el dictado de una nueva sentencia exhortativa a las autoridades responsables a fin de que examinen esta problemática.

Esta metodología de pronunciamientos, los cuales han sido calificados como sentencias escalonadas o diferidas, tiene su razón de ser en la búsqueda del respeto al principio constitucional de “diálogo institucional” mencionado, a fin de garantizar la interacción de los poderes del Estado y el control recíproco respetando del marco de acción privativo de los mismos. Es decir, se procura asegurar el efectivo respeto de la fuerza normativa de la Constitución, pero a través de la mínima injerencia en el órgano controlado, habilitándose mayores magnitudes de control en la medida en que su acción u omisión inconstitucional se mantiene. Finalmente, en caso de que la rama de gobierno omitente no subsane la falencia, o si lo realiza de manera insuficiente, el control de constitucionalidad cobra nuevamente pleno vigor. Frente a la frustración de cumplimiento del primer eslabón de resolución jurisdiccional, toma total fuerza el imperio del órgano máximo de control de constitucionalidad, y operativiza la norma, con efectos para el caso concreto, pero también exhortando en torno a la generalidad, a los fines de subsanar la situación constitucional irregular.

Con base en los precedentes señalados, puede sostenerse que el recurso a sentencias escalonadas o diferidas, en cuyo primer término se verifica un pronunciamiento exhortativo, y para el supuesto de frustración del mismo se habilitaría la instancia de la sentencia supletoria, en su modalidad de aditiva, constituye una variable válida del recurso al diálogo institucional en el control de constitucionalidad, en miras a garantizar la fuerza normativa de la Constitución. Ello, por su puesto, en los casos en que la naturaleza de la norma constitucional en juego, en particular, las características del derecho fundamental conculcado, permita concluir la razonabilidad de la proyección temporal del escalonamiento de los pronunciamientos. Caso contrario, la resolución del caso concreto, con la consiguiente subsanación del derecho en crisis, resultaría satisfactoria de la pretensión, habilitándose el modelo exhortativo a los fines de subsanar la deficiencia de cumplimiento del mandato constitucional.

(183) Ídem.

(184) Ídem.

A su vez, en el año 2015 la Corte hizo lugar a las demandas planteadas por las provincias de Santa Fe y San Luis (“Santa Fe, Provincia de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad” y CSJ 191/2009(45-S)/CS1 “San Luis, Provincia de c. Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos”). Con específica referencia a lo que nos incumbe, señaló que habían transcurrido casi 20 años desde la fecha fijada por la Constitución Nacional para establecer un nuevo régimen de coparticipación sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias que garantice la remisión automática de fondos y que contemple criterios objetivos de reparto, que sea equitativa, solidaria y que dé prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional (art. 75 inc. 2º). Subrayó que ese plazo ha sido ampliamente incumplido, lo cual conspiraba contra el objetivo de los constituyentes de 1994 de fortalecer el federalismo. Tal omisión no encuentra justificación, a criterio del Tribunal, dado que la Constitución materializa el consenso más perfecto de la soberanía popular; frente a sus definiciones, los poderes constituidos deben realizar todos los esfuerzos necesarios para asegurar el desarrollo del proyecto de organización institucional que traza su texto. En consecuencia, el Tribunal exigió que haya un diálogo institucional para que se reglamente un nuevo Pacto Federal Fiscal, y así se llegue a un nuevo régimen de distribución de recursos entre el Gobierno nacional y los gobiernos provinciales.

Las técnicas de sentencias exhortativas y dialógicas frente a las omisiones del PL se han proyectado en la nueva integración del tribunal. Resulta relevante como en diversos pronunciamientos el Tribunal también ha recalcado la omisión de los órganos legislativos en la designación de la persona que debe asumir como Defensor del Pueblo de la Nación, y ha exhortado a su subsanación. Así, en el caso “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo” (185) se sostuvo que “El cargo de Defensor del Pueblo de la Nación, institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus arts. 86 y 43, se encuentra vacante, circunstancia que repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios, por lo que, habida cuenta de las relaciones que deben existir entre los departamentos del Estado, corresponde exhortar al Congreso de la Nación para que proceda a su designación de acuerdo a lo establecido en el art. 86 citado”.

(185) Fallos 339:1077.

El criterio fue reiterado en “Mendoza, Beatriz Silvia y otros” (186), donde el Tribunal señaló que “en atención a la prolongada vacancia de la institución Defensor del Pueblo de la Nación, dada la relevante función que la Corte atribuyó a dicho órgano y toda vez que su acefalía impide su adecuado funcionamiento, corresponde exhortar a la Cámara de Diputados y al Senado de la Nación, para que en el marco de sus respectivas atribuciones constitucionales, dispongan en el más breve lapso posible, la designación de un nuevo titular de dicha institución y establecer que, entre tanto, el cuerpo colegiado creado por anterior pronunciamiento de la Corte, delibere y adopte sus decisiones por mayoría absoluta”.

También puede citarse el voto del Dr. Rosatti, quien en la causa “Sindicato Policial Buenos Aires c. Ministerio de Trabajo s/Ley de Asociaciones Sindicales”, Fallos 340:437), quien, una vez que reconoció al personal de las fuerzas policiales el derecho a la sindicalización, sostuvo exigencia de intermediación legislativa a fin de reglamentar el ejercicio de las libertades sindicales por parte de tal agrupación. Así, expresó que “los derechos y garantías de las asociaciones sindicales”, reconocidos en el segundo párrafo del art. 14 bis, pueden (y deben) ser materia de legislación reglamentaria pues al proyectarse a una organización sindical relativa a las fuerzas de seguridad, deviene necesaria una adecuada articulación entre los intereses del sector y los de la sociedad toda, como ocurre con otras actividades (salud, provisión de agua potable, electricidad, etc.) que resultan igualmente importantes para garantizar la calidad de vida de la población (consid. 7º). En consecuencia, ordenó se ponga en conocimiento de la Legislatura bonaerense la exigencia de reglamentación del ejercicio de los derechos que emergen de la sindicalización, en el marco de la regulación del servicio de seguridad —arts. 121, 122 y ccds., CN— con la amplitud de posibilidades descripta en el consid. 13.

Finalmente, en la sentencia dictada en la causa 5207/2014 en fecha 26 de diciembre de 2019, considerando 9º, la Corte hizo expresa referencia a la fuerza normativa de la Constitución y el control de las omisiones inconstitucionales. El Tribunal cintero sostuvo que, la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. En tal sentido, señaló que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para poner en ejercicio mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por

(186) Fallos 339:1562.

la Constitución Nacional. Finalmente, concluyó que de ello se colige necesariamente la exigencia de control de tales omisiones legislativas, y su subsanación. De esta manera, instrumentó pretorianamente la satisfacción del doble conforme mediante el recurso de casación horizontal, a resolverse por otra sala de la Cámara de Casación.

En síntesis, si la respuesta el campo jurisprudencial reviste forma escalonada:

- La jurisprudencia es generosa en el reconocimiento de la operatividad de las cláusulas constitucionales, independientemente de su andamiaje normativo. De esta manera han suplido omisiones tanto del Poder ejecutivo como legislativo, siempre que la omisión sea subsanable directamente por el Poder Judicial, sobre la base de una previsión constitucional que posee operatividad.
- En caso de ordenar una acción concreta, individualizada, a cargo del Poder Ejecutivo, la jurisprudencia argentina ha comenzado a propiciar un control de dichas omisiones. Es decir, ha permitido que se ordene al órgano la satisfacción de una determinada conducta (concreta y particular).
- La Corte ha realizado control de inconstitucionalidad por omisión del órgano Legislativo, exhortando al dictado de la norma omitida, la actualización de normas que devinieron inconstitucionales, o incluso la designación de un funcionario constitucionalmente dotado de amplias potestades en miras a la tutela de los derechos de los habitantes.
- El Tribunal ha recurrido a la fórmula de las sentencias diferidas, a fin de garantizar el respeto de derechos de naturaleza social, cuando estaban en juego obligaciones de naturaleza alimentaria de un sector vulnerable.

V. REEXAMEN DEL CONTROL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Se ha intentado analizar pormenorizadamente los valores en juego en el tema de estudio dada la vital relevancia que reviste, por un lado, la fuerza normativa de los textos constitucionales, y por el otro, la imperiosa necesidad del respeto del sistema de división de funciones dentro del Estado, así como de las relaciones de pesos y contrapesos que tal sistema genera y exige.

El principio de supremacía constitucional, la fuerza normativa de la Constitución, y los instrumentos internacionales, llevan a concluir que es dable postular un sistema amplio de control de constitucionalidad, comprensivo, necesariamente, de un adecuado y efectivo tratamiento del control de las “omisiones legislativas”.

Para lograr este control se presenta como imperiosa la necesidad de consagración normativa del instituto en estudio, a los fines de garantizar un funcionamiento sistemático y coherente de las diversas variables a que refiere.

Ahora bien, en los supuestos de carencia de regulación normativa, las líneas jurisprudenciales analizadas a lo largo del presente estudio se muestran como aptas a los fines de aportar soluciones.

En concreto, parece aconsejable propiciar un control de las “omisiones inconstitucionales” amplio, que actúe tanto frente a omisiones de mandatos constitucionales concretos como en los casos de mandatos generales de legislar, cuando se consagran los fines constitucionales —haciendo jugar con mayor laxitud el elemento temporal con respecto a estos últimos— y teniendo especial consideración en la necesidad del dictado de la norma infraconstitucional, a los fines de operativizar derechos fundamentales.

Asimismo, se postula que dicho control pueda ejecutarse tanto sobre omisiones totales, como respecto de las omisiones parciales. La vital importancia del principio de igualdad dentro del ordenamiento jurídico, no puede ser dejada de lado frente a omisiones de los poderes reglamentarios. Idéntica respuesta debe darse para los supuestos de normas prognosis.

En referencia a los medios procesales idóneos a los fines de articular el control propiciado, considero que, en los casos de carencia normativa específica, deben articularse los mecanismos propios de cada sistema jurídico, garantizándose de manera amplia la legitimación del afectado en un derecho fundamental, en virtud de la omisión constatada. Se presenta como conveniente articular medios de control “concretos” de las omisiones constitucionales, a los efectos de evitar una excesiva interferencia del órgano de control sobre el órgano legisferante. El supuesto presenta matices diferenciadores, por lo que dicho accionar no puede ser negado, en los casos de existir derechos constitucionales cuya operatividad se encuentra en juego.

En orden a los efectos, constatada la omisión constitucional, con todos los requisitos enunciados, se postula un sistema de control judicial

que autorice al órgano controlador para que anoticie de la falencia al órgano controlado, otorgándole un plazo prudente a los fines que él mismo actúe, conforme su criterio discrecional, regulando la pauta normativa constitucional. Solo en los supuestos en que el órgano omitente persista en su actitud de renuencia se habilitaría la vía supletoria del accionar por el órgano controlador, siempre con efectos inter partes. Para el caso que dicha solución sea inviable, la solución debe procurarse a través de la vía indemnizatoria.

En este marco, para el caso del establecimiento normativo de la figura, se muestra recomendable la norma estatuida por la Constitución de la provincia argentina de Río Negro a que nos hemos referido con anterioridad.

En un sistema jurídico donde no se ha consagrado la posibilidad del control de inconstitucionalidad por omisión, la solución se centra en torno al análisis de las sentencias aditivas. En este sentido, se elogia y propicia el activo desempeño de los órganos de control de constitucionalidad.

La realidad actual muestra como aquellas garantías originariamente surgidas a los fines de efectivizar los derechos propios del constitucionalismo liberal individualista, se muestran deficientes ante los planteos generados por el constitucionalismo social, y los derechos de tercera generación. La ciencia jurídica tiene que reaccionar frente a ello, y no cerrar los ojos ante experiencias apremiantes. Evidentemente la efectividad de las normas constitucionales no puede verse opacada por el temor a fórmulas novedosas de control de constitucionalidad y al “gobierno de los jueces”.

Conforme señala Bidart Campos “proyectar enérgicamente la fuerza normativa de la Constitución al ámbito que estamos tratando es una deuda pendiente del sistema garantista y del control constitucional para con el derecho de la constitución” (187).

El temor que puede generar un sistema judicial defectuoso no debe acarrear la paralización o la cristalización de los mecanismos de garantías, sino que, por el contrario, son estos los que aún más deben agilizarse y evolucionar gracias a los avances de la ciencia jurídica. La solución nunca debe arbitrarse en desmedro de los derechos de los Justiciables y de la eficacia constitucional.

(187) BIDART CAMPOS, Germán, *El derecho de la Constitución...*, cit., p. 353.

Un cauteloso y sesudo procedimiento de control de las “omisiones inconstitucionales”, no atenta contra la división de funciones del Estado, sino que, por el contrario, es el adecuado elemento de eficacia y medio indispensable a los fines de generar el respeto del orden jurídico dentro de la sociedad.

No resulta lógico sostener que los poderes del estado pueden ampararse en norma constitucional alguna que les permita eximirse de hacer lo que la misma Constitución les ordena hacer. Ante esta realidad, aún más la respuesta se reclama de manera certera y urgente. Se coincide con Néstor P. Sagüés en cuanto “No basta la mera lectura de las normas de la Constitución, ni sirve la ilusión Kelseniana de que la Constitución siempre triunfa... Para inquirir sobre la auténtica ‘fuerza normativa’ de una constitución es necesario zambullirse en la realidad, auscultar el mérito de las normas en juego, evaluar su razonabilidad y factibilidad, y tener conciencia de la necesidad de actuar para traducir la vigencia formal en vigencia real de la Constitución. En ciertos casos, ese ‘actuar’ demandará, además de lucidez y prudencia, coraje” (188). Así, se habrá ascendido un escalón en llevar a la práctica las normas supremas.

(188) SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 22.

ACERCA DE LA ESTRUCTURA DE LA SENTENCIA JUDICIAL

POR ALFREDO M. VÍTOLO

El Poder Judicial tiene, como misión primaria y fundamental, resolver los casos que le son presentados a su decisión, administrando justicia de un modo imparcial. En este sentido, nuestra Constitución establece con precisión que “corresponde al Poder Judicial de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y las leyes...” (1).

Vivimos en un mundo litigioso. La existencia de conflictos entre los individuos sobre el alcance de sus respectivos derechos es tan antigua como la humanidad. Frente a la fuerza física como dirimente de las disputas, surge la necesidad de encontrar un tercero imparcial que dirima la controversia, evitando así la arbitrariedad.

Tradicionalmente, la potestad de administrar justicia estaba en cabeza del rey —Dios o su representante—, sobre cuya sabiduría no se duda. Dios es infinitamente justo (2) y, por lo tanto, sus decisiones no son cuestionadas ni requieren explicación, sino solo deben ser aceptadas. La Biblia nos relata el episodio del rey Salomón, a quien Dios le había concedido el don de sabiduría (3), fallando entre dos mujeres que se disputaban la maternidad sobre un niño: “Todo Israel oyó hablar de la sentencia que había pronunciado el rey; y sintieron por él un gran respeto, porque vieron que había en él una sabiduría divina para hacer justicia” (4). La misma regla aplicaba cuando la justicia era impartida a nombre de un monarca absoluto, quien no tiene por qué dar cuenta de sus acciones.

(1) CN, art. 116.

(2) “El Señor es justo en todos sus caminos y bondadoso en todas sus obras” (Salmos 145:17). Incluso el preámbulo de nuestra Constitución hace referencia a este principio, al invocar la protección de Dios, “fuente de toda razón y justicia”.

(3) 1 Reyes 3:9-12.

(4) 1 Reyes 3:28.

Sin embargo, al cambiar las ideas sobre el origen del poder temporal, separándolo de sus connotaciones divinas y asumiendo la falibilidad humana, surge la necesidad —como un elemento integrante del llamado “debido proceso legal”— de que las decisiones judiciales, a fin de minimizar el error y evitar la parcialidad, sean motivadas y fundadas en derecho, y no se encuentren solo fundadas en la mera voluntad del juez (5). Por ello, desde el siglo XV, a la imagen de la justicia se la representa típicamente con una venda en los ojos, para que esta, al juzgar, pueda evaluar los méritos del caso llevado ante sus estrados con imparcialidad y sin atender a las particularidades de los litigantes, desarticulando así aquel consejo que José Hernández pone en boca del Viejo Vizcacha en el *Martín Fierro*: “Hacete amigo del juez // no le des de que quejarse // y cuando quiera enojarse // vos te debés encoger, // pues siempre es güeno tener // palenque ande ir a rascarse” (6).

En una de las, para mí, más interesantes descripciones de la labor judicial, se ha sostenido que los jueces son escritores profesionales, designados por el estado —al cual representan— para resolver por escrito las controversias que se le plantean y explicar las razones que motivan la decisión, transformando ellas en reglas de derecho (7). De allí la trascendencia que poseen las resoluciones judiciales (8).

Si bien el modo de redacción de una decisión judicial depende esencialmente del sistema jurídico en el cual ella se dicta, existen ciertas reglas y principios comunes. La primera de ellas es que la sentencia debe resolver la causa que es sometida a la decisión del juez mediante una decisión que constituya una derivación razonada del derecho vigente (9)

(5) Ya la Carta Magna del año 1215, en su art. 39 disponía que: “Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino”.

(6) HERNÁNDEZ, José, *La vuelta de Martín Fierro*, §758.

(7) ALDISERT, Ruggero J., “Opinion writing and opinion readers”, 31 *Cardozo Law Review* 1 (2009).

(8) No intentaremos en este trabajo debatir acerca del carácter democrático o contramayoritario de los jueces, o sobre su justificación constitucional y política, sobre lo cual es mucho lo que ya se ha dicho. Simplemente tomamos este rol de la judicatura como punto de partida de nuestro análisis.

(9) Sobre el contenido y carácter de la argumentación judicial en la sentencia y sus diferencias, por ejemplo, con la argumentación parlamentaria, así como las diferencia en la argumentación entre tribunales de instancia y tribunales constitucionales, ver

aplicable al caso y conforme las pruebas producidas, eliminando así (o al menos reduciéndola a límites tolerables) la arbitrariedad (10).

Pero esto no alcanza. La sentencia judicial, como acto de gobierno originado en un poder del estado, debe ser pública y comprensible para todos, letrados y legos (11). Solo así se satisface el principio republicano y la vigencia del estado de derecho. Como ha señalado la Cumbre Judicial Iberoamericana en un reciente trabajo:

“La legitimidad de la judicatura está ligada a la claridad y calidad de las resoluciones judiciales, y constituye un verdadero derecho fundamental (debido proceso). La motivación cumple, además de dar razones a las partes, una función política, extraprocesal, directamente conectada con los Derechos Humanos, de permitir el control social y ciudadano, aunque sea difuso, de la actividad jurisdiccional” (12).

Esta Cumbre, analizando un conjunto de sentencias dictadas por tribunales de la región, llegó a una dramática conclusión. Según el estudio, entre otras deficiencias, se advierten:

- Uso de palabras con significados conocidos solo por juristas, que no se han incorporado al léxico común;
- Utilización de términos anacrónicos, expresiones excesivamente técnicas y sobreabundancia del uso del latín;
- Utilización de giros retóricos innecesarios u obsoletos en la lengua de uso general;

ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 2007, p. 197.

(10) Es casi un lugar común referirse a la anécdota que cuenta el encuentro entre Learned Hand y el juez Holmes de la Corte Suprema de los Estados Unidos: “Recuerdo que un sábado en que la Corte estaba por entrar en acuerdo y yo estaba con el juez Holmes... Cuando nos separamos y con la intención de provocar su respuesta, le dije: “Hasta luego, señor. ¡Haga justicia! Se volvió bruscamente hacia mí y me dijo:.. ‘Ese no es mi trabajo. Mi trabajo es jugar el juego conforme las reglas’” (citado por HERZ, Michael, “*Do Justice!*”: *Variations of a thrice-told tale*, 82 *Virginia Law Review* 111 [1996]).

(11) Atienza señala que “sería inaceptable, por ejemplo, que [los tribunales constitucionales] fundamentasen sus decisiones en términos muy formalistas, o haciendo una amplia utilización de tecnicismos jurídicos o dificultando de cualquier manera (una manera de hacerlo es dar a las sentencias una exagerada extensión) su fácil comprensión por una persona de cultura media y sin especiales conocimientos jurídicos” (ATIENZA, Manuel, “Argumentación y Constitución”, cit.).

(12) *XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana* - Segunda Ronda de Talleres - Colombia, mayo de 2015, Grupo de Trabajo: Justicia y Lenguaje Claro: por el derecho del ciudadano a comprender la Justicia (transcripción parcial).

- Redacción en tercera persona;
- Uso de expresiones oscuras y redundantes;
- Redacción barroca, con un uso abusivo del hipérbaton (trastramiento del orden sintáctico normal de las oraciones de sujeto, verbo y predicado);
- Uso excesivo de las oraciones subordinadas e incidentales, que dificulta la lectura y la comprensión de la idea que se quiere expresar.
- Exceso de transcripción de citas de doctrina y jurisprudencia.

La situación es compleja y requiere, en primer lugar, tomar conciencia acerca de la existencia del problema. En un trabajo sobre el caso mexicano se señala que “las sentencias producidas por los tribunales mexicanos no se entienden; pero lo peor es que a muchos de sus protagonistas (los jueces) no les importa demasiado”, ya que existe una tendencia a que “solo se considera profundo lo que resulta de difícil comprensión” (13).

Estos defectos —que, cierto es decir, no solo se observan en nuestra Iberoamérica— conspiran contra una decisión judicial accesible al ciudadano (14). Y, lamentablemente, no solo afectan al ciudadano particular cuyo caso es resuelto de modo incomprensible por el tribunal, sino que trasciende a este, con notoria afectación del estado de derecho. En efecto, la claridad que se exige a la ley a fin de que el individuo pueda orientar de un modo adecuado su conducta dentro de las reglas de juego de la convivencia en una sociedad democrática, se extiende también a la decisión judicial (15), sea que nos encontremos en un sistema que siga la regla del precedente vinculante (en donde este aspecto adquiere tal

(13) LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Sobre la estructura de las sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible”, *Quid Iuris*, año 6, vol. 12, UNAM.

(14) A fines de analizar la claridad de las sentencias, es necesario también considerar la sociología de las diferentes sociedades en las cuales se emiten las decisiones. Así, por ejemplo, Michael Wells compara el modo expositivo que siguen las sentencias norteamericanas con el modo deductivo utilizado por los jueces franceses, considerando las distintas percepciones que ambas sociedades tienen respecto al rol de los jueces (WELLS, Michael, “French and American Judicial Opinions”, 19 *Yale J. Int'l L.* (1994), disponible en <http://digitalcommons.law.yale.edu/yjil/vol19/iss1/3>).

(15) Ver OWENS, Ryan J. - WEDEKING, Justin, “Justices and Legal Clarity: Analyzing the Complexity of Supreme Court Opinions”, *Law and Society Review*, vol. 45, number 4 (2011).

vez más importancia (16)), o sea que nos encontremos en un sistema en donde la sentencia solo posee fuerza de convicción como fuente material, como es el caso en nuestro país. Porque al aplicar la ley escrita, que brinda la primera pauta interpretativa —pero de ningún modo la última—, no podemos olvidar las palabras del célebre juez Marshall de la Corte Suprema de los Estados Unidos al resolver la causa “Marbury v. Madison”: “Decir qué es la ley es, enfáticamente, la competencia y la obligación del departamento judicial. Aquellos que aplican la regla al caso particular deben, necesariamente, exponer e interpretar aquella regla” (17), principio expandido un siglo más tarde por otro *Chief Justice* de aquel tribunal, Charles Evans Hughes: “Estamos sometidos a una Constitución, pero la Constitución es lo que los jueces dicen que es, y el poder judicial es la salvaguardia de nuestra libertad y de nuestra propiedad bajo la Constitución” (18).

Pero una sentencia, ¿busca algo más que resolver el caso? Consciente o inconscientemente, toda sentencia, más allá de las discusiones sobre el activismo o la autolimitación judicial, como del sistema jurídico dentro del cual la misma se dicta, trasciende el caso en el cual ha sido dictada. Como ha señalado Laurence Tribe, la decisión judicial no solo resuelve el caso concreto, sino que altera el contexto y las relaciones jurídicas que están siendo juzgadas (19). Refiriéndose a las sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos, expresa:

“La Corte Suprema es parte del mundo que contribuye a crear. Ningún caso importante realmente termina cuando termina. Los ganadores y perdedores pueden irse a sus casas, pero las reverberaciones de la decisión del tribunal continúan, generando nuevas controversias que retornarán a una Corte que ha sido en si misma modificada por el alterado paisaje legal y cultural” (20).

(16) “[Las Cortes Supremas o de Casación,] tienen la función de, a través de los precedentes vinculantes, atribuir sentido al derecho para guiar la conducta social y preservar la seguridad jurídica e igualdad”. (DELGADO SUÁREZ, Christian, “Sobre los modelos de cortes supremas y la revocación de precedentes”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 3, año 2, São Paulo, 2016, ps. 15-39).

(17) 5 US 137 (1803).

(18) Discurso pronunciado en la Cámara de Comercio de Elmira, Nueva York, el 3 de mayo de 1907, publicado en *Addresses and Papers of Charles Evans Hughes, Governor of New York, 1906-1908* (1908), p. 139.

(19) TRIBE, Laurence, “The curvature of constitutional space: what lawyers can learn from modern physics”, 103 *Harv. L. Rev.* 1 (1989).

(20) TRIBE, Laurence, *Uncertain Justice* (Kindle Locations 5908-5911), Henry Holt and Co., Kindle edition, 2014.

De este modo, una sentencia redactada en términos claros (y no por ello menos profundos) permite un mejor y más acabado conocimiento de la ley por los ciudadanos, transparenta la decisión, reduciendo las ambigüedades e incrementando la confianza en la justicia y en sus actores, alejando así las sospechas de corrupción (21).

Una sentencia clara permite también al ciudadano prever el modo en que los jueces aplicarán a futuro la regla de derecho. El padre de la escuela del realismo jurídico, Oliver Wendell Holmes señalaba en su célebre artículo “La senda del derecho” que en su opinión el derecho no es sino la “profecía acerca de lo que los tribunales harán en el caso concreto, nada más ni nada menos” (22). Más allá que la postura de Holmes pueda ser considerada exagerada, lo cierto es que el principio de igualdad ante la ley y las exigencias de la seguridad jurídica, requieren la aplicación consistente de la norma: los casos similares deben ser resueltos por los jueces de igual modo y, en caso de apartamiento, deben darse razones suficientes que justifiquen el mismo (23). En este sentido, es fuertemente criticable la mecánica utilizada tantas veces por nuestra Corte Suprema para intentar justificar sus frecuentes oscilaciones jurisprudenciales solamente con la expresión “que esta Corte, en su actual composición, no comparte el criterio sentado...” (24), sin intentar brindar argumentos

(21) “Considerando la supremacía de la ley como un medio para definir el acceso a los derechos, obligaciones y recursos, y para definir la relación entre individuos, entre individuos y entidades comerciales, y entre individuos y el estado, asegurar que la información sobre la ley se encuentre libremente disponible y que el acceso al sistema de justicia sea universal son requisitos cruciales para una sociedad justa. Por otra parte, la falta de claridad de la ley y del modo en que es aplicada genera corrupción, desprecia la gobernabilidad y propicia la ilegalidad”. WAYE, Vicki, “Who Are Judges Writing For?”, 34 *UWA Law Review* (2009).

(22) HOLMES, Oliver W., “The Path of the Law”, 10 *Harv. L. Rev.* 457, 460-61 (1897).

(23) Ver, entre otros, DALLA VÍA, Alberto, *La seguridad jurídica: instrumento y valor de la Magistratura*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 2010.

(24) Ver, entre otros, “Fiorentino”, Fallos 306:1752. La Corte también utiliza frecuentemente esta muletilla (pero en sentido inverso) cuando su composición se ha modificado, para expresar su conformidad con jurisprudencia sentada anteriormente (ver, por ejemplo, entre muchos otros y solo citando los últimos años: “Colgate-Palmolive Argentina SA y otros c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” [C. 721. XXXIX. ORI - 2013]; “Unilever de Argentina SA c. Buenos Aires, Provincia de s/ordinario” [U.58.XXXV. ORI - 2009]; “Insaurralde, José Amado c. Estado Nac. Ministerio de Defensa - Ejército Argentino s/daños y perjuicios” [Fallos 332:767]; “Torrillo Atilio Amadeo y otro c. Gulf Oil Argentina SA y otro s/daños y perjuicios” [Fallos 332:709]). En el Perú, también se ha dado esta discusión: mientras García Toma sostiene que el cambio de un precedente se encuentra justificado “cuando tras la renovación de los miembros del órgano jurisdiccional se compruebe una nueva y dife-

novedosos y generando una notoria afectación de la seguridad jurídica, como si el solo cambio de la composición del cuerpo pudiera ser motivo para la modificación de los criterios jurídicos que deben guiar el obrar de los ciudadanos. Las reglas del *stare decisis* y la necesidad de distinguir los casos diferentes, se constituyen en premisas indispensables de toda decisión judicial, a fin de garantizar la igualdad entre quienes se encuentran en situaciones similares (25).

En una sociedad descreída de la justicia, en donde la idea de una justicia *ad-hoc* según la persona involucrada en el caso prevalece, la previsibilidad y estabilidad de las decisiones judiciales reviste una trascendental importancia a fin de asegurar la calidad institucional (26) y el principio de igualdad ante la ley.

Otro de los elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez al dictar sentencia es la necesidad de equilibrar en la decisión las veleidades de doctrinario con los argumentos que llevan a resolver el caso concreto. La sentencia, más allá de su valor como fuente de derecho (27), lejos está de ser una monografía jurídica. De allí que el juez, al emitir su decisión, debe ceñirse a las circunstancias del caso, maximizando y focalizando la *ratio decidendi*, el cómo y porqué se llega a la decisión, y minimizando los muy frecuentes *dicta*. Es necesario tener en cuenta que el juez en su sentencia está resolviendo un caso, y no dictando una conferencia. El acrecentamiento de la longitud de las sentencias judiciales es un fenómeno mundial, producto en gran medida —pero no como única razón— de los adelantos tecnológicos (sistemas de procesamiento de texto que permiten la técnica de “cortar y pegar”, el mayor acceso a la información y bibliografía disponible por internet, la asistencia con la

rente cosmovisión de los magistrados que suceden a los anteriores” (GARCÍA TOMA, Víctor, “Las sentencias constitucionales. El precedente vinculante”, en TUPAYACHI SOTOMAYOR, Jhonny, *El precedente constitucional vinculante en el Perú*, ADRUS, Lima, 2009, p. 62), Christian Delgado sostiene lo contrario (DELGADO SUÁREZ, Christian, “Sobre los modelos...”, cit.).

(25) “[L]a regla según la cual los casos parecidos deben decidirse aplicando la misma norma jurídica, responde a un principio de justicia inserto en la tradición jurídica occidental” (REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “Juridicidad, precedente y jurisprudencia”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 10, nro. 29, mayo-agosto, 1990).

(26) Esta es una de las razones que justifican el proyecto Justicia 2020, llevado adelante en nuestro país por el gobierno nacional a través del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (www.justicia2020.gob.ar).

(27) Esta característica de la sentencia como fuente se ve más clara en los sistemas que siguen la regla del precedente obligatorio (ver, LANDA, César, “Los precedentes constitucionales: el caso del Perú”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nro. 14, Madrid, 2010, ps. 193-234).

que cuentan los jueces para investigación y redacción de proyectos de sentencias, etc.) y no ha redundado en una mejora de la calidad de las sentencias. Las razones que motivan este fenómeno son variadas, y van desde las dudas que pueda tener el magistrado acerca de su propio razonamiento, lo que lo lleva a buscar múltiples apoyos de su decisión como modo para reducir las potenciales críticas, hasta la vanidad de querer mostrar erudición académica. La discusión de puntos de vista alternativos a la decisión adoptada, la crítica a otras decisiones jurisprudenciales o a posturas doctrinarias, o los análisis sobre la evolución de los institutos jurídicos en la historia, así como la sobrefundamentación y el abuso del recurso a citas de terceros, cuando resultan innecesarios para justificar la decisión adoptada, son ajenos a la decisión y deben quedar —como regla y salvo muy contadas excepciones— fuera del contenido de la sentencia y reservados exclusivamente al ámbito de la academia. Paradójicamente, como señala Vicki Waye refiriéndose al caso australiano, pero en regla que puede extenderse a nuestro sistema:

“Parece que cuanto más importante y controvertido es un caso, más larga es la exégesis requerida para justificar el resultado. Irónicamente, sin embargo, cuanto mayor sea la repercusión que probablemente un caso tenga en la sociedad, menor es la probabilidad que este sea digerible para la persona común y mayor la dependencia de este en los informes de prensa, muchas veces hostiles a lo que los jueces pretendían” (28).

Como señala una de las principales autoridades en materia de redacción judicial en los Estados Unidos, el juez Aldisert, los jueces que escriben de este modo sobreabundante y expansivo,

“confunden la decisión judicial que no es sino una exposición de las razones que explican cómo y porqué se adopta una determinada decisión, con artículos de revistas jurídicas, tratados o conferencias brindadas a audiencias profesionales en facultades de derecho, asambleas universitarias, reuniones de colegios de abogados o conferencias judiciales. Entre los jueces, este estilo es conocido como “en la búsqueda de la nominación para la Corte Suprema” (29), olvidando que los destinatarios principales de la sentencia son los justiciables que han llevado el caso a sus estrados. De allí que la pregunta que debe hacerse el juez al fallar es: ¿entenderán las partes del caso, legas, las razones de la decisión? En su opinión, “el exceso de citas, el exceso de notas al pie y el exceso de pedantería, hinchada e incómoda, son tres poderosos jinetes

(28) Ob. cit., en nota 21, *supra*.

(29) ALDISERT, Ruggero J., “Opinion writing...”, cit.

que conspiran contra el único propósito que debe tener todo juez: comunicar persuasivamente un argumento al lector de la decisión”.

De modo parecido, se ha sostenido en México:

“Debe celebrarse que un juez se prepare y lea toneladas de información para contar con el conocimiento suficiente o, al menos para refrescar su memoria, a la hora de resolver un conflicto. Pero esto, que podría quedar escrito en el cuaderno de trabajo o de apuntes del juez, no tendría por qué quedar plasmado en la sentencia” (30).

Estos problemas se ven potenciados en los casos en donde la decisión proviene de tribunales colegiados. Dos son, esencialmente los modelos teóricos sobre este punto: el modelo continental, de base francesa, en donde la decisión que se expone al público es unívoca e impersonal, sin que se admitan (hacia el exterior) otros razonamientos; y el modelo norteamericano de opiniones separadas que, al decir de Fernández Segado, “no sólo engloban el supuesto de disidencia, sino también el de concurrencia” (31). En el primero de los sistemas prevalece la idea de colegialidad y, normalmente, lleva a análisis jurídicos más acotados, en la búsqueda de acomodar las diferentes visiones que, sobre un mismo tema, pueden tener los integrantes de un tribunal colegiado. En el caso de opiniones separadas, los votos concurrentes y disidentes normalmente adoptan posturas más audaces sobre los puntos legales en disputa, asemejándose más a monografías jurídicas (32). Nuestro propio sistema, a nivel federal, navega entre ambas posturas: mientras para la decisión de las cámaras se estipula que cada juez funda su voto por separado (33), se establece que la decisión de la Corte Suprema se expresa en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes puedan expresar sus votos separados (34).

Uno de los elementos que determinan este diferente enfoque viene dado por las diferentes fuentes principales del derecho y el modo de enseñanza de este en las universidades: mientras que en el sistema an-

(30) LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Sobre la estructura...”, cit.

(31) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La evolución de la justicia constitucional*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 1187.

(32) Esta visión, sin embargo, no es aceptada por todos. Así, por ejemplo, se ha sostenido que “todo tribunal colegiado, probablemente, comparte la regla de que es mejor acordar que disentir, y que una mayoría amplia es mejor que una más acotada. Existe un esfuerzo tácito, pero eficaz, hacia el consenso”. ZAHLE, Henrik, “Judicial Opinion Writing in the Danish Supreme Court”, *Scandinavian Studies in Law*, 2012.

(33) Cód. Proc. Civ. y Com., art. 271.

(34) Cód. Proc. Civ. y Com., art. 281.

glosajón, con fundamento en el *common law*, el derecho común, que se manifiesta a través de la decisión judicial, el modelo de enseñanza se basa en el análisis de las decisiones judiciales, a fin de extraer de ellas los principios generales; el modelo continental, con fundamento en la ley, privilegia el estudio de tratados y artículos de doctrina, que interpretan aquella y cuyos principios son concretizados en la decisión judicial.

Del mismo modo, mientras que en modelo anglosajón se considera que las visiones contrapuestas sobre el derecho son centrales en el discurso democrático y de allí la trascendencia de las *concurring opinions* y de las *dissenting opinions* para conformar doctrinas que vayan obteniendo consensos fuertemente mayoritarios que brinden estabilidad a las decisiones (35), el modelo silogístico deductivo francés, con largos considerandos (en lo que se asemejan a las sentencias de nuestro país), y el carácter impersonal de las decisiones son vistos como elementos necesarios para asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces, a la vez que se considera que las disidencias debilitan considerablemente la autoridad de la decisión (36). De allí que se busque limitar el rol de los jueces como intérpretes del derecho, transformándolo en solo “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” (37), y justificando con ello el rol de los tribunales de casación.

Estas reflexiones lejos están de agotar el tema y solo tienen como intención llamar la atención sobre una cuestión que no ha merecido mayor debate en nuestra doctrina y que requiere un profundo debate, toda vez que la defensa en juicio de los derechos individuales, o la “tutela judicial efectiva” como lo denomina la Convención Americana sobre Derechos Humanos, exige que la decisión judicial que dirime nuestros derechos posea calidad institucional, alejando sospechas de arbitrariedad o favoritismo.

(35) Para WELLS, Michael, “French and American...”, cit., la necesidad en el sistema norteamericano de que las decisiones judiciales consistan en opiniones razonadas responde a cuatro razones fundamentales: (i) la decisión judicial debe servir de guía para la resolución de casos futuros; (ii) debe ser persuasiva, demostrando a los demás miembros del tribunal, a las partes, y a la comunidad en general la corrección de la decisión a la que se arriba; (iii) permite un mejor control de la acción judicial (*judicial accountability*) reduciendo los riesgos de mal desempeño; y (iv) legitimación democrática.

(36) Ídem.

(37) MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, Libro XI, cap. VI.

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE MARZO DE 2020
EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPÚBLICA ARGENTINA

