

A 25 AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994.

Por el DR. ANTONIO MARÍA HERNÁNDEZ, Profesor Titular Plenario de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la UNC, Profesor Honorario de la UBA y Postdoctorate Senior Fellow de la Universidad del Estado de New York en la Buffalo Law School. Director del Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Presidente Honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Ex Vicepresidente de la Comisión de Redacción de la Convención Nacional Constituyente de 1994.

I. INTRODUCCION.

Hemos desarrollado este análisis –que ahora actualizamos- en oportunidad de los 10, 15 y 20 años de la reforma constitucional de 1994, en sendos artículos titulados “Valoración de la reforma constitucional de 1994 en su décimo aniversario”¹; “Balance de la reforma constitucional de 1994”² y “A 20 años de la reforma constitucional de 1994”.³

Como se comprenderá, el análisis más completo fue el efectuado en último término, y en base al mismo, haremos ahora lo propio, adelantando desde ya que muchos aspectos que señalamos mantienen plena actualidad. Por razones de brevedad, nos remitimos a ese trabajo, donde consideramos los tres períodos del proceso constituyente: el preconstituyente, el constituyente y el postconstituyente.

En particular, damos por reproducido lo expuesto en el primer período sobre el Acuerdo de Olivos y la aprobación de la Ley Declaratoria de la Necesidad de la Reforma. En consecuencia, ahora comenzaremos el análisis a los 25 años, con la reiteración que efectuamos del proceso constituyente sobre su legitimidad, sus ideas fuerza, el diseño constitucional y su valoración. Y nos detendremos en el período postconstituyente, destinado a la reglamentación y cumplimiento de la misma.

Asimismo indicamos que -como en las anteriores oportunidades-, nos limitaremos a una reflexión sintética y panorámica de tan importantes, complejas y trascendentes cuestiones.

II. LA LEGITIMIDAD DE LA REFORMA.

El problema de la legitimidad de la Constitución -dice Linares Quintana ⁴- es de naturaleza esencialmente política, y debe resolverse remontándose hasta la naturaleza del acto constituyente. Este autor coincide con Sánchez Viamonte en que para la legitimidad constitucional, el acto constituyente debe ser la expresión genuina de la voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria.

¹ En el libro colectivo “A diez años de la reforma constitucional”, de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Editorial Advocatus, Córdoba, 2005

² Publicado en La Ley, Buenos Aires, el 24 de agosto de 2009

³ En el Número Especial de Jurisprudencia Argentina, titulado “A veinte años de la reforma constitucional de 1994”, Coordinadores Alberto García Lema y Antonio María Hernández, 2014-III, del 20/8/2014, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Fascículo 8, págs. 20/38.

⁴ Segundo V. Linares Quintana, “Tratado de la ciencia del derecho constitucional”, Tomo 2, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 139.

Nosotros analizamos detenidamente la legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994 en el propio seno de la Convención Nacional Constituyente⁵.

Allí recordamos los debates producidos con motivo de las reformas constitucionales, comenzando con la de 1860. Desde la necesidad de sostener que existió ejercicio de poder constituyente originario y abierto⁶ -iniciado en 1810 y terminando en 1860 con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación- ya que de lo contrario se podría impugnar la constitucionalidad de la reforma, porque una cláusula del texto de 1853 prohibía que se efectuara dentro de los 10 años.

Lo propio ocurrió posteriormente con la cuestión de los dos tercios de votos - presentes o totales- de las cámaras. Y aunque la reforma de 1898 no mereció objeción, sabemos que no tenía vigencia la república democrática, pues no se ejercitaba adecuadamente la soberanía popular. Ya en el siglo XX, el momento de máximo enfrentamiento político fue con motivo de la reforma de 1949, que tuvo el signo partidario del oficialismo y fue impugnada en su legalidad y legitimidad por la oposición y gran parte de la doctrina, porque faltaron los dos tercios de votos de la totalidad de sus miembros en la Cámara de Diputados. También hubo objeciones a la reforma de 1957, efectuada con la proscripción del justicialismo. Y por si faltara algo, tuvimos además ejercicio autocrático de poder constituyente, con la reforma de facto de 1972.

Hemos sostenido que este debate permanente sobre el "status constitucional" ha sido la prueba de nuestra falta de cultura política y jurídica. Por ello es conveniente recordar a Joaquín V. González, en su "Juicio del Siglo", en 1910, cuando destacó que la ley de la discordia interna había protagonizado la vida política de los argentinos.⁷

Y ello explica nuestra dificultad para alcanzar acuerdos durante nuestra historia que nos permitiesen reformar la Ley Suprema, mientras nos hemos caracterizado por las violaciones permanentes de ella.

Recordamos también en la Convención el pensamiento alberdiano sobre la constitución como una transacción política fundamental, y, en consecuencia, que la reforma debía ser el fruto del consenso de las fuerzas políticas y sociales.

En este sentido, la ley Nº 24.309 -de declaración de la necesidad de la última reforma-, tuvo las mayorías exigidas constitucionalmente por el art. 30 de la Ley Suprema, o sea, más de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras; y los Convencionales fueron electos en comicios absolutamente limpios, con vigencia del Estado de Derecho y de las libertades públicas. Mas allá de las objeciones efectuadas a la ley -para nosotros

⁵ Ver nuestra intervención del día 8 de junio de 1994 en la obra "Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.)", Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, ps. 49/57. Para un análisis completo de la teoría del poder constituyente, véase Antonio María Hernández, Director, "Derecho Constitucional", Tomo 1, La Ley, Buenos Aires, 2012, Cap. II de nuestra autoría sobre "El Poder Constituyente".

⁶ Como lo hicieron Carlos Sánchez Viamonte y Germán Bidart Campos.

⁷ Y por eso, siguiendo a Tagore, sostuvo que no nos comprendíamos porque no nos amamos y no nos amábamos porque no nos comprendíamos.

superadas con la adopción del Reglamento por parte de la Convención⁸-, hoy parece ya acallado el debate al respecto.

La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales -la suma del número de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores-, que representaron a 19 bloques políticos⁹.

Fue la Convención más numerosa de la historia argentina, que realizó su tarea en sólo 90 días, en un marco ejemplar de pluralismo democrático -como lo sostuvieron los distintos partidos políticos-, y que produjo la más importante reforma constitucional, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. Existió muy alto grado de acuerdo para la sanción de 61 normas constitucionales: 20 nuevas, 24 reformadas y 17 disposiciones transitorias.

En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que ésta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que además clausuró dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida nacional. No por casualidad la reforma fue efectuada en el proceso democrático más extenso que hemos tenido a partir de 1930 y en tal sentido, creemos que fue el punto culminante de dicha experiencia política y jurídica, pues expresó el momento más importante de ejercicio de política arquitectónica en nuestro tiempo.¹⁰

Téngase presente que la política constitucional es la quintaesencia de la política arquitectónica, pues debe basarse en amplios consensos sobre las grandes ideas, valores, objetivos y sueños de una sociedad en su más trascendente proyecto político nacional, que es la Ley Suprema.

La Constitución Nacional que nos rige es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, tal como fue jurada por los Convencionales y autoridades federales el 24 de agosto de 1999, en el histórico Palacio de San José, que perteneciera al ilustre general Justo José de Urquiza, el prócer máximo de la organización nacional.

III. LAS IDEAS - FUERZA DE LA REFORMA.

Consideramos pertinente recordar aquí lo que señalamos sobre este particular en los Fundamentos de nuestro Proyecto integral de Reforma de la Constitución Nacional, presentado en la Convención Constituyente¹¹:

“El contenido del proyecto que propiciamos está inspirado por seis ideas fuerza: a) la atenuación del presidencialismo; b) la modernización y

⁸ Para un análisis circunstanciado del histórico debate sobre el Reglamento de la Convención, que comprendió la cuestión de la legalidad y legitimidad de la reforma, ver el interesante y agudo libro de Humberto Quiroga Lavié, “El Poder Constituyente en acción”, Editorial Abaco, Buenos Aires, 1996.

⁹ Aunque dicha cifra se elevó a 20, cuando al final de las sesiones de la Convención, se otorgó el reconocimiento como Bloque Unipersonal al integrado por Iván Cullen.

¹⁰ Véase Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, donde destacamos especialmente a la reforma como una de nuestras fortalezas en el período de 100 años entre 1910 y 2010.

¹¹ Véase nuestro Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la ley declaratoria N° 24.309, presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el N° 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y en los libros “Reforma Constitucional de 1994...”, págs. 26 y sgts. y “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Buenos Aires, 1997, en el Apéndice. Por otra parte, adviértase la coincidencia con lo expuesto sobre el particular por el Convencional Alberto García Lema en los debates de la Convención,- también integrante de la Comisión de Redacción-, lo que se encuentra mencionado en el trabajo de su autoría, en la obra que coordinamos, citada en la nota 3.

fortalecimiento del Congreso; c) la garantía de la independencia del Poder Judicial; d) el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; e) el otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires; y f) el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales”.

“En cuanto a la atenuación del presidencialismo, destacamos la creación de la figura de un jefe de gabinete de ministros, lo que implica la posibilidad de reforzamiento del control del Congreso frente al Ejecutivo. En efecto, el jefe de gabinete será responsable ante el Congreso que podrá removerlo a través de un voto de censura. La introducción de la figura del jefe de gabinete y su responsabilidad ante el Congreso no altera la esencia del régimen presidencialista, pero introduce un correctivo que atempera la excesiva concentración de poder en el Ejecutivo presidencial.

La reducción del mandato presidencial a cuatro años, con la posibilidad de una sola reelección, apunta en la misma dirección señalada, al tiempo que permite una cierta flexibilización de las tensiones que se desarrollan en el entramado político por la excesiva duración del mandato y su corte abrupto, sin posibilidad de continuidad. La solución que propiciamos está abonada por una larga serie de antecedentes en el derecho comparado, en el derecho público provincial argentino y por la opinión mayoritaria de la doctrina constitucional. La posibilidad de la reelección, con un período de cuatro años, no implica lesión alguna al sistema republicano porque es el pueblo el depositario de la soberanía y quien, en definitiva, va a resolver la continuidad o no de una gestión presidencial.

Para reforzar la participación ciudadana en este sentido, se introduce la elección directa de la fórmula presidencial. El sistema de doble vuelta proyectado apunta a reforzar la legitimidad de los gobernantes, garantizando a quien gobierna el respaldo de una amplia mayoría de la ciudadanía. El sistema propuesto permite, al mismo tiempo, evitar el desgaste de una nueva elección cuando los guarismos electorales anticipan ya un grado de legitimidad suficiente.

El abuso de los antes excepcionales decretos de necesidad y urgencia que ha caracterizado la gestión presidencial hace indispensable la introducción de límites y controles a esta atribución que la Corte Suprema reconoció al presidente en el caso "Peralta". En este sentido propiciamos el establecimiento de límites en cuanto a la materia regulable estableciendo que los decretos de necesidad y urgencia no podrán normar temas como régimen de partidos políticos y sistema electoral, ni tampoco legislación penal y tributaria. Se asegura, asimismo, el control del Congreso sobre el ejercicio de esta facultad que se confiere como excepcional, frente a situaciones de emergencia que hagan imposible seguir los procesos legislativos ordinarios. En la misma línea de limitación del poder presidencial, se inscribe la regulación de la delegación legislativa que, conforme al proyecto, sólo procederá por tiempo determinado y sobre materia expresa, conservando el Congreso el control de lo actuado por el Poder Ejecutivo. Además queda claro que siempre se tratará de lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema caracterizan como delegación impropia. Como sostuvo Meynaud, la eficacia es la regla de oro del gobierno moderno; las modificaciones que hemos comentado apuntan en esa dirección, compatibilizando eficacia y control.

El propósito de moderación de las facultades presidenciales se manifiesta también en otros aspectos del proyecto. Mencionemos algunos de estos

puntos. La necesidad del acuerdo del Senado para la designación de funcionarios de los organismos de control y del Banco Central es uno de estos mecanismos, con lo cual el Senado argentino se acerca al modelo de su par norteamericano. Los controles externos a que será sometido el sector público nacional a través de la Auditoría General a la que se otorga rango constitucional, apuntan en la misma dirección. En este caso se refuerza la capacidad de la Auditoría al hacerla depender del Congreso y encargar su dirección a la oposición parlamentaria. La creación de la figura del Defensor del Pueblo se inscribe en la misma línea, al igual que la garantía de independencia del Ministerio Público que tiende a afirmar el estilo republicano, mediante el fortalecimiento de los poderes de control del Congreso y del Poder Judicial.

La segunda idea fuerza es la **modernización y fortalecimiento del Congreso**. Un análisis detenido de la política argentina, en la última década, muestra el aumento de las atribuciones del Presidente en detrimento del Congreso. A esto se suma un creciente desprestigio del Congreso frente a la opinión pública, fenómeno que se repite en otras partes del mundo. El fortalecimiento del Congreso y la revalorización de sus funciones en el Estado moderno es uno de los imperativos de la hora. En efecto, se trata de revitalizar la función representativa, de redimensionar -al mismo tiempo- la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas y finalmente, de rescatar y dinamizar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano.

Estos son los ejes que impulsan las reformas en materia de integración y funcionamiento del Congreso. En primer lugar, se proyecta la elección directa de los senadores, con lo que se garantiza una mayor participación de los ciudadanos y se refuerza el carácter representativo democrático del cuerpo. Al mismo tiempo se crea la figura del Senador por la minoría ampliando la representatividad política del cuerpo y garantizando de modo más eficaz un pluralismo enriquecedor del debate.

En cuanto al proceso de sanción de las leyes, la dinámica moderna exige una agilización de los trámites, por lo cual se propone la reducción a tres de las lecturas previstas para cada proyecto. Se incorporan, también, en el proyecto instituciones como el trámite de urgencia y la aprobación en particular de proyectos de ley en comisión. Asimismo se propone la creación de comisiones de enlace entre las cámaras lo que facilitará el desenvolvimiento de ambas ramas del Congreso y la pronta y coordinada consideración de las iniciativas. Estos mecanismos contribuirán a mejorar el papel del Congreso en los procesos decisorios vinculados a las políticas públicas.

Como dijimos, una de las funciones esenciales del Congreso es la relacionada con el control del Ejecutivo. Cuando ese control es débil o llega tarde, el equilibrio de los poderes se desdibuja y la República corre el riesgo de una concentración excesiva del poder e incluso de la utilización discrecional y arbitraria del mismo. Para evitar estos peligros, el proyecto refuerza la función de control a través de numerosos mecanismos, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, el control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia y los actos del Ejecutivo derivados de delegación del Congreso, así como sobre la promulgación parcial de leyes por el Ejecutivo. El proyecto redefine, en la misma línea de acción, las facultades del Congreso en cuanto a los pedidos de informes y a la interpelación y regula la formación de comisiones de investigación. Finalmente la incorporación del Jefe de Gabinete va

acompañada de la posibilidad de control congresional a través del voto de censura.

La tercera idea fuerza que impulsa este proyecto es la de **vigorizar la independencia del Poder Judicial**. Asistimos a una profunda crisis de confianza en la institución judicial de lo que dan muestras numerosos estudios de opinión. Es necesario revertir ese proceso de desprestigio que puede minar uno de los baluartes del sistema democrático. En este sentido se propone mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del Consejo de la Magistratura y el establecimiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados. La Argentina se pondrá así a la altura de las legislaciones más modernas en la materia. Los jurados de enjuiciamiento, a su vez, permiten evitar los desvíos a los que ha conducido la remoción por juicio político, mecanismo que se reserva -en el proyecto- para los magistrados del máximo tribunal.

La designación de miembros de la Corte Suprema con el voto de los dos tercios de los miembros presentes en el Senado para brindar acuerdo, en audiencias públicas, garantizará que lleguen al más alto tribunal de la Nación, los hombres de mayor autoridad jurídica y moral, atento a la responsabilidad que le cabe a la Corte como intérprete final e irrevocable de la Constitución. La revigorización del Poder Judicial se completa con la constitucionalización del Ministerio Público como órgano extrapoder, a la que ya hemos hecho referencia.

La cuarta idea que informa este proyecto es la de **fortalecer el régimen federal y la autonomía municipal**. El desproporcionado y desequilibrado desarrollo de la Argentina es una realidad palmaria que no requiere mayor comentario. El presente y el futuro de la Nación requieren de un federalismo moderno de concertación y no de confrontación, de cooperación interjurisdiccional y regional y no de competencia y desequilibrio desgastante. Uno de los aspectos a contemplar para dar nueva forma al federalismo argentino, es el de las relaciones económico-financieras de la Nación y las provincias para evitar que, desde el gobierno central, se avasallen sistemáticamente las autonomías provinciales. La institución de la coparticipación federal de impuestos no puede basarse en la imposición del gobierno central a las provincias, sino en el acuerdo y consenso entre las jurisdicciones involucradas. Como decía Alberdi, "sin finanzas, sin rentas, no hay gobierno". En este mismo orden, se reconoce a las provincias su capacidad de decisión autónoma sobre los recursos naturales cuyo dominio es innegable.

Siempre con miras a un federalismo moderno, el proyecto contempla la posibilidad de las provincias de celebrar acuerdos internacionales sin afectar las facultades propias del gobierno central. Una gestión de negocios moderna y exitosa, en el marco de un mundo cada vez más integrado e interdependiente, requiere de estas herramientas, sin las cuales los gobiernos provinciales quedan sujetos al humor del funcionario de turno del gobierno federal. Este mecanismo permitirá, asimismo, el fortalecimiento de las economías regionales.

La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé

la posibilidad de crear regiones en un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real. La regulación de la competencia provincial en los establecimientos de utilidad nacional también está contemplada en el proyecto. Se saldan así reiteradas discusiones doctrinarias y conflictos políticos que no siempre tuvieron uniforme resolución en los estrados de la Justicia.

Por último, propiciamos el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, como base misma de la organización democrática. La Constitución Nacional se pondrá así a tono con los desarrollos del derecho público provincial argentino que en una posición de avanzada, ha reconocido ya el principio de la autonomía municipal.

La quinta idea fuerza que impulsa este proyecto es **la vinculada con la ciudad de Buenos Aires, a la que se la dota de autonomía** para designar a sus autoridades. La elección popular del intendente del distrito es un reclamo unánime de la ciudadanía. El proyecto prevé mecanismos transitorios para el gobierno de la ciudad hasta la constitución definitiva de sus autoridades, la que será el resultado de las deliberaciones de una convención convocada al efecto y electa directamente por los vecinos de la ciudad. La Ciudad de Buenos Aires tendrá así la posibilidad de darse sus instituciones, como lo han hecho ya muchos municipios del país.

El reconocimiento de nuevos derechos y garantías para los habitantes de la Nación, además del otorgamiento de rango constitucional a algunos tratados internacionales de derechos humanos, constituye la sexta idea fuerza que ha guiado la elaboración del presente proyecto. Lugar destacado en este capítulo merece el reconocimiento de los mecanismos de democracia semidirecta: la iniciativa popular y la consulta no vinculante. El proyecto propone también la constitucionalización del amparo y el hábeas corpus, que son las máximas garantías de los derechos de las personas. Asimismo, se contempla los derechos a un medio ambiente sano y los derechos de los usuarios y consumidores, el respeto del derecho a organizar partidos políticos democráticos y las garantías esenciales del derecho del sufragio, sin cristalizar fórmulas que se trasforman, con el tiempo, en obstáculos insalvables para el desarrollo político. Se otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se incorpora expresamente el derecho de las comunidades indígenas a una integración que respete su idiosincrasia y su cultura. Se prevé, también, la creación de un Consejo Económico Social con carácter consultivo, institución propia de una moderna concepción de la democracia social y participativa.”

A dicha enumeración de ideas- fuerza debemos agregarle una séptima, que para nosotros es el **afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales**. En efecto, la reforma persiguió la alta finalidad de consolidar la integración en sus diversas fases, como una respuesta eficaz a los desafíos del mundo globalizado en que vivimos.

IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL Y LA PRÁCTICA INSTITUCIONAL POSTERIOR.

Corresponde que aquí analicemos si el diseño del constituyente fue adecuado a las ideas fuerza que guiaron la reforma. En tal sentido, efectuaremos nuestra valoración en relación a cada una de las ideas antes mencionadas. Y después

observaremos el desarrollo institucional posterior, ya en la etapa postconstituyente.

Con respecto a la primera, **la atenuación del presidencialismo**, es la que ha suscitado mayores controversias, con diversas críticas ante la continuidad del fenómeno del “hiper-presidencialismo”¹².

Mereciendo el tema un análisis más detallado de instituciones, que no podemos ahora realizar por razones de brevedad, creemos que en general los cambios introducidos en el texto fueron acertados, aunque en la vigencia sociológica no se cumplieran.

En efecto, para corregir nuestro “hiper-presidencialismo”, basado en el modelo alberdiano –de presidencialismo más fuerte que el norteamericano por la influencia de la Constitución chilena de 1833-, que además se acentuó por las prácticas políticas, las emergencias, el debilitamiento del Congreso, el inadecuado ejercicio del control de constitucionalidad –en especial de la Corte Suprema- y los golpes de Estado, el constituyente de 1994 adoptó las siguientes principales modificaciones:

1) Privación de una de sus Jefaturas al Presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que más adelante analizaremos y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, mencionamos la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

3) Reducción de las atribuciones del Presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y la sesión pública del Senado establecida para el acuerdo a los Ministros de la Corte Suprema.

4) Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir las atribuciones del Gobierno Federal y afirmar el control vertical del poder¹³, como otro objetivo del federalismo.

5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6) Reducción del mandato del Presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde

¹² Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el Presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce inconmensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta porque impide la vigencia de una democracia deliberativa, en su obra “Fundamentos de Derecho Constitucional” (Astrea, Buenos Aires, 1992), Cap. III, donde expuso el tema con visión interdisciplinaria. También se detuvo en la caracterización del carácter corporativo de nuestro hiperpresidencialismo, que en nuestros días se manifiesta con particular fuerza. Véase además, Antonio María Hernández, Director, “Derecho Constitucional”, Tomo II, Cap. XVII, “El Poder Ejecutivo”, de nuestra autoría.

¹³ Como lo expresaron Madison y Hamilton en los “Federalist papers” y Loewenstein desde la doctrina constitucional y la teoría del federalismo.

hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos “Peralta” (1990) y “Delfino” (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99º inc. 3 y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8) Creación del Jefe de Gabinete de Ministros, como institución de cierta hibridez por su origen parlamentario en un sistema presidencialista¹⁴ y con la finalidad de morigerar el hiper-presidencialismo y servir para asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como también se observa en la letra y en los debates de la Convención.

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención, consideramos que por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en el orden de la realidad una atenuación del hiper-presidencialismo como el constituyente lo legisló, hasta fines del 2015¹⁵. Porque si bien en algunos aspectos funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5, no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito.

En particular, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, especialmente por la sanción de las leyes de emergencia económica como la 25.561, de 2002, con amplísimas delegaciones legislativas, que fue prorrogada hasta el 6 de enero de 2018; el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por la Presidencia, sin controles del Congreso; la inconstitucional reglamentación efectuada por la Ley 26.122; la concesión de los llamados superpoderes en la Administración financiera y presupuestaria al Jefe de Gabinete de Ministros; la práctica institucional de este último órgano, que en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa.

Consideramos que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y de la Presidencia. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se

¹⁴ Esta ha sido la tendencia consagrada en las 14 reformas constitucionales producidas sobre un total de 18 países de América Latina, según lo analiza especialmente Diego Valadés en sus obras “El Gobierno de Gabinete”, editada por Rubinzal Culzoni y la Universidad Autónoma de Méjico, Santa Fe, 2008, con Prólogo de mi autoría y “La parlamentarización de los sistemas presidenciales”, editada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Colegio Nacional de México, Méjico, 2007. En dichos libros, el distinguido constitucionalista mejicano reabre con agudeza el debate que habían producido politólogos como Linz, Valenzuela, Sartori y Nohlen en torno al presidencialismo y parlamentarismo en América Latina, inclinándose por la renovación del primero, mediante la incorporación de instituciones del segundo, a los fines de morigerar la concentración del poder presidencial y racionalizar su ejercicio. Que es lo que estableció el constitucionalismo latinoamericano, -incluido nuestro país-, más allá de los problemas observados posteriormente en las prácticas institucionales, que muestran la distancia entre la norma y la realidad.

¹⁵ Porque como más adelante veremos, se produjeron por las elecciones nacionales cambios políticos que equilibraron el poder en el país entre las distintas fuerzas políticas y así se produjo dicha atenuación.

hizo por la Corte Suprema en el célebre caso “Provincia de San Luis”, donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa¹⁶.

De todas maneras, en Argentina se ha vivido de emergencia en emergencia, lo que ha significado una ostensible declinación del Estado constitucional y democrático de derecho.¹⁷

Y pese a que el diseño constitucional de 1994 significó una modificación del fuerte presidencialismo del texto originario de 1853, en Argentina se ha gobernado por muy pocas personas¹⁸ y por medio de decretos¹⁹, sin el debido control por parte del Congreso²⁰ ni en general del Poder Judicial y de la Corte Suprema de Justicia en particular, aunque deben destacarse algunos fallos que sí lo hicieron²¹.

¹⁶ Y más recientemente, en los casos “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo”, sobre principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones, fallado por la Corte Suprema de Justicia en 2014, además de los recaídos en los reclamos efectuados por las provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba a las detracciones a la masa coparticipable para la Anses y la Afip, resueltos por el Alto Tribunal en noviembre de 2015, a los que nos referiremos también más adelante.

¹⁷ Véase nuestro libro “Las emergencias y el orden constitucional”, en sus dos ediciones de Rubinzal Culzoni, Buenos Aires (2002) y de la Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal Culzoni, Mexico, (2003), donde estudiamos detenidamente cómo se fue produciendo en nuestra historia institucional dicha decadencia del estado de derecho, que afectara el sistema republicano y la vigencia de los derechos individuales, mediante la utilización de emergencias permanentes.

¹⁸ En particular durante las Presidencias de Kirchner y Fernández de Kirchner, cuando prácticamente no hubo reuniones de Gabinete, las que son una indudable exigencia después de la creación de la Jefatura de Gabinete de Ministros....

¹⁹ Delegados o de necesidad y urgencia. Y a veces, ni siquiera ello, como ocurriera con la Resolución 125 sobre las retenciones agrarias, que originara un gran conflicto político y que finalmente fuera rechazada por el voto del Senado de la Nación al intentarse su convalidación mediante un proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo. No obstante ello, el Poder Ejecutivo, mediante el Decreto 1076 del año 2008, siguió reivindicando su atribución de fijar las retenciones, en base a lo legislado inconstitucionalmente en los arts. 755 y concordantes del Código Aduanero, que fuera dictado por un gobierno de facto y que estableciera una delegación de facultades tributarias en el Presidente.

²⁰ Una excepción de ello fue el rechazo del proyecto de Ley del Poder Ejecutivo que pretendía la convalidación de la Resolución 125 sobre retenciones, -como notoria expresión de hiperpresidencialismo pues se trataba de materia tributaria-, producido en el Senado de la Nación en julio del año 2008. Véase nuestro artículo “Las retenciones, el hiperpresidencialismo y las violaciones constitucionales”, Debates de Actualidad, N° 200, mayo-diciembre 2008, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, pág. 40 y sgts..

²¹ Piénsese en tal sentido, que no ha existido un adecuado control de constitucionalidad en materia de emergencia económica, dado que en varios casos y en especial en “Bustos” y “Massa” se convalidó la misma en relación al corralito. (Véase nuestro artículo “El regreso a la jurisprudencia convalidatoria de la emergencia económica”, Debates de Actualidad, N° 198 enero-diciembre de 2007, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, págs. 25 y sgts). Tampoco la Corte Suprema intervino en relación a las retenciones agrarias, la estatización de las AFJP, la reglamentación de los decretos de necesidad y urgencia por la Ley N° 26.122, la Ley del Consejo de la Magistratura N° 26.080 o las candidaturas testimoniales, pese a las graves objeciones y planteamientos judiciales presentados en dichas cuestiones. En cambio, deben señalarse positivamente la declaración de inconstitucionalidad de la Ley N° 26.855 del Consejo de la Magistratura, en sus arts. 2, 4, 18 y 30, según Fallo de la Corte de 2013 en el caso “Rizzo” y en los casos antes citados “Camaronera Patagónica SA”, de 2014, y en los reclamos de las Provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba por las detracciones a la masa coparticipable, con respecto a las violaciones del principio de legalidad en materia tributaria y al exceso de las delegaciones. Igualmente deben destacarse los fallos “Smith” y “Provincia de San Luis”, fallados por nuestro más Alto Tribunal de la Nación en 2001 y 2003, respectivamente, en relación al corralito y la emergencia económica. (Cfr. “Las emergencias y el orden constitucional”, 2ª. Ed., UNAM y Rubinzal Culzoni, Méjico, 2003).

En relación específica a los decretos de necesidad y urgencia, aunque se ha reglamentado el art. 99 inc. 3 de la Ley Suprema que estableció la Comisión Bicameral Permanente para el control de dichos decretos, por medio de la Ley Nº 26.122 en el 2007, la mayoría que ejerció el partido del gobierno en la misma ha significado en la práctica que actuara simplemente para convalidar los decretos dictados, que han superado holgadamente el número de proyectos de leyes enviados por el Poder Ejecutivo al Congreso.²²

Estas ostensibles violaciones del sistema republicano y de nuestra democracia constitucional, fueron consecuencia de una notoria falta de cultura política, jurídica y democrática.²³

De todas maneras, debe señalarse que como consecuencia de las elecciones ocurridas a fines de 2015, con el triunfo de Cambiemos, se ha equilibrado el poder político en el país, pues en las Cámaras del Congreso la coalición de gobierno carece de mayoría y sólo gobierna en las Provincias de Buenos Aires, Mendoza, Jujuy y Corrientes y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, se ha atenuado el hiperpresidencialismo que soportábamos anteriormente. Hubo una mucha menor cantidad de Decretos de necesidad y urgencia y finalizó la emergencia económica a comienzos de 2018. A eso se suma un mayor diálogo con los Gobernadores, como veremos más adelante al analizar las cuestiones federales.

²² Según editorial del 11 de septiembre de 2007 del diario “La Nación” de Buenos Aires, el Presidente Kirchner suscribió durante su mandato 249 Decretos de Necesidad y Urgencia frente al envío de sólo 174 proyectos de ley remitidos al Congreso. Asimismo, con acertado criterio constitucional se sostenía en dicho documento en relación a la Ley 26.122: “Es que la ley que reguló el trámite y los alcances de la intervención del Congreso frente al dictado de DNU -sólo sancionada 12 años después de aprobada la reforma constitucional- no estableció término alguno para que las cámaras se expidieran al respecto ni, menos aún, la caducidad de los DNU no ratificados dentro de un plazo determinado. Peor aún, establece esa ley que para rechazar uno de estos decretos se deben expedir en el mismo sentido ambas cámaras, de manera que si una cámara lo rechaza y la otra lo aprueba, el decreto seguirá vigente. Esto determina que, aun con mayoría en una sola de las cámaras, el Poder Ejecutivo puede en la práctica emitir disposiciones de carácter legislativo sin limitación alguna. Por esta vía se llegó a una deformación del sistema republicano por la cual en la Argentina actual es más fácil conseguir la aprobación parlamentaria de un decreto que obtenerla para un proyecto de ley. De ese modo, en vez de desalentarse, se estimula la emisión de esta clase de normas de carácter muy excepcional”.

Además de dicha reglamentación alejada del espíritu de la Constitución, insistimos en que al número de decretos de necesidad y urgencia se sumó otra enorme cantidad de decretos delegados –en razón de la ley de emergencia económica citada Nº 25.561 y sus prórrogas- lo que confirma nuestra afirmación acerca del gobierno por decreto en nuestro país que hemos tenido, como muestra inexcusable de la decadencia de nuestro estado de derecho.

²³ Quien más estudió el fenómeno de la "anomia" fue Carlos S. Nino en su libro "Un país al margen de la ley", Emecé, Buenos Aires, 2ª. Ed., 1992. Este autor calificaba a la anomia como “boba” (por los daños que producía) y “antidemocrática” (porque se desconocía la ley que es fruto en principio de una deliberación y sanción de carácter democráticos). Por nuestra parte cuando ejercimos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional realizamos un trabajo interdisciplinario sobre cultura de la constitución y la legalidad, que se tituló “Encuesta de cultura constitucional. Argentina, una sociedad anómica”, de Hernández, Zovatto y Mora y Araujo, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2005, y que fue parte de un proyecto regional latinoamericano, pues se produjeron encuestas similares en Méjico, Bolivia y Costa Rica. Allí se explica nuestro subdesarrollo cultural, político y democrático en relación a esta cuestión, sintetizada en el propio título del libro. Posteriormente hemos publicado la “Segunda Encuesta de Cultura Constitucional. Argentina: una sociedad anómica”, de Hernández, Zovatto y Fidanza, editado por Eudeba, Buenos Aires, 2016, correspondiente a la Segunda Encuesta, realizada en 2014, que corroboró los datos de la primera.

En cuanto a la idea fuerza de **modernizar y fortalecer el Congreso**, también estimamos correcta la decisión del constituyente a través de estos principales cambios institucionales:

- 1.) Ampliación del período ordinario de sesiones.
- 2.) Elección directa de los Senadores, con reducción de su mandato a 6 años y aumento de sus atribuciones en materias federales.
- 3.) Nuevo procedimiento para la sanción de las leyes.
- 4.) Creación de nuevos órganos de control como la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, con relación funcional con el Congreso.
- 5.) Necesidad de reglamentación por el Congreso de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, para la actuación de la Comisión Bicameral Permanente y el control de los institutos por dicho cuerpo legislativo.
- 6.) Asignación de mayores atribuciones en la declaración de las intervenciones federales.
- 7.) Reconocimiento de su competencia para remover por voto de censura al jefe de Gabinete de Ministros, quien deberá además presentarse mensualmente ante cada una de las Cámaras para informar.
- 8.) Reconocimiento de competencia para otorgar rango constitucional a tratados de derechos humanos.

Estas importantísimas reformas, a las cuales intenté añadir mayores competencias al Senado para otorgar acuerdos para las designaciones del Presidente, no han tenido tampoco la adecuada vigencia que nuestro sistema político requiere, de conformidad a los principios republicanos.

Nos afecta especialmente señalar la declinación del Congreso en el ejercicio de su trascendente rol tanto de legislación como de control, tal como lo ejemplificamos con los aspectos mencionados en la anterior idea fuerza y los que mencionaremos más adelante.

Respecto a la idea fuerza de **garantizar la independencia del Poder Judicial**, fue también implementada para nosotros de manera razonable mediante estas instituciones:

- 1) Creación del Consejo de la Magistratura.
- 2) Creación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.
- 3) Creación del Ministerio Público.

Estas tres instituciones están funcionando, pero es evidente que de manera progresiva se fue afectando la independencia del Poder Judicial, y por tanto, violado el sistema republicano de la Constitución. Ello se debe a lo acontecido con las dos primeras instituciones, que en un primer momento fueron reglamentadas a través de las Leyes N° 24.937 y 24.939, para posteriormente ser modificadas por la Ley N° 26.080, de 2006. Sobre esta última, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, dictaminó lo siguiente en sus Conclusiones:

“Que la nueva ley 26.080 recientemente sancionada por el Congreso de la Nación, no se adecua a los arts. 114 y 115 de la Constitución Nacional, que establecen que el equilibrio entre los sectores en el Consejo de la Magistratura y en el Jurado de Enjuiciamiento, es el principio fundamental para la integración de ambas instituciones. Que la inconstitucionalidad de la nueva ley resulta evidente puesto que se ha otorgado a la representación de los órganos políticos la mayoría de los cargos tanto en el Consejo como en el Jurado de

Enjuiciamiento. Que esta ley inconstitucional significa no sólo una grave lesión al principio de la independencia del Poder Judicial, que es esencial para el funcionamiento de nuestro sistema republicano y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho, sino además una violación a los principios que surgen de la Constitución Nacional....”²⁴.

Pero tal como lo referimos anteriormente, se produjo un intento más grave por parte del anterior oficialismo gobernante para avanzar en el control del Consejo de la Magistratura, mediante la sanción de la Ley N° 26.855, que fue declarada inconstitucional en varios de sus artículos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso “Rizzo”, en 2013.

Esa propuesta integró junto a otras que seguidamente comentamos, lo que se denominó como la “democratización de la justicia”²⁵. Por nuestra parte, al no compartir esta propuesta sobre el Consejo, sostuvimos que democratizar no era “partidizar”²⁶, ya que el objetivo de la reforma constitucional fue corregir los excesos de la “politización de la justicia”, mediante la creación de este instituto, que debe tener una integración equilibrada de diversos sectores, para asegurar la independencia del Poder Judicial. Y creemos que con las objeciones a la Ley 26.080, -que subsisten luego del caso “Rizzo”-, todavía no se ha alcanzado una adecuada reglamentación del Consejo en cuanto a su integración ni tampoco en su funcionamiento, pues no se cumplen los objetivos perseguidos por la Reforma constitucional en el Art. 114.

Siguiendo con la democratización de la justicia y el análisis de los otros proyectos enunciados por el Gobierno anterior y sancionados por el Congreso en 2013, consideramos conducentes para ello los de ingreso por concurso a la administración de justicia (Ley 26.861), de la publicación de las declaraciones juradas de magistrados y funcionarios y de la tramitación de las causas (Ley 26.857) y de la publicación en internet de las resoluciones, acordadas y sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales de segunda instancia (Ley 26.856).

En cambio consideramos inconstitucionales e inconsistentes con aquél propósito, otras normas incluidas, como la Ley N° 26.854 de 2013 que limitó las medidas cautelares contra el Estado Nacional, y con ello lesionó gravemente los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional y en Tratados Internacionales de Derecho Humanos. Es inconcebible una vigencia de esos derechos, sin dichas medidas cautelares, que son esenciales para una administración de justicia oportuna²⁷. Piénsese que hubiese ocurrido

²⁴ Dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, aprobado en la Sesión Ordinaria del 14 de marzo de 2006 y que llevó la firma del Presidente de la Academia, Dr. Olsen Ghirardi y del Secretario Dr. Ernesto Rey Caro.

²⁵ Propósito que compartimos, ya que los principios democráticos, republicanos y federales son la quintaesencia de la filosofía política de nuestra Ley Suprema. Y por ello estimamos imprescindible una profunda reforma de los Poderes Judiciales, tanto Federal como Provinciales, en consonancia con dichos principios. Por otra parte, esta cuestión se ha convertido en un reclamo de la ciudadanía, a la luz de gran cantidad de estudios y encuestas realizados. Sin poder detenernos al respecto, véase la “Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica”, Hernández, Zovatto y Fidanza, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

²⁶ Véase Antonio María Hernández, “Democratizar no es partidizar”, La Voz del Interior, Córdoba, 11 de abril de 2013..

²⁷ Véanse los artículos de Marcela Bastera, “El nuevo régimen de medidas cautelares contra el Estado. A propósito de la Ley 26.854”, Estudios de Derecho Público, Director Enrique Alonso Regueira,

con el corralito, sin las medidas cautelares innovativas y autosatisfactivas que se dictaron....²⁸. Para nosotros, es muy evidente el gran avance producido por la reforma en derechos humanos y en garantías, y eso es lo que se debe respetar y asegurar y en consecuencia, debe derogarse esta Ley.

Asimismo objetamos otra Ley sancionada al respecto, la N° 26.853 de creación de las Cámaras Nacionales de Casación en lo Contencioso administrativo, en Trabajo y Seguridad social y en lo Civil y Comercial, porque entre otras cosas, servirán para demorar aún más las causas y para centralizar aún más en Buenos Aires las funciones judiciales, lo que afecta el federalismo²⁹. Por ello, también estimamos necesaria la derogación de esta ley.

Para nosotros la democratización de la justicia se debe alcanzar por otros medios, como vgr.: instaurar el juicio por jurados³⁰, modificar los Códigos Procesales para una justicia más rápida y eficaz, garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, informatizar los procesos y mejorar la formación profesional y la carrera judicial. Todo con el gran objetivo de asegurar la independencia del Poder Judicial, que es una de las bases más importantes de nuestro sistema republicano³¹. No cabe dudar acerca de la imperiosa necesidad de mejorar el funcionamiento del Poder Judicial, para lograr una efectiva y plena vigencia de la Constitución Nacional.³²

En relación al **fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales**, afirmamos nuestro especial acuerdo con las decisiones del Poder constituyente que tuvimos el honor de integrar. En tal sentido, señalamos sintéticamente estas modificaciones³³:

Asociación de Docentes, Facultad de Derecho de la UBA, Buenos Aires, 2013, págs.. 533/66; Osvaldo A. Gozaini, “Las medidas cautelares ante la Ley 26.854”, La Ley, Supl. Especial Cámaras Federales de Casación, Buenos Aires, 2013, Eduardo Oteiza, “El cercenamiento de la protección a la medida cautelar en los procesos contra el Estado por la Ley 26.854”, La Ley, ídem y Andrés Gil Domínguez, “La inconstitucionalidad e inconventionalidad del régimen de medidas cautelares dictadas en los procesos en que el Estado es parte (Ley 26.854)”, La Ley, ídem, entre otros artículos, donde además se citan diversos fallos judiciales.

²⁸ Nos remitimos a las ediciones de nuestra obra sobre “Las emergencias y el orden constitucional”, ya citadas, donde analizamos en profundidad la emergencia económica del corralito, que fuera la más grave que hemos soportado.

²⁹ Tal como lo señalara la Corte Suprema de Justicia en el caso “Pedraza”, fallado en 2014, que posibilitara que las causas de los jubilados se resuelvan en las distintas Cámaras Federales de Apelación, sin necesidad de concurrir a Buenos Aires ante las Cámaras de la Seguridad Social.

³⁰ Recordamos que oportunamente presentamos un Proyecto de Ley al respecto, cuando integramos la Cámara de Diputados de la Nación. (Véase la obra “Labor parlamentaria del Diputado Dr. Antonio M. Hernández, 1991-1994”, 2 Tomos, Imprenta del H. Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995).

³¹ En relación al funcionamiento del Consejo de la Magistratura, véase el análisis positivo que efectuó el Diario La Nación, en relación a la Presidencia de Miguel Piedecabras, en el artículo editorial titulado “Consejo de la Magistratura: el valor de una eficaz gestión”, de fecha 14 de noviembre de 2018. Allí se señala que por primera vez se realizó un control de gestión sobre el funcionamiento de 147 tribunales en 10.000 causas de corrupción en los 20 años transcurridos entre 1996 y 2016, -con sólo un 12 % de ellas que llegaron al juicio oral-, además del juzgamiento y remoción de varios jueces y de la elevación de 300 ternas para cubrir vacantes en los tribunales.

³² Téngase presente que en la Segunda Encuesta de Cultura Constitucional, se señala por los entrevistados que la primera razón del incumplimiento de la Constitución y de las leyes es el mal funcionamiento del Poder Judicial.

³³ Para un análisis exhaustivo de las reformas en cuanto a la descentralización del poder y en particular el federalismo, la consagración de la autonomía municipal y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, véanse nuestras obras citadas “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994” (1997), “Federalismo y Constitucionalismo Provincial” (2009) y “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino” (2017).

-En los aspectos **Institucionales y políticos**:

.1. Los cuatro órdenes de gobierno de la federación argentina, o sea el Gobierno Federal, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios autónomos.

2. La distribución de competencias, cuyo principio general se ha mantenido pero con mayores competencias reconocidas a las Provincias.

3. El Senado y su rol federal, con el objetivo de acentuar el rol federal del mismo mediante la elección directa de sus miembros, la incorporación del tercer Senador y la asignación de mayores competencias.

4. La intervención federal, cuya declaración corresponde esencialmente al Congreso, modificando la práctica anterior que mostró al Presidente actuando por Decreto en las 2/3 partes de los casos observados.

5.. Los partidos políticos y el federalismo, porque consideramos que los mismos deben dar cumplimiento al ideario y prácticas federales en su funcionamiento.

-En los Aspectos **Financieros**:

6.. La Coparticipación impositiva, con el objetivo de sancionar una ley convenio como instrumento del federalismo de concertación, para solucionar los graves problemas de nuestro federalismo fiscal.

7. El organismo fiscal federal., como institución fundamental para asegurar el buen funcionamiento de las relaciones fiscales interjurisdiccionales y del sistema anteriormente mencionado.

8. Pautas federales del presupuesto nacional., para la inversión con criterio "federal" de los fondos públicos por parte del Gobierno Federal.

-En los Aspectos **Económicos y Sociales**:

9. El Banco Federal., para modificar el actual Banco Central, más propio de estados unitarios.

10. .Las regiones para el desarrollo económico y social, como nuevo instituto para fortalecer nuestro federalismo y corregir y revertir el inadecuado ordenamiento territorial que tenemos.

11. Las provincias y los convenios internacionales, como una de las bases esenciales para modernizar nuestro derecho público en el marco de un regionalismo abierto y un mundo globalizado

12. Las provincias y el dominio originario de sus recursos naturales, como otra de las más trascendentes decisiones de la Convención en reconocimiento de las autonomías provinciales³⁴.

13. Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes, ratificando los principios de división de competencias y de las autonomías locales.

14 Principios federales en educación, ciencia y cultura, con criterios y objetivos similares a los del punto anterior.

Pensamos que el más somero análisis comparativo con otras federaciones existentes en el mundo, nos exhibe con un muy adecuado diseño de federalismo con apreciable descentralización del poder y reconocimiento de las autonomías locales.

Pero también aquí se observa una notoria distancia entre la norma y la realidad, pues existe un evidente incumplimiento del proyecto federal de la

³⁴ Véase, Antonio María Hernández, "El federalismo, ausente en el impulso de YPF", Clarín, Sección Opinión pág. 25 del 8 de julio de 2014.

Constitución que se advierte con un simple repaso de los puntos no respetados. Hemos analizado esta cuestión en distintos artículos y libros, a los que remitimos en razón de brevedad³⁵, donde hacemos referencia a los problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y falta de integración, ocasionados entre otras causas, por la profunda centralización del país.

En el informe sobre Federalismo de 2017³⁶ sostenemos que se han mantenido las violaciones constitucionales relacionadas con el proyecto federal de la Constitución Argentina que anualmente, desde 2006, hemos venido señalando. Recordamos que: a) Todavía no se sancionó la ley convenio de coparticipación impositiva ni se reglamentó el organismo fiscal federal con los criterios fijados en el art. 75 inc. 2º C.N., que conforme a la cláusula transitoria sexta de la Ley Suprema debían estar establecidos a fines del año 1996; b) Siguen dictándose leyes de presupuesto que no se adecuan a los mandatos del art. 75 inc. 8 C.N. en cuanto a los principios federales para el gasto público, c) Se mantiene vigente el art. 37 de la Ley de Administración Financiera que permite la modificación del presupuesto por Decreto –aunque por montos menores-, lo que también lesiona al Federalismo; d) Continúa una notoria insuficiencia en el avance del proceso de integración regional dentro del país, y en algunos casos está detenido; e) No se cumplen otras normas referidas a los aspectos económicos del federalismo, f) Persisten leyes centralistas que también lesionan el federalismo y las atribuciones de las provincias, que es necesario modificar o derogar, y a las que nos hemos referido en anteriores informes y en nuestras “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, g) No existe una autonomía plena para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; h) Existen violaciones a la autonomía municipal, especialmente en los aspectos fiscales y de ejercicio del poder de policía; y h) Se mantiene una inadecuada ordenación territorial argentina -cuyo eje central es la superpoblación del área metropolitana de Buenos Aires-, que no ha recibido cambio alguno. Esto exige soluciones impostergables, como lo venimos reclamando, y como lo indicamos en las 20 Propuestas referidas.

Todo ello conlleva una severa lesión de nuestro estado constitucional y democrático de derecho. De todas maneras, como consecuencia de las elecciones ocurridas a fines de 2015, se ha equilibrado el poder en las Cámaras del Congreso y se ha atenuado el hiperpresidencialismo que soportábamos, como lo hemos expresado. A partir de allí se advirtió un ejercicio de federalismo de coordinación, que produjo diversos acuerdos a los que nos referiremos seguidamente.

³⁵ “El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994”, en el libro “A una década de la reforma constitucional” 1994-2004, con la coordinación de Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, Buenos Aires, 2004., págs. 263/297; “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, en el libro “Aspectos fiscales y económicos del federalismo argentino”, Antonio María Hernández, Director, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2008, págs. 11 y sgts. y en el libro ya citado “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”. Asimismo, destacamos que a partir del año 2006 hemos realizado el Informe anual sobre Federalismo Argentino en cada uno de los Cuadernos de Federalismo, que publica el Instituto de Federalismo que dirigimos, y que en 2018 celebró su 30 Aniversario. Con anterioridad, dichos Informes eran elaborados por el Director, Dr. Pedro J. Frías, a quien sucedimos en ese carácter. Véase www.acaderc.org, Instituto de Federalismo, Doctrina.

³⁶ Cuaderno de Federalismo, Tomo XXXI, Director Antonio María Hernández, Informe sobre el Federalismo Argentino 2017, en prensa.

En el año 2016 se avanzó en la devolución a las Provincias de los fondos detraídos de la masa coparticipable, como consecuencia de los fallos de la Corte Suprema de Justicia en los reclamos efectuados por las Provincias de San Luis, Santa Fe y Córdoba.

Y ya en 2017, el 16 de noviembre se alcanzó un importante **Acuerdo Federal** suscripto por el Presidente, los Gobernadores -con la sola excepción del de la Provincia de San Luis- y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sobre cuestiones tributarias, de responsabilidad fiscal y de coparticipación impositiva. Dicho Acuerdo debió ser aprobado por Ley del Congreso y de las respectivas Legislaturas Provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para su validez. En efecto, el Congreso sancionó dos Leyes el 21 de diciembre de 2017, aprobatorias del Acuerdo.

La N° 27.429, denominada de **Consenso Fiscal**, que implicó modificaciones fiscales y de la seguridad social y que fue acompañada por la renuncia por parte de las Provincias de las demandas iniciadas por la coparticipación impositiva ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁷.

Y la otra Ley, No. 27.428 de **Responsabilidad Fiscal y Prácticas de Buen Gobierno**, que estableció reglas para garantizar la solvencia en asuntos públicos, evitar el exceso de gastos y el crecimiento en la designación de empleados públicos.

Por otra parte, los gobiernos municipales no participaron en el Acuerdo, pero con adecuado respeto por sus autonomías, en el art. 33 de la Ley 27.428 se propuso que las Provincias los debían invitar a adherir a la Ley, ya que sólo de esa manera será obligatoria la normativa en dicho orden de gobierno.

No obstante, nosotros debemos puntualizar que dicho Acuerdo no especifica claramente las partes de los fondos coparticipables para los gobiernos locales, lo que ha originado algunos conflictos con las autoridades provinciales.³⁸

El Acuerdo también estableció una compensación para la Provincia de Buenos Aires, por los Fondos del Conurbano, que antes referíamos.

Estos diálogos y acuerdos entre el Gobierno Federal, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires han sido un positivo ejercicio del federalismo de cooperación y concertación, que ha continuado en 2018, en medio de la crisis económica producida, que ha obligado a la modificación de aquéllos. De todas maneras, es necesario producir mayores cambios para cumplir con el proyecto federal de la Constitución.³⁹

Desde hace tiempo venimos insistiendo en la necesidad de una agenda federal, regional y municipal para el país. Ya nos hemos referido a la agenda federal, a través de nuestros Informes citados y especialmente, en nuestro trabajo sobre las 20 Propuestas para fortalecer el Federalismo Argentino.

³⁷ En el Anexo del Acuerdo hay una lista de los 59 juicios entre ambos Estados Federal y Provinciales.

³⁸ Como en la Provincia de Córdoba, porque su Constitución establece en el Art. 188 Inciso 3 que no menos del 20 por ciento de la Coparticipación Provincial, incluyendo toda clase de tributos: federales o provinciales, corresponderá a los Gobiernos Locales. Por ello, ya han ocurrido ante el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia, tanto el Gobierno Provincial como algunos Gobiernos Locales, incluido el de la Ciudad de Córdoba.

³⁹ En particular, es urgente la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva, tal como lo indica expresamente la cláusula m) del Acuerdo Federal de 16 de noviembre de 2017.

En cuanto a la agenda regional, también hemos señalado que dicho proceso está prácticamente detenido, cuando se trata de una de las herramientas más trascendentes dentro del gran proyecto político federal de la Constitución⁴⁰.

También allí hemos insistido en que esta es la oportunidad histórica para avanzar en el cumplimiento de la Ley Suprema, en los principios fundamentales vinculados a la descentralización del poder. Y de allí la necesidad de discutir una agenda de estas cuestiones, que produzcan finalmente el cambio ético e institucional que la sociedad espera. Y en particular, debe ponerse especialmente el énfasis en la agenda municipal, que nos lleve a la consolidación de la autonomía local, ya que es la base de la república democrática y federal.

También en relación a esta materia, y sin poder detenernos por razones de brevedad en un análisis de la jurisprudencia centralista de la Corte Suprema⁴¹, **se está advirtiendo en estos tiempos, una modificación de la misma tendiente a consolidar los principios federales.**

En tal sentido señalamos los casos “Zavalía José Luis c. Santiago del Estero, Provincia y Estado Nacional s/amparo”(2004) y “Díaz Ruth Inés c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad“ (2006), sobre **soberanía y autonomía provinciales**⁴²; “El Práctico c. Córdoba, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (2011), sobre el **alcance del poder de policía provincial en el transporte interprovincial**⁴³; “Camaronera Patagónica SA c. Ministerio de Economía y otros s/amparo” (2014), sobre **principio de legalidad en materia tributaria y limitación de las delegaciones**⁴⁴; y “Pedraza Héctor Hugo c. Anses s/acción de amparo” (2014), sobre **federalismo y descentralización judicial al posibilitar que las Cámaras Federales del interior del país intervengan en cuestiones de seguridad social**⁴⁵.

⁴⁰ Véase el Seminario sobre “Federalismo y Regiones en la Constitución Nacional”, que coorganizáramos con la Secretaría Parlamentaria del Senado de la Nación y la Fundación Metropolitana y que se llevó a cabo en 3 Jornadas en 2017, con la participación de Senadores de la Nación y Miembros del Instituto de Federalismo, que expusieron sobre las distintas regiones del país. Esas Jornadas de indudable trascendencia y sin precedentes, se encuentran grabadas, pudiendo accederse a las mismas en Youtube, bajo el título “Federalismo y Regiones en la Constitución Nacional” y fueron incorporadas por parte del Senado de la Nación, a través de sus Direcciones específicas.

⁴¹ Que efectuamos en nuestra obra “Comparación de los federalismos de Argentina, Estados Unidos y México”, en prensa en Rubinzal Culzoni. Véase asimismo a Mario Midón, “El vicio de la inconstitucionalidad”, Ediar, 2018, Buenos Aires, Cap. V.

⁴² Véase nuestro comentario “Soberanía y autonomía provinciales en la doctrina y en la jurisprudencia de la CSJN”, en el Cap. XXXIX de la obra “Corte Suprema de Justicia de la Nación, Máximos precedentes, Derecho Constitucional”, Tomo IV, Director Pablo Manili, La Ley, Buenos Aires, págs. 593 y sgts.. Aquí el máximo Tribunal vuelve a una jurisprudencia originada en el caso “Resoagli” de 1869, que reconoce esta doble naturaleza para las provincias, como lo hacía la doctrina más autorizada de nuestro país.

⁴³ Especialmente véanse los Considerandos 12 a 15 del Voto de Mayoría, que hacen referencia al federalismo de concertación y además extienden el alcance del poder de policía provincial en una materia como la del transporte interprovincial, donde existía una intervención excluyente del gobierno federal, según la propia jurisprudencia anterior del Tribunal.

⁴⁴ Este fallo ratifica el principio de legalidad en materia tributaria, limitando las delegaciones efectuadas en violación del art. 76 de la Ley Suprema. Esto es muy importante en relación a nuestro sistema republicano, a la atenuación del hiperpresidencialismo, a las emergencias y también al federalismo, ya que en el Congreso se encuentra la representación de las Provincias.

⁴⁵ La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad del art. 18 de la ley N° 24.463 y estableció que la Cámara Federal de la Seguridad Social dejará de intervenir en grado de apelación contra la sentencia de los Jueces Federales con asiento en las provincias, que serán de competencia de las respectivas Cámaras Federales. En particular en el Considerando 16 se hace expresa referencia al federalismo y la

En torno a los **aspectos fiscales y económicos como los de la coparticipación impositiva**, debemos destacar muy especialmente los **históricos fallos de la Corte Suprema de Justicia de 2015 sobre los reclamos efectuados por las Provincias de San Luis, Santa Fé y Córdoba por detracciones a la masa coparticipable con destino a la Anses y a la Afip**.

En efecto, el 25 de noviembre de 2015 nuestro más Alto Tribunal emitió 5 sentencias, haciendo lugar a los reclamos presentados a partir del 2008 por la Provincia de San Luis y 2009 por la Provincia de Santa Fé, además de una medida cautelar solicitada por la Provincia de Córdoba en el 2013, por detracciones a la masa coparticipable, ordenando el inmediato cese de las mismas.

Dichos fallos, de gran factura y claridad en materia constitucional,- que oportunamente he comentado⁴⁶- deben destacarse dentro de la jurisprudencia histórica de la Corte, precisamente porque marcan el cambio hacia una visión federal, en estricto cumplimiento de la Ley Suprema, en un tema crucial para las finanzas federales.

Por eso, además de la devolución de las detracciones el máximo Tribunal ha urgido la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva federal, que ya se acerca a los 23 años de incumplimiento constitucional.

Estos fallos asimismo, ratificaron otro precedente notable de 2014, "**Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo**", cuando el máximo Tribunal ordenó a la Provincia de La Rioja sancionar la Ley convenio de coparticipación impositiva, como mandato incumplido de la Constitución local, que afectaba la **autonomía financiera de los gobiernos municipales**⁴⁷. Los fundamentos de la Corte fueron de especial relevancia institucional y admitían una doble lectura que alcanzaba también al orden federal, pues se trata de situaciones similares, con más de una quincena de años de incumplimientos constitucionales en una cuestión tan decisiva como la coparticipación impositiva.⁴⁸

En cuanto al **reconocimiento de la autonomía municipal**, por el art. 123 de la Ley Suprema, podemos decir con orgullo que Argentina luego de la reforma, se encuentra en la posición más avanzada en el derecho comparado mundial. Pero también aquí debemos distinguir la norma de la realidad, pues a pesar de los notorios avances producidos, todavía es permanente la lucha que debe librarse por el cumplimiento efectivo del principio y su respeto por parte de los otros órdenes gubernamentales. Piénsese solamente en las 3 Provincias que

descentralización institucional, lo que consideramos un precedente de singular importancia, que debe extenderse a otras materias, tal como lo postulamos en la Propuesta 14.

⁴⁶ Antonio María Hernández, "Los fallos de la CSJN sobre detracciones a la masa coparticipable y la confirmación de una jurisprudencia federalista", Suplemento La Ley, Constitucional, Directora María Angélica Gelli, Abril 2016, N° 2, págs.. 44 y sgts..

⁴⁷ "Intendente Municipal Capital c. Provincia de La Rioja s. Amparo", fallado el 11 de noviembre de 2014, donde representamos a la Municipalidad actora ante la Corte Suprema de Justicia, que hizo lugar al Recurso de Queja que presentáramos y que comentáramos en el Informe de Federalismo del año 2014, "Cuaderno de Federalismo", Director Antonio María Hernández, Instituto de Federalismo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2015 en la pág. Web, www.acaderc.org.ar. Este fallo, junto a los antes y luego mencionados, son los más importantes de la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal Federal en torno a la autonomía municipal.

⁴⁸ Véase Antonio María Hernández, "Sin coparticipación impositiva no hay federalismo", Clarín, Opinión, pág. 33, 27 de noviembre de 2014.

todavía no han adecuado sus respectivas Constituciones a la Federal para reglamentar la sanción de Cartas Orgánicas Municipales (Buenos Aires, Santa Fe y Mendoza); o las Provincias que todavía no comenzaron a sancionarlas (Santa Cruz, La Pampa, Formosa, La Rioja, Entre Ríos y Tucumán); o lo han hecho parcialmente (Córdoba); además de los avances provinciales que se observan sobre las potestades tributarias y el poder de policía locales.

También debe señalarse que aquí **se está consolidando una jurisprudencia de la Corte Suprema a favor de la autonomía municipal**. Ya hubo fallos en los aspectos institucionales, políticos y administrativos a partir de “Rivademar, Angela Martínez Galván de c. Municipalidad de Rosario” (1989)” y hasta “Ponce Carlos Alberto”(2005)⁴⁹. A ello se suma jurisprudencia más reciente sobre los aspectos financieros de la autonomía, como el antes comentado fallo en “Intendente Municipal de la Capital c. Provincia de La Rioja” de 2014, al que debe agregarse el recaído en **“Intendente Municipal de La Banda c. Provincia de Santiago del Estero s. Conflicto de poderes”**, de 2018, en que el más Alto Tribunal ordena a la Provincia terminar la discriminación sufrida por el Municipio en materia de coparticipación impositiva.⁵⁰

Creemos asimismo necesario puntualizar que actualmente hay 178 Cartas Orgánicas Municipales vigentes en 14 Provincias, lo que revela el avance logrado en esta materia tan trascendente para la república federal.

Respecto al **otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires**, estimamos que éste fue otro de los grandes aciertos del constituyente, para afirmar la descentralización del poder y reconocer una autonomía institucional especial a la ciudad, que en nuestro concepto es la de una ciudad-Estado como las de Berlín, Bremen y Hamburgo en el federalismo alemán.

Así como el diseño constitucional fue correcto, en la reglamentación efectuada por el Congreso a través de las leyes 24.588 y 24.620, no se respetó la normativa suprema del Art. 129 y es necesario efectuar las modificaciones necesarias para el cumplimiento estricto de ésta, que supone entre otras

⁴⁹ Véanse nuestro comentarios “La Corte Suprema de Justicia, garante de la autonomía municipal- Análisis de los casos “Municipalidad de la ciudad de San Luis c. Provincia de San Luis y otro” y “Ponce Carlos Alberto c. San Luis, Provincia de”, Debates de Actualidad, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Buenos Aires, N° 195, 2005, págs. 146/158 y “La Corte Suprema de Justicia y la reafirmación de la autonomía municipal”, La Ley, Suplemento Extraordinario de Derecho Constitucional, 75 Aniversario, agosto de 2010 y los de María Gabriela Abalos, sobre “Autonomía municipal”, Cap. XL del libro “Corte Suprema de Justicia de la Nación. Máximos precedentes. Derecho Constitucional”, Director Pablo Manili, ya citado, Tomo IV, págs. 635 y sgts..

⁵⁰ También en este caso representamos a la Municipalidad actora en este otro caso de histórica importancia en cuanto a la autonomía local. Mas allá de esto, no puede obviarse que es menester una mayor consistencia en los estándares de control de constitucionalidad de los Tribunales y de la Corte en relación a la autonomía local, particularmente en lo relativo a los avances que se observan sobre los poderes de imposición y de policía municipales, pese a lo establecido por el art. 75 inc. 30 de la Ley Suprema. En tal sentido, obsérvese lo resuelto en la causa “Cet c. Municipalidad de Río Cuarto- Acción Declarativa de Inconstitucionalidad”, de 2014, donde el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, hizo lugar a la acción promovida por la empresa concesionaria del juego provincial contra una ordenanza del Concejo Deliberante que había intentado limitar el funcionamiento por 24 horas del Casino, en ejercicio del poder de policía de salubridad, y atento los problemas causados por la ludopatía. Y no obstante los recursos extraordinarios y de queja interpuestos, además del pedido de audiencia pública, finalmente la Corte Suprema desestimó la cuestión en 2017, aunque debe destacarse el voto contrario del Ministro Dr. Rosatti.

cuestiones que la Ciudad Autónoma debe tener su propia Justicia –en todos los fueros- y sus Registros Públicos⁵¹.

Como consecuencia del cambio de autoridades operado en las elecciones de 2015, un nuevo impulso se produjo en esta trascendente cuestión y el **19 de enero de 2017**, el Presidente de la República y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **firmaron 4 Convenios para la transferencia de la Justicia llamada Nacional en el fuero penal y en las relaciones de consumo, así como del Registro de la Propiedad Inmueble y de la Inspección de Sociedades Jurídicas, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.**

Los fundamentos de dichos Convenios interjurisdiccionales son de una gran calidad y precisión en materia constitucional, ya que se fundan en los arts. 129 de la Ley Suprema de la Nación y en las normas correlativas de la Constitución de la Ciudad, además del objetivo de fortalecimiento del federalismo.

Se ha tratado de un paso decisivo en el cumplimiento del proyecto federal de la Constitución, modernizado y reafirmado en la última reforma de 1994.

Dichos 4 Convenios fueron aprobados por la Legislatura de la CABA con fecha 5 de abril de 2017, mediante las **Resoluciones N° 24/2017 destinada a la transferencia de la Justicia Nacional en las relaciones de Consumo, la N° 25/2017 sobre la Inspección General de Justicia, la N° 26/2017 sobre la transferencia progresiva de la Justicia Nacional Penal y la N° 27/2017** destinada al traspaso del Registro de la Propiedad Inmueble,

Estos Convenios deben ser aprobados por parte del Congreso de la Nación para su cumplimiento. El Poder Ejecutivo de la Nación ha enviado a la Cámara de Diputados de la Nación los Proyectos de Ley N° 1/2017 para la aprobación del Convenio interjurisdiccional de transferencia de la Justicia Nacional en las Relaciones de Consumo y el **2/2017** para la aprobación del Convenio interjurisdiccional para la transferencia de la Inspección General de Justicia. El **Poder Ejecutivo de la Nación asimismo remitió al Senado de la Nación los Proyectos de Ley N° 14/2017** para la aprobación del convenio interjurisdiccional de transferencia de la justicia penal ordinaria de la Capital y el **15/2017** para la aprobación del convenio interjurisdiccional por el traspaso del Registro de la Propiedad Inmueble.

Asimismo, en 2016 se pudo lograr el acuerdo entre el Gobierno Federal y la CABA, **para el traslado de la mayor parte de los efectivos de la Policía Federal que prestaban servicios en la Ciudad a la órbita de este gobierno. Ello significó cumplir con el mandato constitucional y avanzar hacia la autonomía plena de la Ciudad, lo que ha incidido muy favorablemente bajo el punto de vista de nuestro federalismo⁵².**

⁵¹ Para un estudio detenido del tema, véanse nuestras obras: “Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994”, Cap.IV; “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Depalma, Buenos Aires, 2009 y “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”, Jusbaire, Buenos Aires, 2017.

⁵² Téngase presente que el incumplimiento de los mandatos constitucionales significaba que el Presupuesto de la Nación se hacía cargo del servicio de seguridad pública de la ciudad más rica del país... Y lo propio sigue ocurriendo con la llamada Ex Justicia Nacional, tal como lo demostramos en nuestro trabajo “La autonomía plena de la Ciudad de Buenos Aires y el traspaso de la ex Justicia Nacional”, www.acaderc.org, Instituto de Federalismo, además de lo expuesto en la obra ya citada “La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el fortalecimiento del federalismo argentino”.

En esa línea, también insistimos en la modificación de la Ley 24.588 en sus arts. 2, 8 y 10 como antes lo analizamos, para asegurar el efectivo cumplimiento del art. 129 de la Ley Suprema.

Reiteramos nuestra convicción de que es necesario profundizar el diálogo en todas las instancias, para encontrar las soluciones de fondo para los problemas estructurales que sufre Argentina.

Y por otra parte, que el cumplimiento del proyecto republicano y federal definido en la Constitución Nacional es el gran objetivo a lograr en los tiempos por venir.

Sobre el **reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales y el otorgamiento de jerarquía suprema a algunos tratados internacionales de derechos humanos**, creemos que también aquí existe amplio consenso en cuanto al diseño constitucional elegido por la Convención Constituyente.

Aquí la finalidad fue profundizar la filosofía humanista y personalista de la Constitución que hace de los derechos humanos su más importante objeto. Y la reforma ha aumentado notablemente el reconocimiento de derechos y garantías, que ahora tienen su fuente interna, tanto en la parte dogmática como orgánica de la Ley Suprema y su fuente externa, mediante el otorgamiento de rango constitucional a 11 instrumentos internacionales de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 y la posibilidad de que otros tratados alcancen igual jerarquía, como nueva atribución del Congreso de la Nación, como ya ocurrió en tres casos⁵³.

También aquí se observa el notable avance obtenido en la materia a la luz del derecho comparado, así como las graves dificultades observadas para la efectiva vigencia de los derechos humanos en nuestro país, como consecuencia de la violación de la Constitución y de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁵⁴ y el uso inconstitucional de los institutos de emergencia. Ejemplo paradigmático de esta lamentable realidad fue el “corralito” –entre otros efectos derivados de la “emergencia económica que hemos padecido- y la violación de los derechos económicos y sociales, como lo indican los altísimos índices de pobreza, marginación y exclusión social que actualmente padecemos.

De todas maneras, no puede dudarse que la reforma constitucional en estos aspectos ha comenzado a producir sus frutos, en las distintas ramas jurídicas, en lo que no podemos detenernos por razones de extensión de este trabajo.⁵⁵

Finalmente, en relación a la séptima idea fuerza, el **afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales**, igualmente consideramos que fue acertada la reforma producida y el diseño constitucional utilizado.

Se consagró no sólo la posibilidad de la creación de regiones por parte de las provincias (art. 124) sino también de la celebración de tratados de integración

⁵³ La Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas, según Ley 24.556; la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y los delitos de lesa humanidad, según Ley 24.584 y la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, según Ley 26.378.

⁵⁴ Véase la exhaustiva obra de Víctor Bazán sobre “Control de las omisiones inconstitucionales e inconvencionales”, editado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2017

⁵⁵ Véanse las obras “La Constitución reformada y sus normas reglamentarias. Estudios constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación”, de Alberto Dalla Via y Alberto García Lema, Directores, 2 Tomos, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016 y “El Código Civil y Comercial desde el derecho constitucional”, de Horacio Rosatti, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2016.

que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales por parte del Gobierno Federal (art. 75 inc. 24). Esta ha sido la manera adecuada de promover la integración en sus distintos órdenes, como uno de los caminos sobre los que existen menores disidencias, para enfrentar las complejas y variadas situaciones que presenta el mundo globalizado, competitivo e interdependiente de nuestros días⁵⁶. También en este aspecto de la realidad se pueden apreciar avances y retrocesos, que por razones de brevedad, no podemos considerar. Para finalizar este punto, reiteramos que nuestra práctica constitucional revela que más que problemas de diseño, nosotros evidenciamos problemas de débil cultura constitucional y de la legalidad.⁵⁷

V. LA MODERNIZACION CONSTITUCIONAL

Para nosotros el primer resultado de esta obra constituyente ha sido la modernización constitucional, lo que se confirma de manera rotunda desde una visión de derecho comparado.

En este sentido, nosotros creemos que en la historia de nuestra disciplina hubo tres grandes períodos consecutivos: a) el constitucionalismo liberal o clásico, b) el constitucionalismo social y c) el derecho constitucional de la internacionalización de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, nuestro texto originario de 1853 se inscribió en el primer período, mientras que el tránsito hacia el constitucionalismo social se produjo con las reformas constitucionales de 1949 y de 1957, siendo profundizado en la última reforma de 1994. Pero además, **ésta nos introdujo en la última etapa, correspondiente a la internacionalización de los derechos humanos, en un notable avance cualitativo.**

Este tercer período es el resultado de la formidable lucha de las Naciones Unidas por cumplir el más grande objetivo de su Carta, sancionada luego de la Segunda Guerra Mundial, donde se abatiera el fenómeno oprobioso del totalitarismo nazi.

Los sucesivos Tratados de Derechos Humanos fueron introduciendo profundos cambios en nuestra disciplina y en el derecho en general y hoy constituyen una de las realidades del mundo globalizado que vivimos.

En ese marco las Constituciones Nacionales fueron reconociendo una mayor vinculación entre el derecho interno y el internacional público y se fueron admitiendo los procesos de integración, con creación de organismos supranacionales y sistemas jurídicos regionales y mundiales destinados a la protección de los derechos humanos, además de la aparición de un derecho comunitario, con su máxima expresión en la Unión Europea.

⁵⁶ Véanse nuestro libros “Integración y globalización: rol de las regiones, provincias y municipios”, Depalma, Buenos Aires, 2000 y “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009..

⁵⁷ Que hemos analizado detenidamente en nuestras dos Encuestas realizadas, a las que nos remitimos y que antes hemos citado. Allí se comprobó desde una metodología interdisciplinaria el acierto del pensamiento de Carlos Nino, expuesto con singular brillantez en su obra “Un país al margen de la ley”, de 1992, que sería su testamento intelectual, pues moriría el 29 de agosto del año siguiente. A ello hay que agregar, como lo expresamos en su Homenaje a los 25 años de su muerte, realizado en la Facultad de Derecho de la UNC, el 8 de noviembre de 2018, sus obras “Fundamentos de Derecho Constitucional”, también del mismo año 1992 y su obra póstuma sobre “The constitution of the deliberative democracy”, editada por Yale University Press, bajo el cuidado de Owen Fiss.

Y ahora nuestro país cuenta con las normas jurídicas supremas para avanzar en tan promisorios procesos, encontrándose en una posición de vanguardia dentro de los sistemas constitucionales comparados.

Pero como la reforma tuvo entre sus fuentes a nuestro constitucionalismo provincial, conforme a nuestra forma federal de Estado, no debemos olvidar que en este aspecto fueron precursoras las reformas constitucionales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987), que en Disposiciones Complementarias hicieron referencia a algunos Tratados de Derechos Humanos.

Esta modernización se advierte además en todos los aspectos vinculados a la organización del poder, o sea a la parte orgánica de la Constitución, y en particular a su descentralización.

Ya hemos destacado lo acontecido en cuanto al federalismo, la autonomía municipal y la ciudad Autónoma de Buenos Aires, que nos coloca igualmente en una situación de particular relevancia desde el punto de vista normativo, con una lectura comparatista.

Y en cuanto a los otros cambios introducidos en el Gobierno Federal, también se aprecia la modernización, con influencias que han provenido tanto del constitucionalismo comparado como desde nuestro constitucionalismo provincial, que también se anticipó en la introducción de nuevas instituciones.

En síntesis, la reforma efectuada –con su legitimidad y grandes aciertos y algunas imperfecciones⁵⁸- produjo una modernización del texto constitucional, tanto en su parte dogmática como orgánica, sentando las bases para un desarrollo progresivo de nuestro derecho rumbo al siglo XXI.

VI EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONSTITUCION NACIONAL

El derecho constitucional opera en los ámbitos de la libertad, el poder y la política. Y esto se aprecia especialmente cuando se trata del poder constituyente y de la política constitucional, que requieren del ejercicio de una política arquitectónica más que de una agonal.

Y con la “tosca materia” -como decían los clásicos- de que está hecha la política –y la nuestra en particular-, -por lo que afirmaba Joaquín V. González-, fue muy difícil alcanzar aquella clase de política basada en grandes consensos. Los altísimos grados de acuerdos que indicaron las distintas votaciones de los artículos y la final del texto completo de la reforma y su posterior juramento por todos los Convencionales demuestran que en 1994 se alcanzó esa política arquitectónica.

Pero en la etapa “post –constituyente”, destinada a la reglamentación y cumplimiento de la reforma, que también exige esa política, nosotros apreciamos que la misma dejó de practicarse.

Y la política agonal a la que volvimos –que esencialmente ha primado en la historia argentina- nos dio como resultado un deficiente y parcial cumplimiento de la Ley Suprema.

No podemos dejar de mencionar la **grave responsabilidad del Congreso en el incumplimiento de la sanción de las leyes reglamentarias de la Constitución**. En efecto, se trata aproximadamente de 30 Leyes necesarias

⁵⁸ Ya que no hay obra humana perfecta y hacen falta dioses y no hombres para hacer las leyes, como decía Rousseau.

para la plena vigencia de la reforma, de las que se han sancionado cerca de un tercio, y en algunos casos, de manera inconstitucional.⁵⁹

Respecto de **las normas no sancionadas o no reformadas**, señalamos las siguientes:

- 1) Del art. 36 contra actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático, derecho de resistencia a la opresión y el enriquecimiento por delito doloso que atente contra el Estado. Lo que supone la modificación del Código Penal y de la Ley de Ética Pública, a dichos efectos. No cabe dudar que Argentina tiene un altísimo nivel de corrupción y mucho más grave aún, de impunidad, que es imperioso modificar, a través de cambios en la legislación, entre otros aspectos.
- 2) De partidos políticos y electorales, en el marco de la reforma política y electoral, según los principios y mandatos de los arts. 37 y 38 de la Constitución Nacional.
- 3) Del art. 41 sobre derecho al medio ambiente sano, ya que faltan normas y convenios, en relación a los amplios objetivos y propósitos perseguidos por el constituyente.
- 4) Del art. 42 sobre derechos de usuarios y consumidores, que obligará a la reforma de la normativa actualmente vigente en la materia, para la regulación adecuada de los marcos jurídicos, de los entes de usuarios y consumidores y de la participación de las provincias en los servicios públicos nacionales.
- 5) Del amparo, según los amplios principios del art. 43, que modificará la legislación vigente, restrictiva e inconstitucional.
- 6) Sobre secretos de las fuentes de información periodística, cuarta garantía incorporada en el art. 43, para mejor garantizar la libertad de prensa.
- 7) De acciones de protección de los derechos de incidencia colectiva, según lo dispuesto en el art. 43.
- 8) Del habeas corpus, para su adecuación a los principios del art. 43.
- 9) De coparticipación impositiva, según lo prescripto por el inc. 2 del art. 75, como una de las mas claras manifestaciones del federalismo de coordinación y concertación.
- 10) De transformación del actual Banco Central en Banco Federal, de conformidad al inc. 6 del art.75.
- 11) Sobre ciudadanía y naturalización, que importará modificaciones de la legislación vigente, según lo dispuesto por los incs. 12 y 22 del art. 75.
- 12) Sobre la propiedad comunitaria de los aborígenes, según mandato del inc. 17 del art. 75.
- 13) Para proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio, promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones, según el inc. 19 del art. 75.
- 14) Para apoyar el desarrollo e integración regional del país, de conformidad a los arts. 124 y 75 inc.19.
- 15) Sobre medidas de acción positiva que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos humanos

⁵⁹ Como en los casos del Consejo de la Magistratura –recién señaladas N° 26.080 y 26.855-, de la de Decretos de Necesidad y Urgencia N° 26.122 y sobre la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires N° 24.588 y 24.620, que restringieron la misma. (Véase Antonio María Hernández, “Federalismo y Constitucionalismo Provincial”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, Cap.V).

- reconocidos, y en particular para los niños, mujeres, ancianos y discapacitados, según el inc. 23 del art. 75.
- 16) Sobre régimen de seguridad social en protección del niño desde el embarazo hasta la finalización de la enseñanza elemental, de conformidad al inc. 23 del art. 75.
 - 17) Sobre delegación legislativa, para el estricto cumplimiento de la letra y espíritu del art. 76, destinado a fortalecer el Congreso.
 - 18) Sobre la Auditoría General de la Nación, que obligará a la modificación de la vigente normativa, para su adecuación a la Ley Suprema.
 - 19) De la intervención federal, según lo dispuesto por los arts. 75 inc. 31 y 99 inc. 20 de la Constitución Nacional.
 - 20) De la Jefatura de Gabinete de Ministros, según lo dispuesto por los arts. 100 y 101, ya que actualmente está regulada la institución por Decreto del Poder Ejecutivo.
 - 21) Leyes tendientes a cumplir el proyecto federal, lo que importa además la derogación o modificación de legislación vigente, como la que establece asignaciones específicas o subsidios, además de leyes de presupuesto anual que cumplan los principios de los incs. 8 y 2 del art. 75.⁶⁰

Por otra parte, es **inexplicable que el Congreso no haya designado al Defensor del Pueblo de la Nación**, a pesar que han transcurrido más de 10 años del alejamiento del anterior titular.

Obsérvese además la defección de nuestros Poderes Ejecutivos y Legislativos Federales y Provinciales, que no han avanzado en la sanción de la Ley Convenio de Coparticipación Impositiva, pese a que el plazo fijado fuera el 31 de diciembre de 1996.

En cambio, debemos puntualizar que la crítica anterior sobre la Corte Suprema de Justicia, por el caso “**Fayt**” (1999), que declarara la nulidad del artículo 99 inc. 4 y la Disposición Transitoria Undécima, desconociendo la reforma y los principios de la teoría constitucional⁶¹, ha sido corregida y revocada por una nueva jurisprudencia fijada en el caso “**Schiffrin**”⁶².

Pero además no se trata solamente del Gobierno Federal, pues es bien conocida la violación flagrante de la Ley Suprema en que están incurriendo **tres Provincias (Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe), que no han producido sus respectivas reformas constitucionales para dar cumplimiento al Art. 123** sobre la autonomía municipal.

Pero sería un error pensar que sólo se incumple la Reforma de 1994. Mas allá de que la reforma es la Constitución en sí misma, en nuestro país lo que se viola permanentemente es la Ley en general, empezando por la Constitución, que es la Ley primera y Suprema.

Y ello ocurre en extensas partes de la Constitución, pues no podemos llegar a otra conclusión luego los análisis previamente efectuados sobre la vigencia efectiva de los derechos humanos y el funcionamiento de nuestro sistema

⁶⁰ Véase Antonio María Hernández, “20 propuestas para fortalecer el federalismo argentino”, La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, julio, 2014, específicamente Propuesta 14, donde nos detenemos en esta cuestión.

⁶¹ Véase nuestro libro “El caso Fayt y sus implicancias constitucionales”, 1ª. Ed., Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001 y 2ª. Ed., “El caso Fayt”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012..

⁶² Fallado el 28 de marzo de 2017, aunque en fallo dividido, que no podemos analizar en esta oportunidad por la extensión de este trabajo.

republicano y federal. Es decir que las violaciones empiezan desde el Preámbulo y el art. 1.

Hace tiempo que venimos insistiendo en esta trascendente cuestión y al respecto hemos desarrollado en una de nuestras obras⁶³, la tesis de que las emergencias han sido el argumento utilizado permanentemente para incumplir la Constitución, afectar el sistema republicano y lesionar los derechos humanos a lo largo de nuestra historia.

Asimismo hemos publicado una Encuesta sobre Cultura de la Constitución, que demuestra -desde la sociología con el posterior análisis interdisciplinario desde lo político y lo jurídico-, la magnitud y profundidad del desconocimiento de la Ley Suprema en nuestra sociedad.⁶⁴

Ello nos impele a continuar abogando por la necesidad de volver a la educación popular y democrática como el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político que padecemos⁶⁵.

Insistimos en que debemos poner el énfasis en el cumplimiento de la ley y de la Constitución en especial, para desarrollar nuestro proyecto nacional, que está allí claramente contemplado.

Insistimos en tal sentido que el verdadero cambio significa en primer lugar una más estrecha vinculación de la política con la ética, para alejarnos de los fenómenos tan lamentables de una corrupción estructural, potenciada por la impunidad, que han caracterizado nuestra decadencia nacional. Y por otra parte, que el cumplimiento del proyecto político democrático republicano y federal definido en la Constitución Nacional es el gran objetivo a lograr en los tiempos por venir.

Finalmente, a 25 años de la reforma constitucional de 1994, ya es tiempo de ejecutar con fidelidad sus mandatos, así como los demás de la Ley Suprema de la Nación.⁶⁶

⁶³ Antonio María Hernández, “Las emergencias y el orden constitucional”, 1ª. ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002 y 2ª.ed. ampliada, Universidad Nacional Autónoma de Méjico y Rubinzal-Culzoni Editores, Méjico, 2003.

⁶⁴ Véase “Encuesta de cultura constitucional: Argentina, una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Manuel Mora y Araujo, obra editada por la Universidad Nacional Autónoma de Méjico, Méjico, 2005 y “Segunda Encuesta de cultura constitucional. Argentina: una sociedad anómica”, Antonio María Hernández, Daniel Zovatto y Eduardo Fianza, Compiladores, Eudeba, Buenos Aires, 2016.

⁶⁵ Entre las medidas que hemos propuesto al respecto, es menester poner el énfasis en la educación cívica y democrática, asentada en los valores y principios de la Constitución Nacional, tal como lo dispone la Ley N° 25.863, -cuya sanción lográbamos en 2003 cuando ejercíamos la Presidencia de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional-, que también se incumple. Dicha norma fija el 1º de Mayo como Día de la Constitución Nacional y obliga a la enseñanza de la misma en todos los niveles educativos.

⁶⁶ Véase Antonio María Hernández, “Fortalezas y debilidades constitucionales. Una lectura crítica en el Bicentenario”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. En esta obra analizamos especialmente desde lo constitucional, los 100 años transcurridos entre 1910 y 2010, señalando nuestros graves problemas de cultura constitucional y de la legalidad y proponiendo las soluciones respectivas.

