

# REVISTA JURÍDICA

UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE

La *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste es una publicación del Instituto de Educación, Justicia y Trabajo de acceso abierto y gratuito, editada en los meses de junio y diciembre por EDUNO, editorial de esta casa de altos estudios.

En versión electrónica e impresa, luego de la evaluación por pares bajo el sistema de doble ciego, se publican artículos de doctrina, ensayos, documentos de interés, comentarios de jurisprudencia y entrevistas. Cada número se imprime, además en braille y se encuentra a disposición en la Biblioteca de la Universidad Nacional del Oeste.

Declarada de interés legislativo por el Honorable Senado (Exp. F 519/23024) y por la Honorable Cámara de Diputados (Exp. D 3821/23-24) de la provincia de Buenos Aires, y de interés municipal por el Honorable Concejo Deliberante de Merlo (Ordenanza 61 28/23).

ISSN: 3008-8062

AÑO 2 - NÚMERO 3

**DICIEMBRE 2024**

Revista digital

[www.revistajuridica.uno.edu.ar](http://www.revistajuridica.uno.edu.ar)

Correo electrónico

[revistajuridica@uno.edu.ar](mailto:revistajuridica@uno.edu.ar)

Registro DNDA en trámite



**EDUNO**

Editorial de la Universidad Nacional del Oeste

**INSTITUTO DE EDUCACIÓN, JUSTICIA Y TRABAJO**

**UNIVERSIDAD NACIONAL DEL OESTE**

Belgrano 369, San Antonio de Padua (1718) Merlo,  
provincia de Buenos Aires, República Argentina.

Tel.: (0220) 483 4150







## **EQUIPO DE LA REVISTA JURÍDICA**

---

### **DIRECCIÓN GENERAL**

Pablo Perel - Lucía Colombo

### **ASESOR EDITORIAL**

Martín Nahuel Lara

### **CONSEJO ACADÉMICO**

**Gustavo Soos**

*Vicerrector de la Universidad Nacional del Oeste, Argentina*

**Tania García Sedano**

*Doctora con mención cum laude por la Universidad Carlos III, España*

**Néstor Pablo Barral**

*Presidente de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Argentina*

**Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa**

*Doctora en Ciencias Jurídico - Económicas por la Universidad de Coimbra, Portugal*

**Ricardo Ángel Basilico**

*Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal por la Universidad de Sevilla, España*

**Marcela Ruiz**

*Presidenta de la Federación Argentina de la Magistratura y Función Judicial*

**Ana María D' Ávila Lopes**

*Posdoctorada en Derechos Humanos por la Universidad de Auckland, Nueva Zelanda*

**Javier Agustín Mariani**

*Juez de Cámara de Apelaciones y Garantías en lo penal de San Martín, Argentina*

**Lara Esteve Mallent**

*Vocal del Consejo Rector de la Escuela Judicial de España*

**Bruce Barnaby Rubio**

*Magíster en Políticas Públicas por la Hertie School of Governance, Alemania*

**Patricia Toscano**

*Jueza de Cámara de Apelaciones y Garantías en lo penal de San Martín, Argentina*

**Fernanda Frizzo Bragato**

*Doctora en Derecho por la Universidad de Vale do Rio dos Sinos, Brasil*

**José Julián Tole Martínez**

*Director del Observatorio Latinoamericano de Derechos Humanos  
y Empresas de la Universidad Externado, Colombia*

**Valeria Reyes**

*Máster suma cum laude en Justicia Transicional, Derechos Humanos y Estado  
de Derecho por la Geneva Academy of International Humanitarian Law, Suiza*

**Marcus Alan de Melo Gomes**

*Presidente de la Asociación Internacional de Criminología de Lengua Portuguesa, Brasil*

**Nelson Gomes**

*Doctor en Psicología por la Universidad Federal da Paraíba, Brasil*

**Marcos Andrade Moreno**

*Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, España*

**Paulo Sérgio Weyl Albuquerque Costa**

*Coordinador del Programa Latinoamericano en Derechos Humanos  
de la Universidad Federal de Pará, Brasil*

**Mónica González Otero**

*Magíster en Feminismos Jurídicos por la Universidad Autónoma de Barcelona, España*

**Gabriel Montes Rojas**

*Doctor en Economía por la University of Illinois at Urbana-Champaign, Estados Unidos*

**João Roriz**

*Investigador posdoctoral de la Universidad de Brasília, Brasil*

**CORRECCIÓN GENERAL Y SUPERVISIÓN EDITORIAL**

Rut Beresovsky

**CORRECCIÓN JURÍDICA**

María Eugenia López

**DISEÑO DE TAPA**

Pablo Bernasconi

**DISEÑO EDITORIAL Y MAQUETACIÓN WEB**

Anabella Mattio - Nicolás Palacios

***Este número contó con la colaboración de Sergio Hortal***

# ÍNDICE

---

## PRESENTACIÓN

<b>Palabras Preliminares.....</b>	<b>11</b>
<i>Por Pablo Perel y Lucía Colombo</i>	
<b>Prólogo.....</b>	<b>17</b>
<i>Por Hilda Kogan</i>	

## DOCTRINA

<b>Un mandato constitucional pendiente.....</b>	<b>23</b>
<i>Por Alberto Ricardo Dalla Vía</i>	
<b>La Convención Constituyente de 1994 y el juicio por jurados.....</b>	<b>41</b>
<i>Por Andrés Harfuch</i>	
<b>Autonomía del Ministerio Público Fiscal.....</b>	<b>53</b>
<i>Por Santiago Marquevich y Eduardo Ezequiel Suárez</i>	
<b>La preservación del ambiente en la carta magna argentina.....</b>	<b>65</b>
<i>Por Ricardo Ángel Basilico y María Carolina Renaud</i>	
<b>¿Los animales tienen derecho a tener derechos?.....</b>	<b>71</b>
<i>Por Jorge Eduardo Buompadre</i>	
<b>Derecho de los consumidores y garantías constitucionales en los procesos judiciales.....</b>	<b>83</b>
<i>Por Claudio Hugo Fedé</i>	
<b>Perspectiva de género en la ley fundamental.....</b>	<b>93</b>
<i>Por María Soledad Durand</i>	
<b>¿Todo decreto de necesidad y urgencia es inconstitucional?.....</b>	<b>105</b>
<i>Por Guillermo Jorge Gambero y Gustavo Aníbal Mariani</i>	
<b>El consenso interamericano y el margen de apreciación nacional.....</b>	<b>117</b>
<i>Por Gustavo Antonio Mammoni</i>	
<b>La vivienda y la ciudad: cuando los derechos se construyen desde abajo.....</b>	<b>131</b>
<i>Por Mariana Paula Chaile</i>	
<b>Los municipios y la seguridad.....</b>	<b>141</b>
<i>Por Santiago Nabaes y Franco Pedersoli</i>	
<b>La Constitución como puerta de acceso a la salud y a la educación de las personas con discapacidad.....</b>	<b>153</b>
<i>Por Yanina Vanesa Paul</i>	

<b>Integración regional y derecho comunitario en la Constitución nacional de 1994.....</b>	<b>163</b>
<i>Por Juan Carlos Kleywegt</i>	

<b>Dogmática constitucionalizada del derecho del consumidor.....</b>	<b>173</b>
<i>Por Nanci Daniela Schlotthauer</i>	

## **DERECHO COMPARADO**

<b>La reforma constitucional argentina de 1994 y su lugar en el constitucionalismo latinoamericano.....</b>	<b>185</b>
<i>Por Felipe Paredes</i>	

## **ENTREVISTAS**

*Por Pablo Perel y Lucía Colombo*

<b>“La reforma laboral aprobada por la denominada Ley de Bases, es regresiva y consagra un orden social injusto y contrario a la Constitución nacional” .....</b>	<b>199</b>
<i>Dr. Héctor Pedro Recalde</i>	

<b>“La reforma de 1994 es un ejemplo de que la política es capaz de encontrar puntos de consenso mínimos entre quienes piensan distinto” .....</b>	<b>207</b>
<i>Dr. Marcelo Enrique Feliú</i>	

## **PUBLICACIONES DE INTERÉS**

<b>La autonomía universitaria como identidad nacional.....</b>	<b>213</b>
<i>Por Maximiliano Abad</i>	

<b>Junta Federal de Cortes-REFLEJAR.....</b>	<b>219</b>
<i>Por Alejandra Elizabeth Barrionuevo</i>	

<b>Consumidores hipervulnerables: debe garantizarse su protección.....</b>	<b>225</b>
<i>Por Gabriela Demaría</i>	

<b>A treinta años de la reforma constitucional argentina de 1994.....</b>	<b>233</b>
<i>Por María Victoria Lorences</i>	

<b>La autonomía municipal en la provincia de Buenos Aires, una deuda histórica.....</b>	<b>237</b>
<i>Por Matías Duarte</i>	

<b>La cuestión Malvinas y su rango constitucional.....</b>	<b>243</b>
<i>Por Sergio Gabriel Luaces</i>	



# PRESENTACIÓN



## PALABRAS PRELIMINARES

Por Pablo Perel<sup>1</sup> y Lucía Colombo<sup>2</sup>

Directores de la Revista Jurídica  
de la Universidad Nacional del Oeste, Argentina

El 22 de agosto de 1994, la Convención Constituyente aprobó la última reforma de nuestra Constitución nacional. Al cumplirse treinta años de este significativo acontecimiento, y reconociendo su importancia histórica y política, hemos decidido dedicar el tercer número de la *Revista Jurídica* a conmemorar las modificaciones introducidas, que revisten de gran relevancia institucional.

Con luces y sombras, se implementaron cambios trascendentales tanto en la parte dogmática como en la orgánica. Uno de ellos, que se abordará más adelante y que resulta de especial importancia para nuestra institución, es la consagración de la autonomía de las universidades nacionales. Condición necesaria e indispensable para el pleno ejercicio del autogobierno y la preservación del pensamiento crítico en el seno de la educación superior.

Remontarnos a su sanción nos lleva necesariamente a reparar en su aprobación por unanimidad, lo que simbolizó el consenso, el intercambio y el diálogo, y, con ello, el fortalecimiento de la legitimidad del proceso democrático. De esta forma, se evidenció

---

<sup>1</sup> Abogado, con diploma de honor (Universidad de Buenos Aires). Doctorando (Universidad de Valencia y UBA). Realizó estudios doctorales en la Universidad de París X Nanterre, Francia. Obtuvo un máster de la Universidad de Génova, Italia, y de la Universidad Pablo de Olavide, España. Actualmente dirige la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Es investigador y profesor en universidades nacionales y extranjeras, formador de formadores por la Escuela Nacional la Magistratura de Brasil (ENFAM) y replicador por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) en temas de género. Integró delegaciones ante Naciones Unidas y fue consejero consultivo de la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE). Fue becario de la Agencia Sueca de Cooperación. Fue director de proyectos DECYT y becario UBACyt. En su labor profesional cumplió funciones en la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la Procuración General de la Nación, el Consejo de la Magistratura nacional, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y como secretario de publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA).

<sup>2</sup> Abogada (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla, España). Especialista y maestranda en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia). Diplomada internacional en Derecho Penal (Universidad Nacional del Oeste). Diplomada en Escritura y Argumentación Jurídica (Escuela de Abogacía, Asesoría General de Gobierno de la provincia de Buenos Aires). Profesora en Derecho Político, cátedra del Dr. Gustavo Soos, y en Derecho Constitucional (UNO). Coordinadora de la Diplomatura Superior en Derechos Humanos y Control de Constitucionalidad y Convencionalidad (UNO, en conjunto con la Universidad de Bolonia), de la Diplomatura Internacional en Derecho Constitucional y Magistratura (UNO) y de la Diplomatura en Teoría del Delito y Ciencias Criminológicas (UNO). Codirectora del Proyecto I+D "Acceso a la Justicia" (UNO). Representante por la UNO ante el Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos. Asesora en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Secretaria relatora de la Comisión de Legislación General en la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires.

que es posible la construcción con base en la pluralidad, porque no solo se encontraba representada la mayoría, sino también sectores minoritarios.

El valor de la pluralidad –el cual nos interesa resaltar– también se ve reflejado en la presente edición de la revista. Con diversas voces y perspectivas, convergen aquí autores y autoras en el ámbito de la Universidad pública y gratuita que hacen circular el conocimiento y visibilizando la producción intelectual jerarquizan el intercambio y la reflexión desde diferentes visiones. Participan docentes, abogados y abogadas del ejercicio libre de la profesión, funcionarios y magistrados del Poder Judicial, y también colegas que ejercen funciones en el Poder Legislativo y Ejecutivo, tanto a nivel nacional como provincial y municipal. Como aspecto significativo a destacar, la mayoría de ellos ha transitado por la universidad pública.

Ahora bien, antes de dar paso al prólogo de esta edición, a cargo de la ministra de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, la Dra. Hilda Kogan, indiscutida jurista y académica, comprometida con las mejores causas y primera mujer en integrar el máximo tribunal provincial, nos interesaría compartir algunas líneas sobre las actividades que se han llevado a cabo en la institución durante este cuatrimestre.

La *Revista Jurídica* es una de las múltiples iniciativas que se desarrollan en el ámbito jurídico de la Universidad Nacional del Oeste, y tiene como fin, entre otros aspectos, difundir las diversas acciones que se generan en su Escuela de Ciencias Políticas, Jurídicas y Sociales. Acciones impulsadas por el profesor titular de esta casa de estudios e intendente municipal, Dr. Gustavo A. Menéndez, y el vicerrector de la Universidad, Dr. Gustavo Soos, que reflejan la firme convicción de fortalecer el ámbito jurídico y fomentar un entorno propicio para el aprendizaje, promoviendo una perspectiva igualitaria en el acceso a la educación.

La acción más relevante de este año fue el lanzamiento de la carrera de Abogacía y la Tecnicatura en Investigación Criminal. Transitar este sueño con casi tres mil alumnos y alumnas representa un gran logro para todos nosotros. La gran cantidad de ingresantes y el nivel de permanencia en el primer trayecto formativo reflejan la deuda pendiente que existía en la región. Este proceso se vio potenciado por el acompañamiento constante de las y los docentes, quienes, en estos meses desafiantes para la educación superior, han respaldado con compromiso y dedicación su implementación.

En cuanto a actividades de posgrado, se inició la Diplomatura Superior en Derechos Humanos y Control de Constitucionalidad y Convencionalidad, una propuesta desarrollada con la cooperación académica del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Bolonia (*Alma Mater*), que contó con la prestigiosa dirección de los profesores Dres. Jorge Alejandro Amaya y Luca Mezzetti, garantía de formación de excelencia en el ámbito académico internacional. Sin duda implicó un gran desafío que dos universidades públicas se unieran –una con más de novecientos años de historia y otra joven pero con un fuerte deseo de crecer– con el objetivo común de ofrecer una capacitación

de alto nivel en materia constitucional desde una perspectiva comparada. Así, participaron colegas de diversas provincias argentinas, fruto de la firma de más de veinticinco convenios con distintas instituciones. Entre ellas, los Tribunales Superiores de las provincias de Buenos Aires, Jujuy y San Luis, la Procuración del Chubut, la Federación Argentina de la Magistratura y de la Función Judicial, universidades, municipios, centros de funcionarios judiciales y varios colegios de abogados y asociaciones de magistrados. El próximo año nos encontrará impartiendo la segunda diplomatura, que complementa la ofrecida este año. Ambos diplomados convalidarán el título de Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos que expide la Universidad de Bolonia.

En la misma dirección, se amplió la oferta académica de posgrado, con el acompañamiento de quienes integran la Dirección de Posgrado y Formación Continua, a cargo de la Mg. Adriana M. Quintana, con la Diplomatura en Teoría del Delito y Ciencias Criminológicas y la Diplomatura en Derecho Constitucional y Magistratura, dirigidas por los profesores Dres. Ricardo Á. Basilico y Javier A. Mariani, académicos de notable trayectoria que ofrecen constantemente programas de actualización profesional tendientes a incrementar la eficiencia en el sistema judicial. Asimismo, la segunda, que ya transita su segunda edición, fue reconocida por la calidad de sus contenidos, resultando su aprobación habilitante para eximirse de la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, cuya finalización es condición ineludible para postularse en los procesos de selección de magistrados/as.

Por otra parte, se llevó a cabo la Diplomatura Nacional en Abogacía de la Niñez y Adolescencia, organizada en colaboración con el Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Moreno-General Rodríguez e impulsada por las Dras. Eloísa Raya de Vera y Débora Galán.

Estas diplomaturas tuvieron lugar bajo la modalidad virtual y permitieron que colegas de todo el país participaran. Por ello, el reconocimiento al gran esfuerzo realizado por el equipo de la Secretaría General, a cargo de Fernando Cochet, y del Área de Informática, a cargo de Leonardo Martín.

En el marco de la cooperación internacional, se recibió la visita de la delegación judicial china encabezada por el vicepresidente de la Corte Superior Popular de la provincia de Shandong, Fu Guoqing, junto a una importante comitiva, en donde se analizaron los sistemas de administración de justicia de ambos países con una visión comparada y se planificaron posibles acciones a desarrollar de manera conjunta.

A su vez, participamos junto con la directora del Instituto de Pensamiento Nacional y Cultura Popular (ICPyPN), la Lic. Gabriela Tozzi, en el Seminario del Consorcio Latinoamericano de Derechos Humanos, celebrado en la Universidad Federal de Pará (Belém do Pará, Brasil). En esa ocasión, se aprobó la admisión de nuestra universidad como miembro del Consorcio, que incluye a quince universidades de siete países de América Latina. En consecuencia, desde mitad de año, junto con la Universidad de Buenos Aires, la

Universidad Nacional de La Plata y la Universidad Nacional de Lanús, representamos a la República Argentina en esta organización. Como corolario, tenemos la satisfacción de anunciar que el próximo cuatrimestre se dictará una diplomatura impulsada por el ICPyPN y realizada en conjunto con el Consorcio, que abordará los desafíos actuales en materia de derechos humanos en Latinoamérica.

Desde la perspectiva regional, continuamos profundizando nuestros lazos con la Universidad de Santiago de Chile –proyecto cátedra UNESCO sobre Inclusión en Educación Superior Universitaria–, la Barra Mexicana del Colegio de Abogados y la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados de Brasil (ENFAM), con el fin de planificar jornadas de derecho comparado y control de convencionalidad para el próximo año.

También se acompañó la suscripción de diferentes convenios de colaboración académica con la Universidad Federal de Pará, la Universidad Regional del Noroeste del estado de Rio Grande do Sul (UNIJUI) y la Escuela Superior del Ministerio Público de la Unión de Brasilia (ESMPU). En esas oportunidades nos enfocamos en difundir la propuesta de la *Revista* e invitar a profesores y profesoras a participar en próximas ediciones, con el objetivo de ampliar la visión regional del derecho.

Como otros hechos a resaltar, tenemos el orgullo de anunciar que el segundo número de la *Revista Jurídica* fue admitido en la biblioteca digital de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la de la Corte Penal Internacional. Asimismo, ingresó formalmente en la Biblioteca Dr. Roberto Repetto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la Biblioteca Dr. Julio Moreno Hueyo de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y también en la del Tribunal Regional Electoral de Pará (Brasil), donde a su vez fuimos amablemente recibidos por su presidente, el Dr. Leonam Godín da Cruz, y por el juez Marcus Alan de Melo Gomes.

A su vez, a fin de garantizar el acceso igualitario a la información, se avanzó en la impresión del segundo como el tercer número de la *Revista* en braille, que se encuentran disponibles para su consulta en la Biblioteca de la Universidad.

En el ámbito de la extensión universitaria, organizamos, junto a la Secretaría de Bienestar y Gestión Universitaria a cargo del licenciado Gastón Sotelo, la jornada “Juicio por Jurados: Derecho Probatorio y Cuestiones de Género”. Este evento contó con la participación de destacados disertantes, como los profesores Peter Furst, exfiscal de Manhattan (Estados Unidos), Harry Dorfman, juez de la Corte Superior de San Francisco (Estados Unidos), Silvina Manes, Andrés Harfuch y Analía Reyes.

Asimismo, participamos de la EXPO UNO, donde se realizó un simulacro de juicio por jurados al que asistieron más de trescientas personas, organizado por el equipo de la Escuela de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, encabezado por la Dra. Carolina Pérez y los licenciados Matías Pazos, Mariel Hernández y Natalia Ferreyra. En la misma ocasión, los profesores de la Tecnicatura en Investigación Criminal Jonatan Lay, Maximiliano Gómez, Camila Vázquez, Luis Marchese, José Caraballo y Hugo Lladó, realizaron una expo-

sición sobre criminalística e investigación criminal en relación con las telecomunicaciones.

Con varios desafíos por delante, renovamos nuestro compromiso de seguir apoyando esta publicación periódica. Agradecemos especialmente a las autoridades de la Universidad, el rector Mg. Roberto Jesús Gallo y el vicerrector Dr. Gustavo Soos; a la directora del Instituto de Educación, Justicia y Trabajo, licenciada María José Barrionuevo; a docentes y no docentes, por redoblar sus esfuerzos en tiempos tan adversos y contribuir a que estos espacios institucionales de difusión sigan teniendo vigencia.

Por eso, invitamos a todas las personas interesadas en participar en el próximo número de la *Revista Jurídica* a que envíen sus contribuciones. La Universidad podrá enfrentar los desafíos y avanzar hacia el futuro con el compromiso de cada una y cada uno de nosotros. Nuestro objetivo es y será siempre generar un espacio propicio de intercambio que contribuya a nutrir a las próximas generaciones con los conocimientos necesarios para hacer una Argentina más justa e inclusiva.





## PRÓLOGO

Por Hilda Kogan<sup>1</sup>

Ministra de la Suprema Corte de Justicia  
de la provincia de Buenos Aires, Argentina



Es una gran alegría poder escribir un prólogo para la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste, universidad que crea un ámbito de excelencia para jóvenes de la región y con salidas laborales en espacios necesarios para los habitantes de nuestra provincia.

Contar con la existencia de esta publicación, especialmente en estos momentos, es absolutamente destacable desde dos puntos de vista. En primer lugar, queda plasmado –con solo echar un ojo al índice y encontrarnos con más de veinte artículos de interés histórico, actual y social vinculados con los derechos humanos y nuevos derechos– que los ejemplares de estas publicaciones trasvasan el marco de una revista, lo que permite pensar en un abordaje enciclopédico en el marco del derecho.

---

<sup>1</sup> Abogada laboralista (Universidad de Buenos Aires). Doctora (UBA). Magíster en Sociología (Universidad de Carolina del Norte, Estados Unidos). Profesora consulta (UBA). Fue directora del Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires. Presidió el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires y la Junta Electoral de la provincia de Buenos Aires. Fue jueza nacional del Trabajo y jueza federal de la Seguridad Social. Dirigió la Carrera de Sociología y el Ciclo Básico Común de la UBA. En 2018 ganó el Premio Konex de Platino como máximo exponente de la disciplina "Magistrados". En 2019 fue distinguida por la UBA por su "Excelencia Académica". En 2021 recibió el reconocimiento, por los 200 años de la Universidad de Buenos Aires, como una de las 200 personalidades de dicha universidad.

Esto tiene vinculación directa con la segunda circunstancia que quiero destacar para resaltar la trascendencia del abordaje de estas cuestiones y su publicación, aprovechando el espacio de reflexión que posibilitan los prólogos: el valor, sin cuantificación dineraria posible, del acceso a los estudios universitarios públicos y gratuitos.

En este sentido, los momentos que estamos viviendo me traen el recuerdo de cuando, después de una de las noches más negras de nuestra historia, contribuimos a crear el Ciclo Básico Común (CBC) en la Universidad de Buenos Aires. Por entonces arreciaron las críticas y las preguntas constantes y sonantes eran: ¿cómo es posible que pueda ingresar tanta gente?, ¿cómo no se tiene en cuenta que el gran porcentaje de los ingresantes abandonará después de uno o dos cuatrimestres?

El CBC fue creado pensando en una instancia de formación general para que el alumnado no tuviera que definir desde el inicio cuál iba a ser finalmente su elección profesional. Teníamos que tener en cuenta que fueron muchos años de proscripción, pero además se daba otro nuevo fenómeno, habilitado desde el reconocimiento de derechos que solo permiten las formas de gobierno democráticas, que alteraba positivamente la regularidad del ingreso: la incorporación en masa de las mujeres a las universidades.

Era una etapa nueva que se abría, pero había que mantener en los tiempos que corrían los pilares fundamentales de la esencia de la educación argentina, que siempre fue motivo de orgullo nacional. Por eso, la prioridad absoluta fue atender la gran cantidad de inscripciones y contar con la colaboración de excelentes profesores y profesionales que regresaban al país luego del período de exilio.

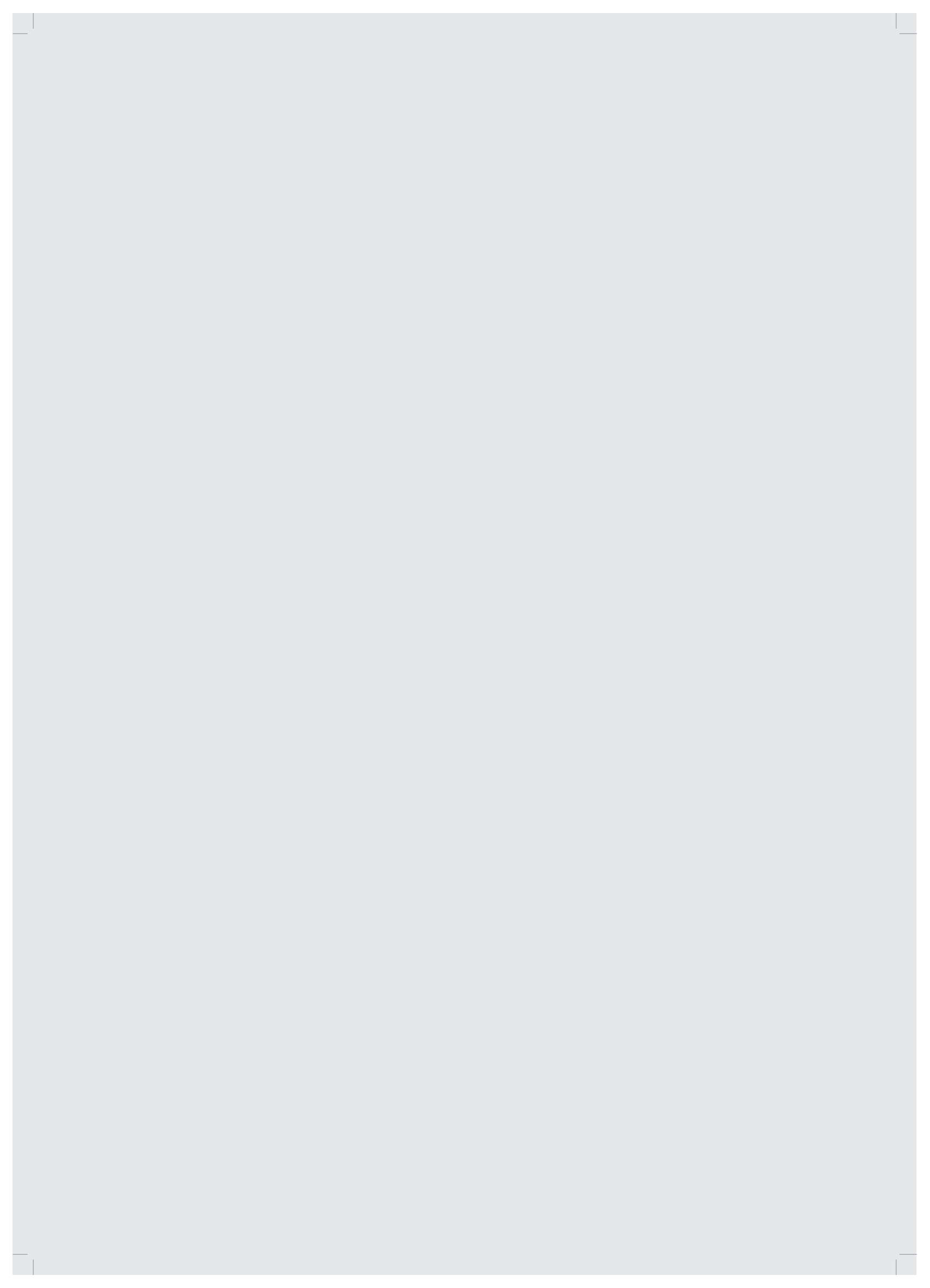
Trabajamos desinteresadamente para atender a más de 200.000 inscriptos.

La gran crítica fue la cantidad de deserciones. Es que muchos ya estaban trabajando y quisieron ver si podían recuperar algo de lo perdido. Aun así, estamos convencidos de que más importante que la deserción fue haber abierto las puertas de las aulas universitarias, aunque fuera un cuatrimestre, pues el proceso de educación es en sí mismo una instancia de formación personal que contribuye a tener una mejor sociedad.

La Universidad Nacional del Oeste está por cumplir quince años. Su revista es prueba incontrastable de pluralidad y profundidad de análisis intelectual y de la trascendencia de un acceso irrestricto a la educación. Para constatar esto no hay más que leerla.

Muchas gracias por permitirme contribuir con el prólogo de este número.

**DOCTRINA**







## **UN MANDATO CONSTITUCIONAL PENDIENTE**

*Alberto Ricardo Dalla Vía*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 05/08/2024**

**Aprobado: 06/09/2024**

## UN MANDATO CONSTITUCIONAL PENDIENTE <sup>1</sup>

### A PENDING CONSTITUTIONAL MANDATE

Por Alberto Ricardo Dalla Vía<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** En este artículo se aborda la cuestión de la subrepresentación y la sobrerrepresentación parlamentaria, que, en el sistema constitucional argentino, constituye uno de los mandatos constitucionales históricos actualmente pendientes. Se retoman aquí los interesantes debates doctrinarios, proyectos de ley presentados, así como destacados precedentes jurisprudenciales que, dado que aún hoy se toman como base los datos del censo nacional de habitantes llevado a cabo hace más de cuatro décadas, en 1980, exhortan al Congreso a resolver la representación parlamentaria según las disposiciones de nuestra Constitución nacional, de modo de fortalecer el sistema representativo, republicano y federal.

**Palabras clave:** sistema representativo, federalismo electoral, democracia, base de representación, subrepresentación y sobrerrepresentación parlamentaria

**Abstract:** This article addresses the issue of parliamentary underrepresentation and overrepresentation, which in the Argentine constitutional system constitutes one of the historical constitutional mandates that are still pending. Here, we revisit the interesting doctrinal debates, proposed bills, as well as notable jurisprudential precedents that, given that the national census data from more than four decades ago, in 1980, is still used as a basis, urge the National Congress to resolve parliamentary representation according to the provisions of our National Constitution, in order to strengthen the representative, republican, and federal system.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo es una reversión de otras obras del mismo autor tituladas "Nos, los representantes...: otro mandato constitucional pendiente" (La Ley, ISSN 0024-1636) y "Otro mandato constitucional pendiente" (*Revista Jurídica de Buenos Aires*, ISSN 0326-7431).

<sup>2</sup> Abogado. Doctor en Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires) y en Ciencia Política (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Profesor titular de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Director de la Comisión de Doctorado y de la Maestría en Magistratura (UBA). Académico de número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico de número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Juez de la Cámara Nacional Electoral. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2057-9720>. Correo electrónico: [alberto.dalla-via@pjn.gov.ar](mailto:alberto.dalla-via@pjn.gov.ar)

**Keywords:** representative system, electoral federalism, democracy, representation base, parliamentary underrepresentation and overrepresentation

## I - INTRODUCCIÓN

Si hay un hito jurídico y político en los cuarenta años desde la restauración y consolidación del orden democrático en Argentina, ese es la reforma constitucional de 1994, de la cual este año conmemoramos su trigésimo aniversario y que, en lo sustancial –como siempre señalamos–, ha sido muy rica en la incorporación de principios ideológicos al ideario originario de los constituyentes del siglo XIX.

Las incorporaciones y modificaciones introducidas en aquella oportunidad deben necesariamente ser leídas en el marco teórico dado precisamente por el espíritu de la Constitución histórica, de modo de hacer complementarios los principios allí delineados, inspirados en las *Bases de Alberdi*, y las nuevas disposiciones e instrumentos internacionales incorporados por la Convención Constituyente de fines del siglo XX.

Así, el intento reflejado en los nuevos derechos y garantías, en cuanto a profundizar los mecanismos de una democracia más participativa, no implican una negación de los principios republicanos de gobierno en la democracia representativa instituida en el texto histórico de nuestra ley fundamental, de cuya sanción en los albores de la construcción del Estado argentino hemos celebrado el pasado año su aniversario número 170.

Parece difícil encontrar entonces una mejor oportunidad para retomar aquí parte de los debates y problemas pendientes que tenemos como ciudadanía, conforme el mandato de los constituyentes originarios, así como de quienes han reformado en sucesivas oportunidades el texto de nuestra Constitución nacional.

En efecto, existen aún hoy mandatos constitucionales incumplidos desde la reforma constitucional de 1994, entre los que se destacan algunos muy importantes, como la sanción de una ley convenio de coparticipación federal de impuestos o la imperiosa necesidad de reglamentar el inciso 17 del artículo 75 sobre la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocuparon los pueblos originarios –lamentablemente no resueltas con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial–, por nombrar unos pocos. Lo mismo sucede con mandatos constitucionales pendientes de más larga data, como el caso de la reglamentación de muchos de los derechos consagrados en el artículo 14 bis por la reforma constitucional de 1957.

Ahora bien, en este texto nos referiremos a otra norma, que proviene de una reforma aún más lejana en nuestra historia constitucional, la de 1898, y que es el actual artículo 45, antiguamente el número 37 en la redacción anterior a 1994. Este precepto constitucional dispone:



La Cámara de Diputados se compondrá de representantes elegidos directamente **por el pueblo de las provincias, de la ciudad de Buenos Aires, y de la Capital en caso de traslado**, que se consideran a este fin como distritos electorales de un solo Estado y a simple pluralidad de sufragios. El número de representantes será uno por cada treinta y tres mil habitantes o fracción que no baje de dieciséis mil quinientos. **Después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación con arreglo al mismo, pudiendo aumentar pero no disminuir la base expresada para cada diputado.**<sup>3</sup>

La última reforma constitucional solo modificó la redacción para incluir a la ciudad de Buenos Aires y a la capital en caso de traslado, pero mantuvo el resto de la redacción originaria, aunque cabe aclarar que la actual base para la elección de diputados no es la de 1898 –un diputado cada 33.000 habitantes o fracción que no baje de 16.500–, sino la de un diputado por cada 161.000 habitantes o fracción superior a 80.500 establecida por la Ley 22.847<sup>4</sup> en base al censo de 1980.

Si bien el artículo 45 de la Constitución nacional ordena al Congreso fijar la representación después de cada censo y con arreglo a los resultados que arroje, la referida ley, conocida como “Ley Bignone”, no fue sancionada por el Poder Legislativo, sino que se trata de una ley de facto dictada para la convocatoria a las elecciones generales del 30 de octubre de 1983 que pasaron a la historia como los célebres comicios de la recuperación de la democracia, a partir de los cuales hemos construido cuarenta años ininterrumpidos de consolidación institucional democrática. Por aplicación, entonces, de aquella ley resultó el actual número de 257 diputados al elevar el número mínimo a 5 diputados para las provincias más chicas.

Al respecto, en el *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, de Joaquín V. González, actualizado por Humberto Quiroga Lavié, se ha dicho que “la norma establece un trato desigualitario en perjuicio del pueblo que reside en las zonas muy pobladas” (2001, p. 280).

En ese sentido, María Angélica Gelli, en su *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (2022), sostiene incluso que lo dispuesto por la Ley 22.847 resulta inconstitucional (p. 28), en atención a que

El criterio normativo distorsionó la relación entre el número de representantes y el número de habitantes por jurisdicción y, con ello, varios distritos quedaron exageradamente sobrerrepresentados. La Ley 22.847 desnaturalizó claramente el principio democrático y la garantía de la igualdad electoral en virtud del cual el voto de cada

<sup>3</sup> El resaltado es propio.

<sup>4</sup> Ley de representación de diputados nacionales, publicada en B.O. del 14 de julio de 1983.

<sup>5</sup> Ley de organización de la Justicia Nacional, sancionada el 13 de octubre de 1862 y promulgada el 16 de octubre de 1862.

elector debe tener la misma significación y valor, al momento de adjudicarse los representantes a la Cámara de Diputados. (p. 29)

Se trata de una opinión muy respetable y coincidente con la de muchos otros autores; sin embargo, la inconstitucionalidad de una ley no se declara por la doctrina, sino por una sentencia de un juez o tribunal en el marco de un caso, causa o controversia conforme lo establece el artículo 2° de la Ley 27<sup>5</sup>, cosa que no ha ocurrido hasta la fecha.

A partir del censo de 1980 se sucedieron los censos de los años 1991, 2001, 2010 y 2022 sin que se haya cumplido con el artículo 45. En relación con los datos relevados, según las publicaciones del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), señalemos que aquel censo de 1980 obtuvo como resultado una población de 27.949.480 habitantes, cifra que tomó el Decreto ley 22.847 de 1983 para fijar el mismo número de 257 diputados que subsiste en la actualidad.

Sin embargo, en los censos posteriores esa cifra se fue incrementando: en el de 1991 la población nacional fue de 32.615.528; en 2001, de 36.260.130 y en 2010, de 40.117.096. Recientemente, el 18 de mayo de 2022, tuvo lugar el 11° Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas, que había sido postergado por la pandemia de covid-19 y que arrojó una población de 46.044.703 de habitantes, según los resultados presentados por el mencionado Instituto en 2023. Llegamos así a la cifra actual de población argentina sin que el número de bancas se haya modificado.

Cabe aquí hacer un alto en nuestro razonamiento para formularnos una importante pregunta que puede modificar el curso argumentativo, en relación con si el Congreso se encuentra obligado a adecuar la representación o se trata de una facultad privativa del Parlamento resolverlo por razones de oportunidad, mérito y conveniencia.

En este punto, vale señalar que el artículo 45 parece no admitir dudas cuando dice que "después de la realización de cada censo, el Congreso fijará la representación". Siguiendo también esta misma lógica, cabe preguntarse entonces si se trata de una cuestión justiciable o si, por el contrario, integra la nómina de las llamadas "cuestiones políticas".

La redacción del artículo es de meridiana claridad y pocas dudas caben cuando se pone en juego el artículo 116 de la Constitución vigente, en cuanto dispone –en lo que aquí interesa– que "corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución". Más adelante nos referiremos a dos sentencias en que el tema fue tratado, en el año 2018 por la Cámara Nacional Electoral y en 2021 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No obstante, como habrá de notarse, el tema no ha quedado agotado ni resuelto, dado que aún no ha tenido tratamiento legislativo.

---

<sup>5</sup> Ley de Organización de la Justicia Nacional, sancionada el 13 de octubre de 1862 y promulgada el 16 de octubre de 1862.

La complejidad del asunto estriba en que incrementar el número de representantes conforme aumenta la población conduciría a un crecimiento indefinido del Congreso y, por su parte, encontrar una "fórmula" para la base poblacional puede llevar a discusiones muy encendidas y complicadas en orden al número de diputados por provincia, como ha ocurrido en varios debates de nuestra historia a los que seguidamente nos referiremos de manera sumaria.

Con razón ha señalado el académico Jorge R. Vanossi (1991), en oportunidad de presentar como diputado nacional un proyecto de resolución sobre la cuestión aquí debatida, que el mandato receptado en la última parte del artículo 37 (actualmente 45) de la Constitución nacional tiene un propósito republicano significativo: garantizar que la representatividad del pueblo no se desvirtúe, y al mismo tiempo asegurar la funcionalidad de la Cámara Baja. Esto evita que el crecimiento natural de la población se traduzca automáticamente en un aumento desmedido de representantes. Sin esta previsión razonable, la Cámara de Diputados tendría hoy cinco veces más miembros que su composición actual.

## II - BREVE HISTORIA DE LA PROPORCIONALIDAD EN LA REPRESENTACIÓN PARLAMENTARIA ARGENTINA

La Constitución histórica de 1853 fijó en el artículo 33 la relación de proporcionalidad de un diputado por cada 20.000 habitantes o fracción que no baje del número de 10.000. Luego de la reforma de 1860 el artículo pasaría a ser el número 37, estableciendo un criterio que disponía una tasa fija de representatividad, a menos que se reformara la Constitución. El número originario fue de 38 diputados.

El primer censo nacional fue en 1869 y arrojó un total de 1.877.490 millones de habitantes. El número de diputados se elevó, como consecuencia, de 50 que había en 1860 a 86 en 1872 (conforme a la Ley 260, que anticipó su necesidad; las leyes 302, 308 y 504, que lo convocaron; y las leyes 565 y 580, que aprobaron los resultados y su proyección a la Cámara de Diputados).

Es sabido que, ante los datos que arrojaban un 75 % de pobreza y analfabetismo, el entonces presidente de la nación, el gran Domingo Faustino Sarmiento, reunió a su gabinete para decirles la famosa frase que se le atribuye: "Señores, desde ahora hay una sola política: 'Educar, educar y educar'".

Mientras la representación del pueblo de las provincias del litoral escalaba en más de un 100 %, la del resto de las provincias solo creció en un 50 %, circunstancia que pudo haber influido en la demora que tomaría la realización del segundo censo nacional, casi tres décadas más tarde.

En 1878, Nicolás Avellaneda impulsó el segundo censo nacional, pero el Senado archi-

vó el proyecto de ley que, con media sanción de Diputados, ordenaba su realización. Recién en 1894, la Ley 3.073<sup>6</sup> convocaría al segundo censo realizado en 1895 y aprobado en 1897 por la Ley 3.498<sup>7</sup>.

La población se había elevado exponencialmente a la cifra de 4.044.911, impulsada por la inmigración europea que el programa constitucional, de inspiración alberdiana, consagraba en los artículos 20 y 25, así como en los párrafos del Preámbulo dirigido a "todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino".

Apenas aprobados los resultados del segundo censo nacional, los datos demográficos reflejaban una duplicación de la población nacional, proyectándose una ampliación semejante de los miembros de la Cámara de Diputados, de 86 a 193, lo cual significaba también una elevación insoportable de las erogaciones del tesoro.

Por tal motivo, el Congreso convocó a una asamblea constituyente que llevaría adelante la reforma constitucional de 1898, que también aumentaría de cinco a ocho los ministros del Poder Ejecutivo.

Según surge de los debates de dicha convención, compilados por Emilio Ravignani en *Asambleas Constituyentes argentinas* (1937), la reforma procuraba prevenir Congresos excesivamente numerosos por resultar ajenos a la "tradición hamiltoniana", planteando el convencional Ayarragaray: "¿Qué nos haríamos con semejante monstruo parlamentario?"

En palabras del convencional Carrasco:

Es sabido, en derecho administrativo que cuanto más numeroso es un cuerpo colegiado, es menor el número de personas que lo dirigen; y si se llega a cifras enormes, resulta que no son más que multitudes dirigidas por tres o cuatro cabezas. (Ravignani, 1937, p. 804)

Con esa precaución en miras, se convocó a fijar una base mínima de representación: no es posible disminuirla, pero sí aumentarla después de practicado cada censo.

Tanto en la ley del censo de 1895 como en la Convención Constituyente de 1898, se puso el foco en determinar si los extranjeros tenían los mismos derechos políticos que los ciudadanos –como ocurría en los Estados Unidos–, incorporándolos al cuerpo electoral, o si solamente se los consideraba habitantes sin titularidad ni ejercicio de los derechos políticos, excepto si adquirían la ciudadanía.

De ese modo, en el debate se mezclaron distintas consideraciones, como la existencia de esclavos que no votaban en Norteamérica o de las mujeres que eran ciudadanas al alcanzar la edad correspondiente pero que no podían votar.

---

<sup>6</sup> Ley ordenando la formación del censo general de la República, del 22 de julio de 1894.

<sup>7</sup> Ley aprobando el censo de la República efectuado el 10 de mayo de 1895, del 10 de septiembre de 1897, publicada en B.O. el 18 de septiembre de 1897, Nro. 1235.

Si bien se invocó a Alberdi para recordar que la Cámara de Diputados representa al pueblo "sin consideración de la localidad", el debate sobre el preciso tamaño que debía tener la Cámara se vio prontamente teñido por la preocupación de las provincias más deshabitadas de asegurarse alguna participación para contrarrestar la influencia de otras más populosas.

No obstante, los defensores de estas provincias no lograron convencer a la asamblea constituyente de 1898 para introducir un umbral mínimo de representación en la Cámara de Diputados. Corrieron la misma suerte en las discusiones legislativas vinculadas con el tercer censo nacional convocado por la Ley 9.108<sup>8</sup> y que volvería prácticamente a duplicar la población –de 4.044.911 en 1895 a 7.903.662 en 1914–.

Durante los debates, el senador nacional por La Rioja, Joaquín V. González, sostendría que "no habría de llegar a un extremo tal de privar a una provincia del mínimo de representación que actualmente ejerce" (1931, p. 48), agregando que "las provincias argentinas que han constituido la unión nacional, no son simples creaciones de la Constitución ni de la ley, sino entidades preexistentes que han tenido una personalidad política y social muy anteriores al hecho de la Constitución" (p. 46).

La propuesta de fijar un piso mínimo para las provincias más chicas fue tachada de inconstitucional por el senador Melo por oponerse a la reforma constitucional de 1898, en línea similar a lo sostenido por los senadores Roca y Del Valle Iberlucea. En la otra Cámara, el diputado Vergara afirmaría su rechazo al sostener que la Cámara de Diputados no representa a las provincias como entidades políticas, sino que es el mapa político en conjunto de toda la república, pues representa al pueblo de la nación, y en este caso las provincias son simples distritos electorales.

Catamarca y Salta perdieron bancas, pero la Ley 10.834<sup>9</sup> que aprobó el tercer censo nacional fijó una nueva base de representación que, conforme a los datos demográficos de esa época, resultó, en la práctica, en que ninguna provincia tuviera menos de dos escaños. De manera que el umbral de dos diputados para cada distrito surgía de la práctica constitucional.

En efecto, ya la Ley 2.089 de cesión de los territorios provinciales de Belgrano y Flores a la capital federal estableció que ello no alteraría la representación de la provincia en la composición del Congreso. Por otra parte, permitir que la representación de una provincia quedara reducida a un escaño generaría problemas cuando el único diputado debiera ausentarse por licencias o desplazamientos dentro del territorio.

Pero el argumento de mayor fuerza parte del propio texto de la Constitución, cuando dice que la Cámara de Diputados representa al "pueblo de las provincias", aun cuando la

---

<sup>8</sup> Sancionada el 23 de agosto de 1913 y publicada en B.O. el 3 de septiembre de 1913.

lógica estricta de la teoría constitucional es que la organización de la Cámara Baja debe hacerse de acuerdo con la base de la población.

El umbral de dos diputados por distrito, surgido de la práctica constitucional, se performó temporariamente con el Decreto ley 15.100 del 20 de noviembre de 1957, que estableció la base de la representación en 85.000 habitantes, convocando a elecciones para un único diputado en varias provincias, tanto fundadoras como recientemente creadas.

Pero reinstalada la democracia, en 1959, el Congreso de la Nación sancionó la Ley 15.264<sup>10</sup> que impuso el mínimo de dos bancas por distrito, volviendo la práctica constitucional. La provincia de La Rioja había visto reducida su participación de dos diputados a uno, argumentándose que ello violentaba la constitución histórica.

El número de bancas garantizadas a cada distrito subió de dos a tres en 1972 con la sanción del Decreto ley 19.862, al convocar a elecciones después de una década, tomando la representación proporcional según el censo de 1970, con la excepción del Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, que mantenía un mínimo de dos escaños. Aclaremos que dicho censo había mostrado una población total de 23.880.564 habitantes, fijándose una base de un diputado por cada 135.000 habitantes, lo que daba un total de 243 diputados.

Como hemos señalado, el Decreto ley "Bignone" aumentó la representación de las provincias a cinco diputados y estableció la base de un diputado por cada 161.000 habitantes, conforme al censo nacional de 1980, que registró 27.949.480 habitantes, mientras que el último censo mantiene los mismos registros de participación con una población total de 46.044.703 habitantes.

### III - PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Llegados a este punto, debemos decir que el incumplimiento de la Constitución por parte del Congreso resulta evidente. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Bazán"<sup>11</sup>, ya advirtió "sobre los graves desajustes institucionales que emergen de la demora excesiva e injustificada por parte de los poderes constituidos federales o provinciales en cumplir con mandatos de hacer establecidos en la Constitución Nacional", criterio reiterado en "Intendente Municipal s/amparo"<sup>12</sup> y en "Municipalidad de la Ciudad de La Banda"<sup>13</sup>.

En el caso "Encuentro Vecinal Córdoba c/Cámara de Diputados y otros s/ amparo", in-

---

<sup>9</sup> Sancionada el 19 de mayo de 1919 y publicada en B.O. el 22 de octubre de 1919.

<sup>10</sup> Sancionada el 28 de diciembre de 1959 y publicada en B.O. el 9 de enero de 1960.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 342:509, del 4 de abril de 2019.

<sup>12</sup> CSJN, fallos 337:1263, del 11 de abril de 2014.

<sup>13</sup> CSJN, fallos 341:939, del 23 de agosto de 2018.

terpuesto por Álvaro Zamora y Aurelio Francisco García Elorrio ante la Cámara Nacional Electoral y resuelto el 5 de julio de 2018, el tribunal resolvió poner en conocimiento de la sentencia recaída en esas actuaciones “al Congreso de la Nación, a fin de que, en ejercicio de sus atribuciones, extirpe los recaudos para ejecutar el mandato que establece el artículo 45 de la Constitución Nacional”.

Con carácter previo fue revocada la sentencia de primera instancia que rechazaba la legitimación activa de los accionantes y consideraba que la materia era privativa del Congreso. La Cámara Nacional Electoral fundamentó la obligatoriedad de cumplir con el mandato imperativo constitucional, teniendo en consideración que la norma, al utilizar el término “fijará”, está indicando una concreta obligación de actuar del Congreso nacional.

Esta posición es, por otra parte, la que sostiene la doctrina mayoritaria, entre quienes cabe destacar a Joaquín V. González (1931, 2001), Segundo V. Linares Quintana (1987), Germán J. Bidart Campos (1967, 2013) y Juan A. González Calderón (1930), entre muchos otros. A su vez, la sentencia recoge un trabajo titulado *El censo y los diputados* (1992), del actual diputado nacional Pablo G. Tonelli, en el que afirma que la Constitución utilizó el modo imperativo, por lo que entiende que no es posible soslayar tal obligación, pues, de hacerlo, ello implicaría violar los deberes que los legisladores han asumido (consid. 13).<sup>14</sup>

Seguidamente se señaló que

la base poblacional que determina el modo de integración de la Cámara de Diputados –según el censo de 1980– desconoce las variaciones demográficas acaecidas en el país durante casi 40 años, que resultan verificables objetivamente a través de los tres censos nacionales [actualmente cuatro] de población realizados con posterioridad ... En tales condiciones, la circunstancia de que la base de representación por la cual se rige la actual composición de la Cámara de Diputados de la Nación continúe siendo aquella ... resulta claramente anacrónica. (consid. 14)

Finalmente se destacó que, en caso de actualizarse la base de la representación, conforme a los argumentos del fallo, el número de integrantes de la Cámara de Diputados no necesariamente habría de variar en mucho. También el tribunal dejó en claro que no es ajeno a las dificultades económicas que circundan la realidad de nuestro país, remarcando que, aun cuando el fallo se sustenta en el acatamiento de una manda constitucional, su observancia no debería redundar en una mayor erogación para el Estado nacional.

Y aquí debemos detenernos en un punto que dificulta este debate, relativo al costo de

---

<sup>14</sup> Disponible en: <https://es.slideshare.net/slideshow/fallo-cne-sobre-composicin-de-la-cmara-de-diputados-050718/104395697#24>



la política desde un punto de vista ortodoxo de la economía; como asimismo la repercusión que este tipo de medidas tienen en la opinión pública, siendo muchas veces también incentivadas desde ideologías interesadas que incluyen a los populismos de izquierda y de derecha.

En lo personal, soy de la opinión de que el gasto desmesurado del Congreso de la Nación no se encuentra tanto en las dietas de los legisladores como en la gran cantidad de empleados y asesores que se registran por cada diputado y senador, que en el caso de estos últimos suman un promedio de treinta colaboradores, o la cantidad de empleados supernumerarios que existen en algunas dependencias, como, por ejemplo, la Biblioteca del Congreso.

Uno de los ejemplos más claros de lo que ocurre con esa deformación de miras es el Congreso del Perú, que la última reforma constitucional, de 1993, tornó en unicameral, lo que no disminuyó su presupuesto, sino que lo aumentó con respecto a cuando había dos Cámaras, con la desventaja de haber perdido el sistema de revisión de las leyes por ambas.

Estas cuestiones deben despejarse adecuadamente para no mezclar los temas de fondo con los de coyuntura. Después de la sentencia de la Cámara Electoral en 2018, las autoridades de la Cámara de Diputados comenzaron a analizar el acatamiento del fallo, hasta que un aumento de dietas generó tal rechazo en la opinión pública que la cuestión volvió nuevamente a silencio.

En lo que respecta a la Corte Suprema, ha tenido la oportunidad de pronunciarse en otra causa en donde se planteaba la misma cuestión, aunque por vías procesales diferentes. Se trata del caso "Sisti, Pedro Luis y otro c/ Estado Nacional y otros s/ amparo", resuelto el 15 de abril de 2021. El proceso tramitó por la Secretaría de asuntos originarios de la Corte, después de que la subprocuradora Laura Monti dictaminase en tal sentido.

Sintéticamente, el peticionante por derecho propio y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC) promovieron acción de amparo (art. 43 de la Constitución nacional y Ley 16.986) contra el Estado nacional a fin de que se declarase la inconstitucionalidad de los artículos 3° y 4° de la "Ley Bignone" y que se ordenase al Congreso nacional que, para las siguientes elecciones de diputados nacionales, actualizase la representación al último censo poblacional realizado por el país.

Solicitaron también la citación como terceros al pleito a las veintitrés provincias argentinas y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que –en su opinión– sus intereses se verían directamente afectados al discutirse en la causa la modificación de la atribución de bancas que a cada una le corresponde en la Cámara de Diputados, y requirieron también la intervención del defensor del pueblo de la nación y de los defensores del pueblo provinciales, con fundamento en el artículo 86 de la Constitución nacional.



La mayoría se integró con el voto de los jueces Elena Highton, Ricardo Lorenzetti y Horacio Rosatti, este último por su propio voto, coincidiendo en la parte dispositiva de la decisión, aunque desarrolló argumentos diferenciados. El juez Juan Carlos Maqueda, por su parte, redactó un extenso y detallado voto en disidencia.

La mayoría recordó que

el Tribunal ha reconocido la posibilidad de que la acción amparo, de manera general, tramite en esta instancia, siempre que se verifiquen las hipótesis que surtan la competencia originaria prevista en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional (reglamentados por el art. 24, inciso 11, del decreto-ley 1.285/58) porque, de otro modo, en tales controversias, quedarían sin protección los derechos de las partes en los supuestos contemplados por el art. 43 de la Constitución Nacional y por la ley 16.986.<sup>15</sup>

...

Para que proceda la referida competencia, es necesario que una provincia revista el carácter de parte en el pleito, no solo en sentido nominal –ya sea como actora, demandada o tercero– sino también sustancialmente, esto es, que tenga en litigio un interés directo de tal manera que la sentencia que se dicte resulte obligatoria. (consid. 2º)

El alcance de la pretensión, dijo la Corte en su considerando cuarto, no permite atribuirles a las provincias argentinas –ni a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires– el carácter de partes sustanciales, pues el objeto del litigio demuestra que es el Estado nacional, a través del Poder Legislativo, el único que resultaría obligado y con posibilidades de cumplir con el mandato restitutorio de los derechos que se denuncian como violados, en el supuesto de admitirse la demanda, máxime cuando los integrantes de la Cámara de Diputados, cuya composición actual se cuestiona, no representan a las provincias o distritos electorales por los que son elegidos, sino al pueblo que los elige directamente (art. 45 de la Constitución nacional).

Concluye señalando que no es posible mediante el instituto procesal de la intervención de terceros, transformar al tribunal en un nuevo foro en el que se debatan cuestiones que deben ser tratadas en otros cauces deliberativos, distintos a esta jurisdicción restrictiva y excepcional, declarando que la causa es ajena a la competencia originaria.

La disidencia del ministro Maqueda hace pie en que los diputados representan "al pueblo de las provincias" y que la llamada "Ley Bignone", al provenir de un gobierno de facto, agravia las bases democráticas de la representación política. Como ya destacamos, desarrolló un largo y muy sustantivo voto en disidencia con sólidos argumentos históricos y jurídicos sobre el tema que abordan muchas de las cuestiones señaladas en este artículo, y concluyó que corresponde admitir la competencia originaria de la Corte, dando in-

---

<sup>15</sup> Aprobada el 20 de octubre de 1966.

tervención al procurador del tesoro, y correr traslado a las veintitrés provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

#### **IV - PROYECTOS DE LEY PRESENTADOS EN EL PARLAMENTO**

El voto del Dr. Maqueda en la sentencia referida es coherente con el proyecto de ley que presentó siendo legislador para adecuar la representación conforme al censo de 2001, proponiendo determinar la base de la población en un diputado cada 210.000 habitantes o fracción no menor de 105.000, volviendo a su vez al mínimo de dos diputados por cada distrito electoral.

Según este proyecto, la Cámara de Diputados quedaría reducida a un total de 177 diputados, distribuidos en 66 para Buenos Aires, 15 para Córdoba, 14 para Santa Fe, 13 para CABA, 8 para Mendoza, 6 para Tucumán, 5 para Chaco, Entre Ríos, Salta y Misiones, 4 para Corrientes y Santiago del Estero, 3 para Jujuy, Río Negro y San Juan y 2 para Catamarca, Chubut, Formosa, La Pampa, La Rioja, Neuquén, San Luis, Santa Cruz y Tierra del Fuego.

Entre los fundamentos se sostiene que los diputados nacionales son representantes del pueblo de cada provincia, pero como parte integrante del cuerpo total de la nación; los Estados provinciales como tales tienen su representación igualitaria en el Senado de la Nación. Por ello, en el sistema de nuestra Constitución, el número de integrantes de la Cámara de Diputados en representación del pueblo de las provincias debe ser directamente proporcional a la cantidad de habitantes de cada distrito.

Distintos proyectos han sido presentados con diferentes fórmulas o criterios. El proyecto del diputado Nicolás Del Caño tomó el censo de 2010 manteniendo la base de un diputado por cada 161.000 habitantes, elevándose la representación de los distritos grandes por el crecimiento poblacional: Buenos Aires, 100; CABA, 25; Córdoba, 24; Santa Fe, 23; Mendoza, 14; Tucumán, 12; Salta y Entre Ríos, 11; Misiones y Chaco, 10; Corrientes y Santiago del Estero, 9; San Juan, Jujuy y Río Negro, 7; Neuquén, Formosa, Chubut y San Luis, 6; y manteniendo el mínimo de 5 para Catamarca, La Rioja, San Luis y Tierra del Fuego; pasando la Cámara a tener 328 diputados.

En cambio, el proyecto de ley de la diputada Margarita Stolbizer de 2016 reduce el mínimo de las provincias chicas a cuatro diputados, pero, al tomar la base poblacional de un diputado por cada 140.000 o fracción que no baje de 70.000, lleva a la Cámara a un total de 297 diputados, ya que Buenos Aires crece a 112, CABA a 20, Córdoba a 24 y Mendoza a 13.

La misma base de un diputado por cada 160.000 habitantes o fracción no inferior a 80.500 es la que mantiene el proyecto de la diputada Ana Carla Carrizo, pero, al elevar el mínimo de las provincias chicas a seis diputados, eleva el número de la Cámara a 290 diputados.

Otro proyecto del año 2007 propuso fijar la base en un diputado cada 135.000 habitantes o fracción no inferior de 67.500, arrojando un total de 267 diputados nacionales, 102 por Buenos Aires, 20 por la CABA, 23 por Córdoba, respetando estrictamente la base proporcional, de manera que Santa Cruz y Tierra del Fuego tendrían solamente uno cada una.

Resulta también interesante destacar el proyecto de la senadora Cristina Fernández de Kirchner del año 2001, toda vez que, si se tomaban los resultados del censo del mismo año que, aplicados de manera proporcional, llevaban a elevar la Cámara a 294 miembros, introdujo un concepto de unidades políticas territoriales que disminuía el número total de la Cámara Baja a 156 diputados potenciando la representación de las provincias patagónicas, que en ningún caso tendrían menos de tres representantes, mientras que Buenos Aires bajaba a 47, Córdoba y Santa Fe a 11 y la Capital Federal a 10.

Finalmente, en esta rápida revisión, y aunque ya lo hemos referido, cabe recordar el proyecto de resolución del diputado Jorge Reinaldo Vanossi (1991), quien propuso el siguiente texto:

La Cámara de Diputados de la Nación RESUELVE: Que el Poder Ejecutivo nacional, a través de los organismos que corresponda, disponga la remisión de toda la información existente como consecuencia de la realización del Censo Nacional de Población de 1991, debidamente tabulada, con especial referencia al incremento de la población producido en todo el país y en cada uno de los distritos electorales, durante los últimos diez años, a los efectos de dar cumplimiento a la última parte del artículo 37 [hoy 45] de la [CN]; y con el objeto de: a) Fijar la representación del pueblo en la Cámara de Diputados de la Nación; y b) Disponer la redistribución de dicha representación a fin de evitar que existan distritos electorales sobredimensionados, para volver así al régimen previsto en la Constitución Nacional.

Los proyectos mencionados no solamente buscaron cumplir el mandato de los artículos 45 y 47 de la Constitución, actualizando la representación conforme al censo, sino también resolver el problema de subrepresentación y de sobrerrepresentación de muchas provincias, resultante de los cambios demográficos y de las migraciones internas intercensales.

## **V - PALABRAS FINALES**

Como señala Carlos Gervasoni (2011), las provincias demográficamente pequeñas están fuertemente sobrerrepresentadas en el Senado y también en la Cámara de Diputados. La unidad nacional de países como Argentina o Estados Unidos fue posible gracias al diseño de un Poder Legislativo con una Cámara Baja proporcional y una Cámara Alta con igual cantidad de representantes de cada provincia.

Hay un contrapunto entre los principios del federalismo y la democracia. Nuestro país

ya tiene el Senado más desproporcionado del mundo (Samuels y Snyder, 2001, p. 662). Según el censo de 2010, la provincia más poblada del país (Buenos Aires) tenía 123 veces más habitantes que la más pequeña (Tierra del Fuego), situación que continúa según los datos del censo de 2022, pues mientras la primera tiene 17.523.996 habitantes, la provincia más austral cuenta con 185.732 (INDEC, 2023). Aun así, ambas están representadas por tres senadores. Mientras que en Canadá y Brasil esa relación es de 92 a 1, en Estados Unidos de 66 a 1 y en México de 24 a 1. Esta enorme distorsión, sin embargo, tiene origen constitucional.

Mucho menos excusable es la desproporcionalidad de la Cámara de Diputados, que también favorece a las provincias pequeñas y rige en Argentina, como dijimos, desde hace más de cuatro décadas. Un ejemplo de la distorsión resultante es que un 18 % de la población total, la que reside en las catorce provincias más pequeñas, elige 77 diputados, mientras que un 39 % de los argentinos, los que votan en la provincia de Buenos Aires, elige solo 70.

Aparece así lo que Gibson y Calvo (2007) han denominado como el síndrome de los distritos de "bajo mantenimiento", consistente en que la combinación de provincias demográficamente pequeñas pero legislativamente sobrerrepresentadas genera fuertes incentivos para que los recursos fiscales federales sean orientados hacia las provincias políticamente "baratas". El apoyo de sus proporcionalmente muchos gobernadores y legisladores puede ser obtenido a cambio de modestos recursos fiscales nacionales a través de transferencias.

En tiempos en que los debates en la ciencia política se empeñan en criticar la "democracia representativa" por las insatisfacciones que genera la llamada "pérdida de la calidad de la democracia", incentivando en la discusión la llamada "democracia radical", con sus improbables pretensiones de democracia directa y reivindicación de un demos más activo que se expresa en fórmulas de inaplicable concreción, como la democracia participativa, la *e-democracy*, la democracia deliberativa, la democracia inclusiva, cobra aún más fuerza la advertencia del recordado politólogo Giovanni Sartori (1994):

El resultado neto del "simplismo" –la combinación de la democracia infantil y el negativismo simplista– es que la vieja maquinaria de la política recibe muchos garrotazos, sin que nada se diga de la forma en que se la puede componer o mejorar. De hecho, cuanto más la atacamos, menos seremos capaces de repararla. Por esa misma razón, hemos dedicado todo nuestro ingenio a la ampliación de la "democracia horizontal" y en el proceso no sólo hemos descuidado, sino asimismo ridiculizado a la "democracia vertical", lo que equivale a decir que durante varias décadas aparentemente hemos olvidado, y ciertamente ignorado, que al final de cuentas la democracia es, y no puede evitar ser, un sistema de gobierno. Y cuando se descuida la función de gobierno, lo empeoramos e incluso ponemos en peligro su funcionamiento. (p. 160)

Mientras se discuten formas sofisticadas, es menester asegurar y cumplir primero con la forma de gobierno representativa, republicana y federal que marca el primer artículo de nuestra Constitución nacional, teniendo también presente la advertencia de Berlia (de Vega, 2002, p. 13) en cuanto a que los representantes del pueblo soberano no se conviertan en los soberanos representantes del pueblo.

## REFERENCIAS

- BIDART CAMPOS, G. J. (1967). *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*. Ediar.
- BIDART CAMPOS, G. J. (2013). *Manual de la Constitución reformada*. Ediar.
- GERVASONI, C. (2011). Una teoría rentística de los regímenes subnacionales: federalismo fiscal, democracia y autoritarismo en las provincias argentinas. *Desarrollo Económico*, 50 (200).
- GELLI, M. A. (2022). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada* (6ª ed. ampliada y actualizada, Tomo II). La Ley.
- GIBSON, E. y Calvo, E. (2007). Federalismo y sobrerrepresentación: La dimensión territorial de la reforma económica en la Argentina. En E. Calvo y J. M. Abal Medina (h) (Eds.), *El federalismo electoral argentino: sobrerrepresentación, reforma política y gobierno dividido en la Argentina*. EUDEBA.
- GONZÁLEZ, J. V. (1931). *El censo nacional y la Constitución*. Instituto cultural Joaquín V. González.
- GONZÁLEZ, J. V. (2001). *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)* (actualizado por Humberto Quiroga Lavié con referencia a la Constitución de 1994). La Ley.
- GONZÁLEZ CALDERÓN, J. A. (1930). *Derecho Constitucional Argentino. Historia, teoría y jurisprudencia de la Constitución* (Tomo II). Lajouane.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, REPÚBLICA ARGENTINA (2023). *Resultados definitivos del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022*. [https://censo.gob.ar/index.php/datos\\_definitivos/](https://censo.gob.ar/index.php/datos_definitivos/) consultado el 5/8/2024.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y CENSOS, REPÚBLICA ARGENTINA (2023). *Censos*. <https://www.indec.gob.ar/indec/web/Nivel3-Tema-2-41>.
- LINARES QUINTANA, S. V. (1987). *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional* (2ª ed.). Plus Ultra.
- RAVIGNANI, E. (coord.) (1937). *Asambleas Constituyentes Argentinas: seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*. Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad de Buenos Aires.
- SARTORI, G. (1994). *Ingeniería constitucional comparada. Una investigación de estruc-*

- turas, incentivos y resultados*. Fondo de Cultura Económica.
- TONELLI, P. G. (1992). El censo y los diputados. *La Ley*, 1992C.
- VANOSSI, J. R. (1976). *Teoría constitucional*. Depalma.
- VANOSSI, J. R. (1991). *Proyecto de Resolución*. Expte. Nro. 2655-D-91, Honorable Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires, Argentina.
- VEGA, P. de (2002). El poder moderador. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 116. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Gobierno de España.





**LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1994  
Y EL JUICIO POR JURADOS**

*Andrés Harfuch*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 01/08/2024**

**Aprobado: 12/09/2024**



## LA CONVENCIÓN CONSTITUYENTE DE 1994 Y EL JUICIO POR JURADOS<sup>1</sup>

### THE CONSTITUTIONAL CONVENTION OF 1994 AND THE TRIAL BY JURY

Por Andrés Harfuch<sup>2</sup>

Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** La reforma de 1994 reafirmó la necesidad de implementar la figura del juicio por jurados. En este artículo exploraremos la evolución del jurado popular en Argentina, desde sus orígenes hasta la actualidad, analizando los hitos más significativos y las implicancias de su implementación en el contexto jurídico y social del país.

**Palabras clave:** jurado popular, artículos 24 y 118 de la Constitución nacional, participación ciudadana, cláusulas pétreas, interpretación histórica, sistema judicial argentino

**Abstract:** The 1994 reform reaffirmed the need to implement the figure of the jury trial. In this article, we will explore the evolution of the jury trial in Argentina, from its origins to the present, analyzing the most significant milestones and the implications of its implementation in the country's legal and social context.

**Keywords:** popular jury, article 24 and 118 of the National Constitution, citizen participation, entrenched clauses, historical interpretation, Argentine judicial system

---

<sup>1</sup> Quisiera expresar mi sincero agradecimiento a la profesora Florencia Castro, por la valiosa revisión de este texto.

<sup>2</sup> Abogado. Doctor en Derecho con mención *summa cum laude* (Universidad de Buenos Aires). Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal (Facultad de Derecho, UBA). Miembro de la Junta Directiva Nacional del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Exvicepresidente de la Asociación Argentina de Juicio por Jurados. Autor de siete libros y numerosos artículos de derecho penal, procesal penal y ejecución penal publicados en Argentina y el extranjero. Consultor experto en varios procesos de reforma de los sistemas de justicia en América Latina, el Caribe y Argentina. Actualmente se desempeña como defensor general del Departamento Judicial de San Martín. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7517-6382>. Correo electrónico: [sanmartindefensa@mpba.gov.ar](mailto:sanmartindefensa@mpba.gov.ar)

## I - INTRODUCCIÓN

Los convencionales constituyentes de 1994 honraron la memoria de sus pares del período 1853-1860 y mantuvieron celosamente la protección constitucional fuerte del juicio por jurados que estos últimos imaginaron para nuestro país. Gracias a ello, hoy Argentina asiste a una explosión juradista que está cambiando por completo la cara de nuestra justicia en pocos años.

## II - EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL PROGRAMA CONSTITUCIONAL: ANTECEDENTES, CONSTITUCIÓN DE 1853 Y POSTERIORES CONVALIDACIONES

El juicio por jurados en Argentina tiene su génesis en el programa constitucional histórico de 1853-1860 que, de la mano de Juan Bautista Alberdi, receptó el modelo del *common law* y la Constitución de Filadelfia de 1787. Figuras tan disímiles en lo ideológico como Domingo Faustino Sarmiento y Manuel Dorrego –ambos exiliados en los Estados Unidos– quedaron embelesados con el funcionamiento del federalismo norteamericano, su Constitución y el juicio por jurados (Harfuch, 2019). De allí su triple mención en nuestra carta magna, que sufrió modificaciones con el paso de los años –la última, en 1994–, pero ninguna modificó el núcleo duro de garantías, entre las que se encuentra incluido el jurado popular.

Este fue el acierto fundamental de la Convención Constituyente de 1994, si no el más importante de todos, habida cuenta de lo que iría a suceder veinte años después. Como eje central de las célebres coincidencias básicas, se decidió no modificar en absoluto la parte dogmática de la Constitución nacional. O sea, los artículos 1 a 33. Si bien se ampliaron algunos derechos y garantías de las personas –por ejemplo, la incorporación de nuevos derechos de tercera y cuarta generación–, este núcleo duro se mantuvo inmutable.

Esto se vuelve especialmente relevante cuando reparamos en que el artículo 24 expresamente prevé: "El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados". Según esta formulación, el Congreso nacional tenía la tarea de reformar toda la legislación local, de manera tal que se adecuara al sistema de juicio por jurados en lo que respecta a todas las ramas del derecho –incluido, por ejemplo, el derecho civil–.

Los constituyentes de 1994 decidieron así respetar la voluntad de los constituyentes de 1853-1860, para quienes el juicio por jurados era tan trascendental que lo incluyeron en el texto constitucional en no menos de tres oportunidades (arts. 24, 75 inc. 12 y 118). No fue casualidad que se incluyera al jurado en la parte orgánica y en la dogmática de la Constitución. Esto implica que se lo concibió tanto como una garantía para el acusado

como un derecho de la ciudadanía –que desarrollaremos *in extenso* aquí–, pero también como parte inescindible de la organización del gobierno del Poder Judicial.

Este “tercer” aspecto del jurado, muchas veces relegado a un segundo plano, es en realidad de vital importancia para comprender su valor dentro de la administración del sistema judicial: el jurado, lejos de ser un mero participante, integra la estructura misma del Poder Judicial. Si bien los miembros del jurado a nivel individual se consideran jueces “accidentales”, el jurado como institución es tanto parte del Poder Judicial como lo son los propios jueces profesionales. Esto, en los términos del artículo 24 de la Constitución, es así en todos los fueros de la administración de justicia y no solo en el penal, como se suele creer. Desde 1853 en adelante, esta cláusula constitucional jamás se ha modificado en ninguna de las reformas constitucionales, incluida la de 1994.

Si se pretende hacer una genuina interpretación histórica de nuestra Constitución nacional, no podemos circunscribirnos exclusivamente a la de 1853 como única fuente original. En verdad, existen antecedentes incluso más antiguos que dan cuenta de que el jurado formó parte de un verdadero programa de justicia que implicó años de evolución.

Como antecedentes directos de la Constitución de 1853 podemos encontrar, por ejemplo, el llamado Estatuto Provisional de 1811, que en su artículo 5° preveía que en materia recursiva –los antiguamente llamados “asuntos de segunda suplicación”– debían intervenir, junto con los jueces técnicos, dos ciudadanos legos.

En paralelo, el Estatuto de Imprenta de 1811 contenía una disposición muy similar:

Para evitar los efectos de la arbitrariedad en la calificación, graduación de estos delitos se creará una junta de nueve individuos con el título de Protectora de la libertad de la Imprenta. Para su formación presentará el Exmo. Cabildo una lista de cincuenta ciudadanos honrados, que no estén empleados en la administración del gobierno; se hará de ellos la elección a pluralidad de votos. (art. 3°)

Si bien estos instrumentos no hacen expresa mención del jurado popular, ni del juicio por jurados de manera explícita, sí demuestran una tendencia constante a incluir la participación ciudadana en la administración de justicia.

Un nuevo avance se consolida con las constituciones que precedieron a la de 1853. Por ejemplo, la Constitución unitaria de 1819 ya incorporaba expresamente el sistema de jurados:

Es del interés y del derecho de todos los miembros del Estado, el ser juzgado por jueces los más libres, independientes é imparciales que sea dado á la condición de las cosas humanas. El Cuerpo Legislativo cuidará, de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados, en cuanto lo permitan las circunstancias. (art. 114)

En igual sentido se expresó la Constitución de 1826 –también conocida como “Constitución de Rivadavia”–, que no solo establecía el enjuiciamiento por jurados, sino que reconocía su estrecha vinculación con la garantía de imparcialidad:

Es de interés y del derecho de todos los miembros del Estado el ser juzgados por Jueces los más independientes e imparciales que sea dado a la condición de las cosas humanas. El Cuerpo legislativo cuidará de preparar y poner en planta el establecimiento del juicio por jurados en cuanto lo permitan las circunstancias. (art. 164)

Estas dos constituciones, si bien acabaron siendo rechazadas, fueron el antecedente directo de nuestra Constitución de 1853. A punto tal que muchos de los conceptos plasmados en ellas se mantuvieron indemnes. En verdad, la Constitución de 1853 no se trató de un acto legislativo aislado provocado por los calores de la época o una revelación epifánica de los constituyentes. El juicio por jurados no surgió en los planes del constituyente de la noche a la mañana, ni “apareció” en la Constitución de 1853 por arte de una magia desconocida o porque al convencional santiagueño José Benjamín Gorostiaga se le ocurrió de golpe.

En verdad, todos los antecedentes históricos de la época demuestran que se trataba de una genuina acción política y de un programa muy claro para el sistema judicial que estaba en pleno desarrollo. No solo en nuestro país, sino en toda América Latina, básicamente por el enorme influjo que provocó la Revolución Francesa de 1789. Dicha gesta incorporó en Europa el juicio por jurados que veían con admiración que se desarrollaba cruzando el canal de la Mancha, en Inglaterra.

Había un programa latinoamericano concreto en derredor del jurado que comenzó a gestarse mucho antes de 1853. Estaba orientado a construir un sistema judicial basado en las premisas del juicio vigente en el *common law*. Es decir, con predominio de la oralidad y la publicidad, el sistema acusatorio de partes y, naturalmente, con juicio por jurados. Todos estos antecedentes echan por tierra los epítetos antijuradistas que se enarbolaron en nuestro país acerca de que *el jurado era ajeno a nuestra tradición*. En verdad, el programa constitucional de Argentina y de toda América Latina era acusatorio, oral y con jurados.

No es casualidad que esto haya sido respetado por la Convención Constituyente de 1994. Indiscutidamente, uno de sus principales aciertos fue la determinación de no modificar las disposiciones relativas al juicio por jurados previstas en los artículos 24, 75 inciso 12 y 118.

El proceso juradista en nuestro país, sin embargo, fue un poco más profundo que en el resto de Latinoamérica. Países como Chile o Perú –que lo adoptaron bajo el fuerte influjo de José de San Martín y Bernardo de Monteagudo– simplemente mencionaron al jurado

en un solo artículo. Nunca lo aplicaron. Uruguay hizo algo parecido y lo extendió también al proceso civil de manera explícita, pero su debilidad intrínseca hizo que la experiencia juradista fuera fugaz, se redujera a un escabinado y culminara de manera definitiva en 1938.

Argentina no estuvo ajena a esos avatares, y nunca pudo implementar el jurado sino hasta el año 2005. Pero nuestra Constitución dio un paso más allá, superando a las demás constituciones latinoamericanas del siglo XIX.

La Constitución argentina estableció sus propios reaseguros para que el juicio por jurados, una vez implementado, no pudiera ya dar marcha atrás. Su base de inspiración fue la Constitución de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, a su vez una réplica casi exacta de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. Solo que ella incorporó tres enmiendas clave: la 5ª, 6ª y 7ª, que establecieron el juicio por jurados penal, el jurado civil e incluso el gran jurado de acusación como garantías constitucionales expresas oponibles a todos los estados locales. En este sentido, si bien nuestro país no alcanzó tal grado de robustez en la protección constitucional del jurado, podemos decir que se le acercó bastante, en contrapartida con las demás constituciones del continente.

Con este norte, la Constitución argentina de 1853 –y, por decantación, todas sus posteriores reformas, incluyendo la de 1994– estableció en su parte dogmática el juicio por jurados como garantía constitucional, tanto a nivel ordinario como federal. Pero además, a través del inciso 12 del artículo 75, nuestro programa tomó la decisión de no circunscribirlo únicamente a los casos penales, sino que fue concebido para todas las ramas del derecho que integran nuestro ordenamiento jurídico. Por eso es que se habla en plural en dicho artículo (“las leyes que requiera el establecimiento del juicio por jurados”).

Finalmente, el broche de oro llegó con la incorporación del artículo 118, que a modo de reaseguro especial para los casos penales estableció la obligación de que todos los juicios criminales –es decir, los delitos considerados “graves”– sean terminados por jurados, sin excepción. Fue una réplica exacta del artículo III, inciso 2º, de la Constitución de los Estados Unidos. Como bien dice Binder (2015), leído al revés, dicho artículo prohíbe expresamente que los crímenes sean juzgados por los jueces técnicos.

Naturalmente, todo esto guarda absoluta armonía con la premisa de que el jurado es un integrante nuclear del Poder Judicial y no un mero participante de la administración de justicia. Motivo por el cual fue incluido en ambas partes de la Constitución –dogmática y orgánica–.

Este fuerte mensaje político que dio la Convención Constituyente de 1853 –ratificada por la de 1994– comenzó a implementarse de manera imparable por las provincias en 2005, y ya abarca la mitad de nuestro país. Actualmente, a nivel federal ha sido recogido por los proyectos de ley impulsados por bloques de todos los signos políticos. En su gran mayoría, estos proyectos en debate establecen el juzgamiento por jurados clásico para todos los delitos penales de índole federal que superen la expectativa de pena de cinco

años de prisión. Quedan entonces los juicios técnicos reducidos a los delitos que antiguamente se conocían como "delitos correccionales", es decir, los que no son considerados graves.

### III - EL ARTÍCULO 118 Y LA TESIS DE LA RESERVA DE PODER. SU IMPACTO EN ARGENTINA

En Estados Unidos todas estas implicancias políticas fueron cuidadosamente abordadas por la Corte Suprema de Justicia en una de sus más brillantes líneas jurisprudenciales de todos los tiempos: "Apprendi vs. New Jersey" (2000), "Blakely vs. Washington" (2004) y "Alleyne vs. United States" (2013).<sup>3</sup> Estos tres precedentes surgieron a raíz del caótico sistema norteamericano que regía en materia de individualización de la pena, que traía como consecuencia la aplicación de penas altísimas para los acusados, y casi siempre por fuera de lo decidido por el jurado y con estándares de prueba menos rigurosos.

Los jueces aplicaron agravantes genéricas de "odio racial" (Apprendi), "extrema crueldad" (Blakely) y "empleo de arma de fuego" (Alleyne) sin que el jurado se pronunciara sobre ellas en el juicio, aumentando enormemente las penas. Es decir, era como si las clásicas agravantes del artículo 41 bis, ter, etcétera, de nuestro Código Penal fueran decididas por jueces en la cesura y no por el jurado en el juicio. Los jueces se las apropiaron por considerarlas como cualquier otra agravante, solo que no repararon en que no se trataba de agravantes genéricas, sino de exigencias del tipo penal que agravaban notablemente la pena, lo que es algo muy distinto. Ejemplo clásico, cometer un delito con menores o con armas de fuego.

Los jueces norteamericanos decidían por sí estos ítems en la audiencia de cesura, donde no regía el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable, sino uno menor –prueba preponderante, propio del jurado civil–. Los condenados llegaron hasta la Corte sosteniendo que tal decisión usurpaba inconstitucionalmente el ámbito propio de competencia del jurado.

Ese fue el contexto en el que la Corte Suprema estadounidense intervino para terminar de cuajo con este tipo de prácticas, dejando sentada una doctrina legal memorable sobre las relaciones jurado-juez a la luz de la Constitución y los límites de estos últimos. La Corte dijo que todas esas agravantes genéricas deben ser decididas durante el juicio por el jurado más allá de toda duda razonable, y que los jueces técnicos tienen prohibido hacerlo.

Fue entonces que el juez Antonin Scalia desarrolló la brillante tesis de la reserva de poder como emanada directamente de la 6ª enmienda. Lo importante para nuestro derecho es que el artículo 118 de la Constitución nacional cumple exactamente el rol de esa

---

<sup>3</sup>Los tres fallos están traducidos íntegramente al castellano y publicados en Binder y Harfuch (2020).

6ª enmienda. Según esta visión, el juicio por jurados es más que una garantía individual y más que un modelo de enjuiciamiento: constituye la reserva final de poder del pueblo dentro de la estructura constitucional.

Sabemos que los derechos y garantías previstos en la Constitución no surgen con la Constitución misma, sino que son preexistentes a esta. La carta magna lo único que hace es reconocer a los habitantes derechos que ya existían y diseñar garantías para cuando ellos fueren afectados. De esta manera, el juicio por jurados –como derecho de la ciudadanía y garantía del acusado– existe desde mucho antes de que fuera reconocido por la propia Constitución nacional.

El constituyente, al reconocer el juicio por jurados en las enmiendas 5ª, 6ª y 7ª, nos dice que el pueblo se ha reservado el poder de controlar en forma directa todo lo que ocurre dentro de la maquinaria judicial. Así, de la misma manera que el voto garantiza el ejercicio de la democracia directa del pueblo en relación con los poderes Ejecutivo y Legislativo, el juicio por jurados asegura el control del pueblo dentro de todo el Poder Judicial. Y, en definitiva, si entendemos a la asamblea constituyente como una representación del pueblo, estamos obligados a concluir que el pueblo se autoasignó esta reserva última de poder en su favor.

Así, “el paradigma de justicia penal de los Constituyentes es el ideal del *common law* del poder limitado del Estado, obtenido mediante la estricta división de poderes entre el Juez y el Jurado”.<sup>5</sup>

Veamos estos párrafos insuperables de la línea de fallos de la Corte<sup>5</sup>:

Nuestro apego a *Apprendi* en este contexto refleja no sólo el respeto por los precedentes de larga data, sino que también **la necesidad de dar un contenido inteligible al derecho constitucional fundamental al juicio por jurados. Dicho derecho no es una mera formalidad, sino una fundamental reserva de poder en nuestra estructura constitucional. Así como el sufragio asegura el control final del Pueblo sobre las ramas ejecutiva y legislativa, el juicio por jurados está para asegurar su control en el poder judicial.** Véase la Letter XV por el Federal Farmer (Enero 18, 1788) reimpresso en 2 *The Complete Anti-Federalist* 315, 320 (H. Storing ed. 1981), en donde se describe al jurado como **“asegurando al Pueblo en general, su justo y debido control en el departamento judicial”** John Adams, Diary Entry (Feb. 12, 1771), reimpresso en 2 *Works of John Adams* 252, 253 (C. Adams ed. 1850). **([L]a gente común debería tener un control tan completo sobre cada sentencia de una corte de justicia, como sobre la legislatura).** Carta de Thomas Jefferson a Abbé Arnoux (Julio 19, 1789), reimpressa en 15 *Papers of Thomas Jefferson* 282, 283 (J. Boyd ed. 1958) (Si se me llamara a decidir si sería mejor omitir al Pueblo de los departamentos legislativo o

<sup>4</sup>Corte Suprema de los Estados Unidos, “Blakely vs. Washington” (en Binder y Harfuch, 2020).

<sup>5</sup>Disponible en: <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/02-1632P.ZO>



judicial, yo diría que es mejor dejarlo fuera del legislativo) Jones v. United States, 526 U. S. 227, 244.248 (1999). *Apprendi hace cumplir este modelo, asegurando que la autoridad del juez para aplicar una pena derive totalmente del veredicto del jurado. Sin esta restricción, el jurado no podría ejercer el control que los Constituyentes quisieron, porque la razón misma por las que los Constituyentes pusieron la garantía del Juicio por Jurados en la Constitución, es porque no estuvieron dispuestos a confiar a ningún Gobierno la demarcación del rol del jurado.*<sup>6</sup>

En este orden la corte afirmó que la inclusión del derecho al juicio por jurados en la Constitución por parte de los Constituyentes refleja su desconfianza en el Gobierno para tomar decisiones políticas en ese ámbito. La Sexta Enmienda no restringe el poder judicial, sino que preserva el poder del jurado. Solo limita el poder judicial cuando este intenta invadir la jurisdicción del jurado.

Esta es la única manera de leer la frase “los delitos criminales se terminarán por jurados” del artículo 118 de la Constitución argentina. Eso significa que el juicio por jurados es obligatorio y no renunciable, porque es una reserva de poder del pueblo para controlar la totalidad de la administración de justicia en materia penal.

Se desprenden, además, otras consecuencias, como que los veredictos de los jurados son irrevocables, salvo algunas limitaciones con la condena, porque no hay autoridad soberana superior al pueblo que pueda interferir con dicha decisión. En los sistemas de larga tradición juradista del *common law* existe una deferencia para con las decisiones del jurado. Muy rara vez sus condenas son revocadas y está prohibido revisar una absolución. Las cortes revisoras continuamente enfatizan los peligros de interferir con los veredictos unánimes obtenidos por doce personas. Hacerlo repetidamente sería socavar su autoridad política. Dado que el jurado es la reserva última de poder, anular un veredicto implicaría derrumbar una decisión soberana del pueblo.

Los constituyentes de 1853 y 1994 respetaron este espíritu. No solo por haber reemplazado el jurado en tres cláusulas constitucionales, sino además por haber mantenido la redacción original del antiguo artículo 102 (hoy 118).

Pero, como si esta interpretación histórica no bastara, también contamos con el respaldo del derecho de precedentes. Pues esta visión también fue ratificada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

la motivación de las decisiones adoptadas por los órganos encargados de impartir justicia no es solo relevante para el inculpado del delito, sino que permite también el control ciudadano de los actos de gobierno, en este caso de la administración de la justicia y los expone a su escrutinio. En el caso de los jurados, dicha vertiente se entiende cubierta en razón de la participación directa de la ciudadanía.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup>El resaltado es propio.

<sup>7</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso “V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua”, sentencia del 8 de marzo de 2018, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párrafo 257.



Este pasaje fue íntegramente aceptado con posterioridad por nuestra Corte Suprema, que reafirmó la postura y con mucho tino concluyó:

el juicio por jurados no debe ser entendido solo como un derecho individual del imputado, y por ende renunciable, sino que debe ser concebido como un modelo institucional de administración de justicia que expresa la participación del pueblo en la administración de justicia penal. Dicho de otro modo: en nuestro sistema constitucional, el juicio por jurados supone no solo –o no tanto– el derecho de una persona a ser juzgada por sus pares sino –fundamentalmente– el derecho del pueblo a juzgar. Por ello es posible encontrar referencias al instituto tanto en la Primera Parte (llamada Parte Dogmática, sobre Declaraciones, Derechos y Garantías) cuanto en la Segunda Parte (llamada Parte Orgánica, referida a las autoridades y competencia del gobierno nacional y al federalismo) de la Ley Fundamental.<sup>8</sup>

Y esto es lo que, a criterio de la Corte Suprema, vuelve absolutamente constitucional la norma que impide al acusado renunciar al juicio por jurados en materia criminal.

#### IV - NOTAS FINALES

Como puede verse, nuestro programa constitucional no se dio de manera accidental. Muy por el contrario, se trata de un diseño cuidadosamente planeado, dotado de muchos engranajes necesarios para lograr un perfecto equilibrio de poder. Esta es una de las principales facetas políticas del jurado: contener el abuso de poder estatal. Y es fundamental para el correcto funcionamiento de cualquier sistema republicano.

En este aspecto, nuestro país se encuentra a la vanguardia de toda Latinoamérica. Si bien otros países mencionan el juicio por jurados en sus constituciones, el nuestro es el único que le ha dedicado tres cláusulas constitucionales. Y si a ello se le suma que estas abarcan tanto la parte orgánica como la dogmática, surge en evidencia que el jurado fue previsto como la piedra angular de todo nuestro sistema de justicia.

Si bien no alcanzó igual grado de intensidad que el que le dio la Constitución norteamericana, es innegable que el modelo argentino buscaba darle al jurado una protección especial para evitar los avances del poder estatal en la administración de justicia.

El jurado no puede analizarse en forma aislada. Debe entenderse como parte de un proceso que fue gradualmente evolucionando con el correr de los años. Como hemos visto, ya existía una voluntad popular de participación ciudadana en las decisiones judiciales desde antes de 1853. Los constituyentes de la época no hicieron más que aceptar

---

<sup>8</sup>“Canales, Mariano Eduardo y otro s/ homicidio agravado - impugnación extraordinaria”. Del 2 de mayo de 2019, fallos 342:697.

esa voluntad y redoblar la apuesta, dotando al jurado de fuertes reaseguros. Y esto fue ratificado en todas las reformas constitucionales posteriores, incluida la última, de 1994.

Con el devenir de los años hubo algo de todo ese proceso de desarrollo constitucional que nunca se vio modificado: el rol fundamental que ocupa el jurado en nuestra administración de justicia, hoy una vibrante realidad.

## REFERENCIAS

BINDER, A. (2015). *Contra la Inquisición*. Ad-Hoc.

BINDER, A. y HARFUCH, A. (2020). *El Juicio por Jurados en la jurisprudencia nacional e internacional* (Vol. 5). Ad-Hoc.

HARFUCH, A. (2019). *El veredicto del jurado*. Ad-Hoc.

MAGLIONE, E. A. (2008). Juicios por jurados. Antecedentes históricos, extranjeros y nacionales. Análisis y crítica. <https://derechopenalonline.com/juicios-por-jurados-antecedentes-historicos-extranjeros-y-nacionales-analisis-y-critica/>

PENNA, C. D. (2014). Prejuicios y falsos conocimientos: historia de los cuestionamientos al juicio por jurados en Argentina. INECIP. <https://inecip.org/wp-content/uploads/Prejuicios-y-falsos-conocimientos-historia-de-los-cuestionamientos-al-JxJ-en-Argentina-Penna-2.pdf>

PÉREZ CASTELLI, L. J. (2024). Análisis de los puntos más relevantes del proyecto de ley nacional de juicio por jurados. *Microjuris.com*. [https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento\\_Editado2008%20%281%29\\_0.pdf](https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/Documento_Editado2008%20%281%29_0.pdf)





**AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL**  
**RESEÑA SOBRE LA ÚLTIMA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA**

*Santiago Marquevich y Eduardo Ezequiel Suárez*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 13/08/2024**

**Aprobado: 05/09/2024**

## **AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL RESEÑA SOBRE LA ÚLTIMA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA**

### **AUTONOMY OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE REVIEW OF THE LATEST CONSTITUTIONAL REFORM IN ARGENTINA**

*Por Santiago Marquevich<sup>1</sup> y Eduardo Ezequiel Suárez<sup>2</sup>*

**Ministerio Público Fiscal de la Nación, Argentina**

**Resumen:** Este aniversario de la última reforma constitucional argentina nos invita a considerar los avances alcanzados y los desafíos que aún persisten en relación con la independencia y autonomía del Ministerio Público Fiscal de la nación en sus dos funciones: como órgano de defensa y como órgano acusador. A treinta años de distancia, proponemos centrar nuestro análisis en el Ministerio Público Fiscal en relación con el papel fundamental que le asignó el reciente cambio en el procedimiento penal y la profunda transformación que ello conlleva.

**Palabras clave:** reforma constitucional, artículo 120 de la Constitución nacional, Ministerio Público Fiscal de la Nación

**Abstract:** This anniversary of the last Argentine constitutional reform invites us to consider the progress made and the challenges that still persist in relation to the independence and autonomy of the Public Prosecutor's Office of the Nation, in its two functions: as a defense body and as a prosecutorial body. Thirty years later, we propose to focus our analysis on the Public Prosecutor's

<sup>1</sup> Abogado (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Penal y Penal Tributario (Universidad Católica Argentina). Ha dictado numerosos cursos en la Procuración General de la Nación, el Consejo de la Magistratura y la Fiscalía General de Capacitación del Ministerio Público Fiscal sobre la temática de secuestros extorsivos. Fue fiscal federal de primera instancia de la ciudad de Rosario (Decreto PEN 1017 del 1/06/2015), y fiscal federal de la Unidad Fiscal Especializada en Secuestros Extorsivos (Resolución MP 1599/2016). Es titular de la Fiscalía Federal de Hurlingham y de la Unidad Fiscal Especializada en Crimen Organizado (Ufeco). Entre septiembre de 2003 y septiembre de 2006 se desempeñó como secretario de la Unidad Fiscal Móvil para la Investigación en Secuestros Extorsivos. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-1533-936X>. Correo electrónico: [smarquevich@mpf.gov.ar](mailto:smarquevich@mpf.gov.ar)

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Maimónides). Diplomado en Derecho Penal y Criminología (UMAI). Maestrando en Derecho Penal y Criminología (Universidad de Lomas de Zamora). Brindó diversos cursos en la Dirección de Capacitación del Ministerio Público Fiscal de la nación y fue docente en Derechos Humanos y Metodología de la Investigación Jurídica (UMAI). Es auxiliar fiscal en la Fiscalía Federal de Hurlingham y se ha desempeñado en el Ministerio Público Fiscal tanto en el fuero federal como en el nacional de instrucción. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-9171-0801>. Correo electrónico: [esuarez@mpf.gov.ar](mailto:esuarez@mpf.gov.ar)

Office in relation to the fundamental role assigned to it by the recent change in criminal procedure and the profound transformation this entails.

**Keywords:** constitutional reform, article 120 Constitution, Public Prosecutor's Office of the Nation

## I - INTRODUCCIÓN

En la Convención Constituyente de 1853 y las reformas de 1860, 1866, 1898, 1949 y 1956 (de facto), la incorporación del Ministerio Público Fiscal, tal como lo conocemos hoy, fue una asignatura pendiente. La realidad federal del país contrastaba con la situación en las provincias, donde este organismo fue reconocido de manera temprana como un elemento esencial de sus estructuras internas.

La reforma de 1994 sin duda constituyó un hito democrático que marcó un antes y un después en la historia institucional de nuestro país, pues sembró los cimientos que renovaron el pacto social de la nación. Impulsora, entre otros grandes cambios, de la incorporación del artículo 120 a nuestra carta magna, fueron las principales fuerzas políticas del país las que lograron el acuerdo de magnitud que generó suficiente consenso como para avanzar sobre diversas modificaciones. Entre ellas, la de concebir al Ministerio Público Fiscal como representante de los intereses generales de la sociedad.

Procuraremos analizar la extensión del cambio que ha transitado este organismo hasta el presente, ponderando la incorporación inicial, que, a tres décadas, luce como un profundo quiebre para nuestra nación.

El artículo 120 será el puntapié para conocer los detalles de un ente en constante desarrollo, al que se le brindó independencia con autonomía funcional y autarquía financiera y cuya tarea es la de "promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad en coordinación con las demás autoridades de la República".

También se consideró necesario igualar la situación de sus miembros a la de quienes ejercen la magistratura. Es así que se equiparó funcionalmente su situación, al establecerse que sus miembros también gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones. Hoy más que nunca, la autonomía de sus representantes debe ser un objetivo, pues su actuación sin entorpecimientos será lo que delimite una mejora continua en la persecución de la delincuencia organizada.

## II - ANTECEDENTES DE LA REFORMA DE 1994 Y ROL DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL

En la 34° Reunión de la Convención Nacional Constituyente se introdujo la redacción originaria del artículo 120 de la carta magna. Podría resumirse que fue puesto a conside-

ración de la comisión e incorporado sin modificaciones, salvo dos sugerencias de los convencionales Iván Cullen (Santa Fe) y Aníbal Ibarra (capital federal). El primero indicó que en el tercer párrafo, cuando se dictaba que los miembros del Ministerio Público gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones, debía agregarse la frase "similares a las de los magistrados". El segundo hizo una proposición en torno al segundo párrafo, el cual reza que el Ministerio Público "está integrado por un procurador general de la Nación y un defensor general de la Nación y los demás miembros que la ley establezca". En ese sentido, dijo que debía exigirse como requisito para la sanción de esos miembros una mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras, y que serían designados previo concurso de antecedentes y oposición.

Ambas cuestiones fueron rechazadas. Si bien hoy existe una innegable equiparación al considerar la jerarquía de magistrados y miembros del Ministerio Público, la incorporación de la primera propuesta podría haber brindado un mensaje sobre la posición que la Constitución nacional quería otorgar a quienes componen este organismo, pues representarían de allí en adelante ni más ni menos que los intereses de la sociedad en su conjunto.

Por su parte, el segundo asunto propuesto se ha suplido, al contar el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa con reglamentos propios de designación de sus agentes, los cuales han sido modificados a lo largo de los años, por lo que el concurso y la oposición se encuentran en plena vigencia.

Dicho ello, aquella jornada culminó con la redacción original y la votación resultó de 143 votos por la afirmativa y 43 por la negativa, quedando aprobado como texto constitucional en la 3ª Sesión Ordinaria del 19 de agosto de 1994 (Orden del Día Nro. 15).<sup>3</sup>

De esa manera, la Administración de justicia quedó conformada por tres pilares fundamentales: el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal y el Ministerio Público de la Defensa.

Para el caso del órgano acusador, quien tiene a su cargo el desempeño como titular es el procurador general de la nación. Su designación es llevada a cabo mediante una propuesta del Poder Ejecutivo, con posterior acuerdo del Congreso nacional. Esta situación implica la necesidad de obtener los consensos necesarios para lograr un nombramiento que satisfaga las expectativas de todos los sectores representados en la legislatura.

Por su parte, el fuero de mayor injerencia del Ministerio Público Fiscal es el penal, función que le fue asignada a partir del interés estatal y la necesidad social de que los delitos sean perseguidos de manera eficiente. Es allí donde las directrices dictadas por el procurador general de la nación determinan cómo se persiguen los hechos delictivos, al aportar guías de buenas prácticas y recomendaciones para unificar criterios y esfuerzos. En

---

<sup>3</sup>Véase: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

las cuestiones ajenas a ese ámbito, procura asistir a la comunidad en defensa de sus derechos, como en su labor desarrollada en los fueros civil, comercial, administrativo, de trabajo, de la seguridad social y de menores.<sup>4</sup>

Es importante remarcar que, en nuestro país, el Ministerio Público Fiscal tiene competencia para intervenir en las causas federales, en todo el territorio, y a su vez en los casos locales de la capital federal. Las provincias tienen competencia constitucional propia, es decir que cada una tiene a su cargo la organización de esta función internamente.

Uno de los grandes aportes de los últimos años, surgido gracias a la modificación de la Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal,<sup>5</sup> ha sido la creación de procuradurías especializadas que coadyuvan a la persecución penal. Oficinas que se colocan a disposición de los fiscales en ejercicio para reforzar su labor diaria durante todas las instancias del proceso penal a través de la presentación de dictámenes que han sido definidos por el propio organismo no ya como simples opiniones fundamentadas, sino como actos en los que se representa el interés de la sociedad en su conjunto. De allí la importancia de la constante capacitación de quienes componen este cuerpo y la necesidad de lograr un trabajo en conjunto que brinde un servicio de justicia efectivo y eficiente.

Esta ley también incluyó, entre otras cosas, una mención específica a la misión y función principal del organismo, y, asimismo, los principios funcionales que deben regir en el desarrollo de sus actividades. Estos últimos deben señalarse en esta propicia ocasión: unidad de actuación, organización dinámica, respeto por los derechos humanos, objetividad, gestión de los conflictos, orientación a la víctima, accesibilidad y gratuidad, eficiencia y desformalización, transparencia y responsabilidad. A la vez, la ley estableció el número de integrantes que componen el cuerpo y determinó las normas de la carrera judicial.<sup>6</sup>

Por su parte, la estabilidad de los magistrados y funcionarios que integran el Ministerio Público Fiscal dura mientras se mantenga su buena conducta y hasta la edad de 75 años, oportunidad en la que quedan sujetos a la exigencia de un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, por el término de cinco años. En tanto, pueden ser removidos por causa de ineptitud o mala conducta, previo sumario administrativo.

En otra dirección, es preciso recordar que durante todos estos años, e incluso previo a 1994, el organismo ha sido colocado en distintos lugares de nuestra organización nacional. La importancia de la nueva función asignada recae en que, previo a la reforma, se en-

---

<sup>4</sup>Véase: <http://mpf.gov.ar>

<sup>5</sup>Ley 27.148, sancionada el 10 de junio de 2015. Disponible en: [https://www.mpf.gov.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley\\_organica\\_2018.pdf](https://www.mpf.gov.ar/wp-content/uploads/2018/08/Ley_organica_2018.pdf)

<sup>6</sup>"Son magistrados y funcionarios de carrera del Ministerio Público Fiscal de la Nación quienes detentan los cargos siguientes: a) Procuradores fiscales; b) Fiscales generales; c) Fiscales generales de la Procuración General de la Nación; d) Fiscal Nacional de Investigaciones Administrativas; e) Fiscales; f) Fiscales de la Procuración General de la Nación; g) Auxiliares fiscales y h) Asistentes fiscales" (art. 44). La ley también indica que estará integrado por los funcionarios y empleados de conformidad con la carrera laboral que se establezca en la reglamentación interna.



tendía que la posición institucional que le correspondía lo ubicaba dentro del Poder Ejecutivo, tal y como lo sostenía una línea clásica de procesalistas argentinos. Sin embargo, la posición más difundida lo incluía dentro del Poder Judicial (Roca de Estrada, 2001).

Entre los criterios más difundidos estaban los que propugnaban por subordinarlo al Poder Ejecutivo; los que consideraban conveniente incluirlo en la estructura del Poder Legislativo; aquellos que destacaban que debía integrar el Poder Judicial; y quienes remarcaraban que, si bien necesariamente quedaba dentro de la estructura jurisdiccional, gozaba de independencia funcional. Estas fueron las líneas o paradigmas principales que nuestros reformadores de 1994 conocieron y a partir de las cuales insistieron en dotar al Ministerio Público Fiscal de la calidad de "órgano extrapoder" (Junyent Bas y Flores, 2004).

Lo destacable en estos treinta años es que el organismo ha ido modificándose paulatinamente, lo cual quedó registrado tanto en las normas dictadas por el Congreso como en la diversa reglamentación interna, que permitió direccionar la labor de sus integrantes.

Algunos autores lo ubican como un "cuarto poder". Néstor Sagüés sostuvo que "en la Argentina no hay ya tres Poderes, sino cuatro (o al menos, tres más un órgano extrapoder)" (en Junyent Bas y Flores, 2004, p. 1). Por ello se estimó que los integrantes del Ministerio Público Fiscal podrían perseguir la legalidad constitucional en el marco de sus funciones, "inclusive contra actos ilegítimos de todos los otros Poderes".

García Lema y Paixáo (1994) abonan esta postura, al considerar que el trato de órgano extrapoder otorgado por la Constitución al Ministerio Público Fiscal se vería reflejado en que se le asignó una sección especial (la cuarta), e indican que, por el contrario, a la Auditoría General de la Nación y al defensor del pueblo se los incluyó en la Sección Primera ("del Poder Legislativo"), capítulos sexto y séptimo.

Bajo estos criterios, entonces, consideramos necesario señalar sucintamente los esfuerzos que ha consumado el Ministerio Público Fiscal en torno a la nueva codificación de forma.

### **III - FUNCIONES CLAVE DEL MINISTERIO PÚBLICO FISCAL EN EL MARCO DE LA REFORMA PROCESAL PENAL FEDERAL**

Hemos registrado desde la última reforma constitucional una tendencia lenta pero creciente a mejorar nuestro sistema procesal penal, procurando un alejamiento del modelo mixto que regía para nuestro Código Procesal Penal de la nación, hacia uno de corte acusatorio y adversarial, en el que el Ministerio Público Fiscal ha tomado un rol primordial.

En un informe de avance del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), relativo a la eficacia de los ministerios públicos fiscales, se indicó que, previo a las últimas reformas, los juzgados asumían la dirección de las investigaciones

penales, lo que significaba un organismo aislado, sin comunicación y nula capacidad de compartir información (Binder, 2022). Contexto que ha cambiado gracias al rol que los nuevos códigos le asignan.

En esa línea, se distinguen tres etapas en la evolución de los ministerios públicos.

La primera se caracteriza por el abandono de la idea de que estos organismos eran simplemente auxiliares de los juzgados de instrucción. Así, se reconoció la necesidad de desarrollar un modelo organizativo que no solo replicara el de los juzgados, sino que también estableciera pautas propias. El desafío consistió en crear una estructura que pudiera responder de manera efectiva a los objetivos que la ley les asigna y atender a las demandas de la sociedad.

La segunda etapa pone de manifiesto la necesidad de implementar un trabajo estandarizado. En este punto es preciso señalar, en lo que respecta al Ministerio Público Fiscal a nivel nacional, diversas resoluciones internas que los procuradores generales han promovido a lo largo de los años y que han proporcionado a los fiscales lineamientos claros para el ejercicio de sus funciones. A partir de esa herramienta, se elaboró un plan de desarrollo institucional a largo plazo (Procuración General de la Nación, 2016) que estableció como visión del organismo la búsqueda de una persecución eficaz, la defensa activa de la Constitución nacional, el compromiso con el acceso a la justicia y la protección de derechos, así como una comprensión equilibrada de la independencia y autonomía del Ministerio.

En la tercera etapa se destaca una preocupación por mejorar los resultados sociales de la persecución penal, lo que implicaría un manejo adecuado de los recursos. En el mencionado plan de desarrollo, al igual que en la Ley Orgánica, la creación de las procuradurías busca promover la especialización en temas de gran relevancia social, lo que a su vez facilita investigaciones de mayor calidad. Sobre esto, la norma las coloca como órganos permanentes del Ministerio (art. 10, incs. f y g) y brinda una lista de ellas que no es taxativa, pues al final del artículo 22 consigna que el procurador "establecerá por resolución los alcances y organización interna de las procuradurías especializadas" y "podrá disponer la creación de otras procuradurías especializadas cuando la política de persecución penal pública o el interés general de la sociedad así lo requieran".

Los nuevos cambios han introducido la necesidad de reflejar en el ejercicio de las funciones cotidianas un acceso a la justicia que se encuentre a la altura de los estándares actuales, pues dicho Ministerio tiene el deber de responder a las demandas sociales y garantizar la accesibilidad. En este sentido, entre las procuradurías especiales puede mencionarse la Dirección General de Acompañamiento, Orientación y Protección a las Víctimas,<sup>7</sup> y en especial una guía práctica elaborada por esta que en 2018 permitió sintetizar

---

<sup>7</sup> Creada por Resolución 1105/2014 de la Procuración General de la Nación.

los alcances de la norma en torno a la víctima y sus derechos.

A ello se suman diversas resoluciones internas de la Procuración General de la Nación.<sup>8</sup>

Entendemos que este tipo de pronunciamientos por parte del Procurador General de la Nación, como el Plan de Desarrollo Institucional citado, visibiliza un doble mensaje: uno interno –para sus agentes– y otro externo –para la sociedad–. En ambos casos resulta altamente positivo, pues no existe mejor señal de fortaleza para un organismo estatal que establecer una fuerte planificación.

En el informe del INECIP se sostuvo que el trabajo de una organización que se orienta en función de objetivos previamente determinados es conocido como “planificación estratégica”. Esa previsión de objetivos implica reconocer cursos de acción o estrategias, lo cual, creemos, se encuentra en curso en el Ministerio Público Fiscal, pues se distingue el diseño del diagrama institucional, la creación de oficinas específicas y el dictado de normas internas que acompañan las necesidades en el marco de las últimas reformas.

Ahora bien, en lo que respecta al nuevo Código Procesal Penal<sup>9</sup> es preciso señalar que posee un fuerte carácter federal en lo que refiere a la modernización de la persecución penal pública de delitos. En ese marco, el nuevo texto normativo contempla, entre otros aspectos, el proceso de flagrancia, los acuerdos de colaboración, las técnicas especiales de investigación, la responsabilidad penal empresaria y la ejecución de la pena, todo ello sancionado en los últimos años.<sup>10</sup>

Esta estructura procura abandonar el diseño reflejo del Poder Judicial –basado en un fiscal por dependencia y una fiscalía ante cada órgano jurisdiccional–, para pasar a un modelo de organización dinámico, desde lo procesal y desde lo administrativo. Complementa esta transformación el dictado de numerosas resoluciones en ese sentido que también acompañan la implementación reciente del Código Procesal Penal Federal.<sup>11</sup>

La paulatina puesta en marcha de este nuevo Código estuvo oportunamente a cargo

---

<sup>8</sup> Resolución PGN 174/2008 (Guía de Santiago sobre protección de víctimas y testigos); Resolución PGN 58/2009 (Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad); Resolución PGN 08/2009 (Declaración en Cámara Gesell); Resolución PGN 64/2009 (Declaraciones durante la instrucción); Resolución PGN 94/2009 (Protocolo de actuación en caso de víctimas de trata de personas).

<sup>9</sup> Recordemos que el 7 de febrero de 2019 se aprobó una modificación al texto sancionado a fines de 2014 mediante la Ley 27.063, el cual no había entrado en vigencia. Se incorporaron los extremos de la Ley 27.272 (Procedimientos para casos de flagrancia) y de la Ley 27.482.

<sup>10</sup> Se sugiere la lectura del comunicado del Ministerio Público Nacional del 7 de junio de 2019, “Comienza a regir en Salta y Jujuy el nuevo Código Procesal Penal Federal”, disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/procuracion-general/desde-el-lunes-comienza-a-regir-en-salta-y-jujuy-el-nuevo-codigo-procesal-penal-federal/>.

<sup>11</sup> Resolución PGN 35/2019 (mediante la cual se aprobó el diseño de las Fiscalías de Distrito, las Unidades Fiscales y las Descentralizadas); Resolución PGN 40/2019 (por la cual se aprobaron los formularios de “Consulta Inicial” y los correspondientes a las actas de allanamiento, detención, requisa de personas y objetos, inspección de lugar del hecho y secuestro); Resolución PGN 16/2018 (por la que se procuró un intercambio fluido de información para con las autoridades de los otros poderes y la creación de la Unidad Especial Estratégica para la Implementación del Sistema Penal Acusatorio, UNISA); Resolución MP 294/2022 (Designación del ámbito territorial de actuación de las sedes fiscales descentralizadas de Orán y Tartagal); Resolución PGN 37/2023 (Equiparación del haber de los/las fiscales de Salta y Jujuy al cargo de Fiscal General); Resolución PGN 45/2024 (Monitoreo sobre el funcionamiento en la Fiscalía de Distrito Salta); entre otras.

de la Comisión Bicameral de Monitoreo e Implementación, que funciona en el Congreso nacional.<sup>12</sup> Esta implementación es complementada por diversas resoluciones que establecen estrategias del Ministerio Público Fiscal para cubrir las necesidades básicas en todo país.

Con esto en consideración, como última observación en torno a la posición del Ministerio en el nuevo Código, consideramos que el crecimiento global del crimen organizado ha delimitado la necesidad de pensar en esfuerzos de las comunidades internacionales para la persecución de diversos delitos transfronterizos.

En ese contexto, la presencia de criminalidad organizada sugiere que se procure tanto la identificación y persecución penal de los partícipes –con una mirada ascendente en la cadena de responsabilidad– como el impulso y fortalecimiento de investigaciones patrimoniales en conjunto con las dependencias especializadas.

Como consecuencia, en 2023 se creó la Unidad Fiscal Especializada en Criminalidad Organizada (UFECO),<sup>13</sup> que amplía las funciones oportunamente otorgadas a la Unidad Fiscal Especializada en Secuestros Extorsivos (UFESE). La nueva unidad, además de ejercer sus funciones asignadas, puede intervenir en aquellos casos referidos a delitos de competencia federal (art. 33 del Código Procesal Penal de la Nación) que evidencian manifestaciones de criminalidad organizada y que no estén alcanzados por las procuradurías especializadas.

Antes de finalizar es oportuno mencionar, en lo que respecta al ámbito internacional, que el nombrado Ministerio se encuentra interconectado con sus pares. Las Fiscalías Generales o Procuraciones Generales de los Ministerios Públicos de América Latina y de Iberoamérica se reúnen periódicamente en el marco de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), como también a través de la Reunión Especializada de Ministerios Públicos del Mercosur (REMPM) y por intermedio de la Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed). En estas instancias se busca profundizar y perfeccionar relaciones firmes de cooperación para el cumplimiento mancomunado de tareas de persecución penal y control de la criminalidad.

Por todo lo abordado, estimamos que existen herramientas suficientes para cumplir con la misión del dicho Ministerio a lo largo y ancho del país, con miras a aplicar el nuevo Código Procesal Penal Federal, que exige una nueva forma de representar a la sociedad, impulsando la acción desde la proactividad. Hoy más que nunca, el compromiso de los y las fiscales de todo el país está puesto en marcha para devolver a la sociedad la confianza que a través de la Constitución nacional se ha otorgado aquel agosto de 1994.

---

<sup>12</sup>Según surge del artículo 3° de la Ley 27.150.

<sup>13</sup>Para más información, véase: <https://www.mpf.gov.ar/ufeco/>

#### IV - CONCLUSIONES

A treinta años de la reforma de 1994, consideramos que el Ministerio Público Fiscal en la República Argentina ha logrado hacerse camino en su posición de "cuarto poder" gracias a cambios constantes que procuran hacer efectiva la representación de la sociedad que le impone la norma constitucional. Ello ha sucedido en un entorno político, económico y social realmente difícil para nuestra nación, por lo que pareciera que el esfuerzo no resulta suficiente, quedando aún un largo proceso por recorrer.

Se han detallado ya las debilidades más comunes del trabajo del Ministerio Público Fiscal frente a una reforma procesal penal, remarcando que la inestabilidad y crisis de los países generan diversas presiones y tensiones políticas, "constituyéndose en un obstáculo relevante para su consolidación" (CEJA, 2006, p. 37).

Esta situación produce generalmente dos tipos de problemas. Por un lado, los intentos de intervención del Poder Ejecutivo en la determinación de sus políticas y en algunos casos en la conducción de casos específicos, creando un riesgo de politizar la persecución penal y también de generar impunidad en casos vinculados a corrupción política. Por el otro, el potencial intervencionismo de los otros poderes del Estado, lo que ha llevado a un "aislamiento institucional y político" (p. 38) del Ministerio Público Fiscal que lo ha alejado de sus objetivos, cuando, para ejercer su rol, la interacción es definitiva. Una mala versión de la independencia o autonomía del Ministerio de referencia no logra construir vínculos con otras agencias o poderes estatales.

Por esta razón, bregar por una sana independencia, que potencie la fuerza de los fiscales, debe ser un propósito constante. Entendemos que esto no solo se logra desde el seno mismo del Ministerio Público Fiscal, sino que debe ser una prioridad de todos los poderes del Estado. Ese, de hecho, ha sido el rol que los constituyentes le han asignado, para que se logre hacer de la defensa de los intereses sociales una bandera ineludible.

#### REFERENCIAS

- BINDER, A. (dir.). (2022). *La eficacia de los Ministerios Públicos en Argentina*. <https://inecip.org/wp-content/uploads/2022/09/Inecip-Publicacion-La-eficacia-de-los-MPF.pdf>
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA). (2006). *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*. [https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1754/CEJA\\_PERS-01.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1754/CEJA_PERS-01.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- GARCÍA LEMA, A. M. y PAIXÁO, E. (1994). *Las reformas del sistema institucional. El núcleo de coincidencias básicas*. <https://garcialema.com.ar/la-reforma-de-la-constitucion/>
- JUNYENT BAS, F. y FLORES, F. (2004). El Ministerio Público Fiscal: algo más que un órga-

- no penal. *Semanario Jurídico*, 1479. <https://biblioteca.justiciacordoba.gob.ar/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=db43750eec5e76b6de26300559632daf>
- PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (2016). *Plan de Desarrollo Institucional del Ministerio Público Fiscal de la Nación (2013-2016)*. [https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/06/Plan\\_de\\_desarrollo\\_Institucional\\_MPF\\_digital.pdf](https://www.mpf.gob.ar/wp-content/uploads/2016/06/Plan_de_desarrollo_Institucional_MPF_digital.pdf)
- ROCA DE ESTRADA, P. (2001). El Ministerio Público Fiscal. *Revista SAIJ*, DACA010048. [http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca010048-roca\\_de\\_estrada-ministerio\\_publico\\_fiscal.htm#](http://www.saij.gob.ar/doctrina/daca010048-roca_de_estrada-ministerio_publico_fiscal.htm#)





## **LA PRESERVACIÓN DEL AMBIENTE EN LA CARTA MAGNA ARGENTINA**

*Ricardo Ángel Basílico y María Carolina Renaud*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 22/07/2024**

**Aprobado: 16/08/2024**



## LA PRESERVACIÓN DEL AMBIENTE EN LA CARTA MAGNA ARGENTINA<sup>1</sup>

### THE PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT IN THE ARGENTINIAN NATIONAL CONSTITUTION

*Por Ricardo Ángel Basílico<sup>2</sup> y María Carolina Renaud<sup>3</sup>*

Universidad Nacional del Oeste - Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** En el presente trabajo abordaremos en breves palabras los significados que brotan de la letra del artículo 41 de nuestra Constitución nacional, que incorporó el derecho a un ambiente sano luego de la reforma de 1994.

**Palabras clave:** desarrollo sostenible, comentario a la Constitución nacional, nuevos derechos y garantías

**Abstract:** In the present work we will address in brief words the meanings that arise from the letter of the art. 41 of our National Constitution, which incorporated the right to a healthy environment after the 1994 reform.

---

<sup>1</sup> El presente trabajo tiene la base en la obra conjunta elaborada por los autores en Crímenes ambientales y económicos (2023).

<sup>2</sup> Juez de cámara del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 1 de CABA. Doctor en Ciencias Penales (Universidad Kennedy y Universidad Nacional de Educación a Distancia). Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Sevilla). Doctor en Psicología Social (UK). Especialista en Finanzas y Derecho Tributario. Académico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Profesor de grado y posgrado (Universidad Nacional del Oeste). Director de la Maestría en Criminología de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Presidente en Argentina del Instituto Peruano-Argentino de Derecho Penal. Director del Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UNLZ. Coordinador académico internacional del Máster en Derecho Penal de la Universidad de Sevilla. Profesor del Ciclo Profesional Orientado de la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Derecho Penal (Universidad de Belgrano y UK). Profesor titular de Historia del Derecho (UNO). Profesor de posgrado (UNED). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-5937-1731>. Correo electrónico: ricardobasilico@hotmail.com

<sup>3</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Contadora pública (UBA). Máster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Diplomada en Derecho Ambiental y Recursos Naturales (UBA). Integrante del fuero penal económico de la Justicia nacional argentina. Profesora adjunta de Economía y Delito (Facultad de Ciencias Económicas, UBA). Docente auxiliar de Delitos de Corrupción y Crimen Organizado y de Recursos Naturales y Derecho Ambiental (Facultad de Derecho, UBA). Investigadora y autora de libros, capítulos y artículos sobre temáticas vinculada a delitos ambientales, crimen organizado, criminalidad económica, corrupción y género. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-1581-0105>. Correo electrónico: mcare2000@gmail.com

**Keywords:** sustainable development, commentary on the national constitution, new rights and guarantees

## I - INTRODUCCIÓN

La consagración de la preservación ambiental y el derecho humano a gozar de un ambiente sano obran en el capítulo segundo de la carta magna nacional, titulado "Nuevos derechos y garantías", incorporado en el artículo 41 mediante la reforma del año 1994; ampliando de ese modo el catálogo de derechos dentro de la máxima jerarquía.

El artículo en cuestión considera el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino en el marco del derecho ambiental, toda vez que en aquel precepto lucen términos, principios, derechos y obligaciones cuyo origen se desprende de los instrumentos oportunamente ratificados por la nación.

En el presente trabajo, sin pretender agotar el tema, analizaremos el significado de esta incorporación comentando la letra constitucional y orientando su interpretación.

## II - LA LETRA DEL ARTÍCULO 41

En el primer párrafo del artículo 41 se presentan tres conceptos que deben caracterizar el derecho al medioambiente.

El ambiente debe ser sano, en un amplio sentido y como requisito indispensable para lograr la calidad de vida de los habitantes de nuestro país, lo que implica mucho más que la preservación o no contaminación de los elementos que lo componen.

A la vez, equilibrado, lo que apunta a su protección y conservación para que el ser humano pueda satisfacer sus necesidades al tiempo que se desarrolla (Nonna, 2017).

En tercer lugar, el concepto "apto para el desarrollo humano" ha sido considerado por las Naciones Unidas como el proceso mediante el cual se amplían las oportunidades del ser humano, a través de la creación de un entorno en el que las personas pueden desarrollar su máximo potencial, el cual estará dado por el acceso a los recursos y beneficios sociales que le permitan disfrutar de una vida prolongada y saludable (PNUD, 1990).

Así, se valora la incorporación de un concepto integral que promueve el bienestar humano desde la óptica ambiental, precisando que el entorno humano también comprende la utilización sustentable de los recursos naturales con respeto por la diversidad biológica, evitando su degradación, contaminación o extinción; incluyendo la protección del patrimonio cultural de forma expresa (Grasseti, 1998). Las afectaciones al ambiente impactarán no solo en la salud de las personas, sino también en su calidad de vida y su desarrollo.

La incorporación del significado de desarrollo sostenible nos lleva a considerar el

compromiso intergeneracional, que compete a la protección de las generaciones presentes, y de las futuras, sumando de esa forma a otro sujeto de derecho colectivo. Asimismo, al incluir los ecosistemas, la diversidad biológica, los seres vivos en general, el constituyente amplió la protección ambiental respecto de las actividades que puedan dañarlos.

Por otro lado, en el segundo párrafo se establece la concepción derecho-deber, tratándose por ello de un derecho bifronte, puesto que tiene dos obligados correlativos: el Estado, obligado a no impedir su goce o crear restricciones arbitrarias y a proveer su protección y razonable reglamentación; y los demás particulares (Grassetti, 1998). Es así que enuncia la garantía del goce de un derecho pero conlleva la obligación de los mismos ciudadanos en preservarlo. Y le impone un deber al Estado, entendido en sentido amplio, en cada uno de los niveles de gobierno –municipal, provincial y federal–, demandándole el ejercicio de todas las medidas inherentes a lograr una efectiva protección del ambiente. Ello comprende el control y la vigilancia frente a los actos de terceros, la sanción por la comisión de conductas dañinas, y la exigencia del cumplimiento del deber concreto para evitar la afectación ambiental. En esa inteligencia, también se establece que frente a un daño ambiental deba sucederse la obligación de recomponer.

En el tercer párrafo del artículo bajo estudio se dispone un nuevo esquema de distribución de competencias para la protección del ambiente, construyendo un piso para dictar normas de presupuestos mínimos de protección ambiental, precisando que el Estado nacional será quien las dicte y que las provincias podrán, sobre esa legislación básica, dictar una complementaria para su implementación. Ello, sin que se alteren las jurisdicciones locales en el dictado de normas tuitivas, protectoras, con usos con mayores exigencias de protección; creando así un juego armónico entre lo preceptuado por el artículo 41 y el 124 –último párrafo– de la ley suprema.

En ese orden, se ha establecido el federalismo de concertación, un acuerdo entre Nación y las provincias para desarrollar políticas intercomunales, en virtud de las competencias, en un marco de conciliación de intereses (Frías, 2020). El precepto fue tomado por el constituyente de forma coherente con el resto del texto constitucional, que efectúa la delegación y reserva de poderes respecto del dominio y la jurisdicción de los recursos naturales, en tanto les corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio (art. 124).

En caso de que se trate de recursos interjurisdiccionales, el marco de fortalecimiento federal permitirá que las provincias puedan ser las artífices de las políticas públicas en esa región para un mejor y mayor crecimiento económico y social.

Dicha disposición expone la consideración del ambiente como un bien inescindible e indivisible, por cuanto se requiere de una reglamentación integral y transversal que establezca una protección en todos los ámbitos de gobierno y jurisdicciones.

Debe resaltarse que la categorización como derecho subjetivo a un ambiente sano para todos los habitantes ratifica su efectivo ejercicio a través de la interposición del amparo colectivo (art. 43), el cual especifica las situaciones en las que se puede proteger el ambiente, así como los sujetos legitimados para llevar adelante la acción, entendiendo al derecho ambiental como de incidencia colectiva (López Alfonsín y Tambussi, 2007).

### III - EL AMBIENTE COMO UN DERECHO DE TERCERA Y CUARTA GENERACIÓN

La operatividad del artículo 41 permite incluir elementos interpretativos especiales en el momento de juzgar el modo de ejercicio de todos los derechos que permiten a la persona servirse del ambiente.

En ese contexto, la Constitución nacional argentina exhibe que el derecho ambiental se inscribe dentro de los derechos de tercera generación.

Según la clasificación de los derechos humanos, se distinguen tres grupos: los de primera generación, "civiles y políticos"; los de segunda generación, "sociales, económicos y culturales"; y los de tercera generación, fundados en solidaridad, entre los que se encuentran el derecho a la paz, al medioambiente y el desarrollo.

Entre los derechos de primera generación, que se refieren a la libertad y que fueron consagrados por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se destaca la finalidad de poner límites a la actividad del Estado en cuanto a la intromisión en la vida de los individuos. Son ejemplos la libertad, la vida, la integridad física, la propiedad.

La segunda categoría está dada por los derechos sociales, incorporados por el constitucionalismo social de mediados del siglo pasado. Importan obligaciones de hacer o dar por parte del Estado, siendo la base jurídica del estado de bienestar (Lorenzetti, 1995).

Por último, los de tercera generación, denominados "nuevos derechos", surgen como respuesta a la "contaminación de las libertades" en función del avance tecnológico, siendo amenazados la libertad informática, el medioambiente, el consumo, el patrimonio histórico y de la humanidad (Cafferatta, 2004).<sup>4</sup>

En esta dirección, las Naciones Unidas han declarado como tercera categoría de derechos humanos, además del derecho a la preservación del medioambiente, el derecho a la paz, al crecimiento y al desarrollo económico.

Como se ha mencionado, forma parte del ambiente el desarrollo sostenible, revistiendo por ello un derecho intergeneracional, dado que ha incluido a las futuras generaciones, creando un nuevo sujeto de derecho colectivo. En ese entendimiento, el derecho ambiental también es de cuarta generación, compuesto por tres pilares inescindibles: la economía, el ambiente y la sociedad.

---

<sup>4</sup>Al respecto, Cafferata (2010) sostiene que: "El Derecho ambiental es... un derecho de naturaleza dual, bifronte, bicéfalo... Es derecho individual y colectivo al mismo tiempo, es un derecho humano de tercera y cuarta generación" (p. 50).

#### IV - REFLEXIONES FINALES

Buscando asegurar el goce de estos derechos para los próximos años, los mismos se erigen con firme vigencia para cualquier política que piense llevarse a cabo en cualquiera de las esferas del Estado.

El medioambiente es fuente de recursos, y tanto su preservación como su restauración son cruciales para la salud y el desarrollo humano. Sin duda, la importancia de esta normativa trasciende generaciones y fronteras.

La constitucionalización del ambiente remarca la efectiva adopción de los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina, garantizando el efectivo ejercicio de los derechos humanos y del desarrollo sostenible al otorgarle la máxima jerarquía de derecho que nuestro ordenamiento posee.

Sin embargo, cualquier herramienta o sanción legal es insignificante respecto de las consecuencias que inevitablemente advendrán de no respetarse estos compromisos.

#### REFERENCIAS

- CAFFERATTA, N. A. (2004). *Introducción al Derecho Ambiental*. PNUMA. [https://repository.icesi.edu.co/biblioteca\\_digital/bitstream/10906/80473/7/Introduccion\\_al\\_Derecho\\_Ambiental%2C\\_Caferatta.pdf](https://repository.icesi.edu.co/biblioteca_digital/bitstream/10906/80473/7/Introduccion_al_Derecho_Ambiental%2C_Caferatta.pdf)
- CAFFERATTA, N. A. (2010). Los principios y reglas del Derecho ambiental. *Quinto Programa Regional de Capacitación en Derecho y Políticas Ambientales*. PNUMA. <http://www.pnuma.org/gobernanza/documentos/VIProgramaRegional/3%20BASES%20DERECHO%20AMB/7%20Cafferata%20Principios%20y%20reglas%20del%20der%20amb.pdf>
- FRÍAS, P. J. (2020). *El federalismo argentino*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/11/artelfederalismoargentino.pdf>
- GRASSETTI, E. R. (1998). *Estudios Ambientales. Análisis del Artículo 41 de la Constitución Nacional. Normas ISO 14000. Evaluación de impacto ambiental*. Heliasta.
- LÓPEZ ALFONSÍN, M. A. y TAMBUSI, C. E. (2007). El medio ambiente como derecho humano. En A. Gordillo (dir.). *Derechos Humanos*. Fundación de Derecho Administrativo.
- LORENZETTI, R. (1995). *Las normas fundamentales del derecho privado*. Rubinzal-Culzoni.
- PNUD (1990). *Informe de Desarrollo Humano 1990*. Tercer Mundo Editores. <https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1990escompletonostats.pdf>
- NONNA, S. (2017). La protección del ambiente. Esquema constitucional y de presupuestos mínimos en Argentina. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 14(47).



## **¿LOS ANIMALES TIENEN DERECHO A TENER DERECHOS?**

*Jorge Eduardo Buompadre*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 25/07/2024**

**Aprobado: 02/09/2024**

## ¿LOS ANIMALES TIENEN DERECHO A TENER DERECHOS?<sup>1</sup>

### DO ANIMALS HAVE THE RIGHT TO HAVE RIGHTS?

Por Jorge Eduardo Buompadre<sup>2</sup>

Universidad Nacional del Nordeste, Argentina

*Suiza era una chimpancé hermosa, que estaba a la espera de su libertad, pero ella no lo sabía, lo sabían los humanos. Era de color negro, de un pelo con suaves y casi invisibles líneas rojas, de ojos tristes, a veces amarillos, era realmente hermosa, viviendo encerrada en un zoológico de Salvador de Bahía (Brasil). Unos humanos habían promovido una acción judicial para que se la reconociera como sujeto de derecho y pudiera volver a su estado natural: su libertad. Pero la decisión llegó tarde. Suiza murió inexplicablemente, a las 11 horas del 27 de octubre de 2005, sin poder disfrutar su derecho a vivir en su hábitat natural. La decisión para regresarla a su vida en libertad llegó tarde. No importa si ya era muy vieja, muy joven, si estaba abatida por los años de encierro o si fue o no envenenada. Lo cierto es que Suiza murió en su jaula y los humanos llegaron tarde.*

**Resumen:** Luego de un recorrido exegético, buscaremos responder el interrogante que hace al título de esta obra tratando de dilucidar el estatus jurídico de aquellos seres que nos acompañan en esta inmensa roca que llamamos Tierra.

<sup>1</sup> El presente trabajo es una reversión para la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste de otra obra del mismo autor titulada *Los delitos contra los animales* (2023). De ella fue extraído el epígrafe que antecede este artículo.

<sup>2</sup> Profesor extraordinario visitante (Universidad Nacional del Oeste). Doctor en Derecho (Universidad Nacional del Nordeste). Doctor en Derecho Penal y Procesal Penal (Universidad de Sevilla, España). Profesor de Derecho Penal (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE). Vicedecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (2006-2018) (UNNE). Miembro titular del Jurado de Enjuiciamiento para Magistrados y Funcionarios de la provincia de Corrientes (2012-2021). Especialista en Derecho Penal (Universidad de Salamanca, España). Director académico de la Maestría en Ciencias Penales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas, UNNE). Exdirector académico del Doctorado en Derecho (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (2006-2023) (UNNE). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0787-9854>. Correo electrónico: [jbuompadre@gmail.com](mailto:jbuompadre@gmail.com)

**Palabras clave:** sufrimiento animal, derecho a la alimentación animal, cosas animadas

**Abstract:** After an exegetical journey, we will seek to answer the question posed by the title of this work, trying to elucidate the legal status of those beings that accompany us on this immense rock we call Earth.

**Keywords:** animal suffering, right to animal feed, animated things

## I - INTRODUCCIÓN

La relación del hombre con el animal ha existido desde que el mundo es mundo, desde las épocas más primitivas hasta la actualidad, pero siempre bajo una mirada transversal del humano usando al animal para sus propios intereses y beneficios, especialmente económicos.

Sin perjuicio de ello, en los tiempos que corren y desde hace unas décadas, la sociedad se ha ido despertando de un viejo letargo, transformando su visión acerca de los animales y la manera de relacionarse con ellos. Poco a poco se ha ido dando cuenta de que los animales también son seres vivos dotados de sensibilidad, con capacidad de emocionarse, de sufrir y alegrarse, y que merecen ser protegidos a través de las herramientas más contundentes con las que cuenta el ordenamiento jurídico.

Algunos visionarios –tal vez románticos apasionados– del siglo pasado lucharon por cambiar el estatus jurídico de los animales. Sarmiento fue uno de ellos. Su obra –por muchos ignorada– nos dejó, entre tantas cosas, la Sociedad Argentina para la Protección de los Animales.

Probablemente, la lucha de estos idealistas de la época marcó el camino que habría de comenzar con la sanción, el 25 de julio de 1891, de la Ley 2786 –que llevó, con oportuna justicia, el nombre de “Ley Sarmiento”, en homenaje al precursor en la lucha por la protección de los animales–, antecedente de la Ley 14.346 de Maltrato Animal, que rige en Argentina desde el 5 de noviembre de 1954.

En este artículo voy a ocuparme de analizar una temática que está suscitando mucho interés, no solo en Argentina sino también en el resto de América Latina y en Europa, que tiene relación con el derecho animal, reflexionando especialmente sobre un aspecto que me parece de gran relevancia teórico-práctica, como lo es, ciertamente, la problemática vinculada a sus derechos. No me voy a ocupar del derecho penal y de su injerencia en el mundo animal, porque ya lo he hecho en otras ocasiones (Buompadre, 2021, 2022, 2023b), sino del tema que propone el título de este artículo: “¿Los animales tienen derecho a tener derechos?”.



Si tuviera que dar una respuesta en este momento, diría dos cosas: una, "sí, no solo tienen derecho", sino también "derechos"; y para la otra –que en gran medida resume mi pensamiento sobre esa temática– acudiría a una máxima de mi propia cosecha: "si querés saber si los animales tienen derecho, o tenés dudas, preguntate cuánto querés a tu perro o a tu gato".

## II - LOS ANIMALES, ¿SUJETOS O COSAS?

Antes de centrarme en el tema, creo que es importante recordar que Argentina –desde lo político-institucional– es un país federal, lo cual implica que existen normativas que tienen alcance nacional, otras provinciales y otras municipales. Esta situación da origen a una enmarañada y profusa legislación que genera problemas de toda clase, especialmente de tipificación y competencia entre los delitos y las infracciones administrativas, sobre todo en los casos de fauna migratoria, que traspone fronteras municipales y provinciales en forma permanente. Situación que impide, ciertamente, contar con una legislación uniforme en lo referente a los animales, sean de cualquier tipo, raza o categoría –domésticos, domesticados, salvajes, abandonados, vagabundos, etcétera–.

Aun con esta dificultad, en Argentina existen normas que hacen referencia específica a los animales. A veces, como sostenía la Ley 14.346/1954 de Maltrato Animal, con un alcance general –sin ninguna distinción o especificación directa–, y otras, como la Ley 27.330 de Prohibición de Carreras de Perros<sup>3</sup>, del año 2016, con una fórmula abierta e indeterminada que plantea serios problemas de interpretación y configura una fuente plagada de peligros de afectación de principios constitucionales que navegan en las tormentosas aguas del derecho penal, con el principio de legalidad, los de máxima taxatividad y de seguridad jurídica. Se trata de una ley que en realidad se pensó para prohibir las carreras de galgos, pero la penetrante sutileza y aguda lucidez de nuestro legislador terminó sancionando otra cosa.

Otras normativas se han sancionado con un alcance más delimitado; por caso, la relativa a cierta especie de animales, como la Ley 22.421 de Conservación de la Fauna, que solo hace referencia a los animales silvestres, tipificando una serie de delitos que se vinculan específicamente con este linaje.

Sin perjuicio de esto, debemos recordar también que Argentina ha sido pionera en cuanto al reconocimiento de derechos a los animales. Esta conquista fue lograda en una acción de habeas corpus promovida por la ONG AFADA en 2014, mediante la cual se dictó sentencia reconociendo a la orangutana Sandra su derecho a la libertad, e inspirando entre otras consecuencias el cierre definitivo del viejo zoológico de la ciudad de Buenos

---

<sup>3</sup> Normativa que no hizo otra cosa que tipificar un delito: de organización de carreras de perros "cualquiera fuere su raza".

Aires, en 2016.<sup>4</sup> Gracias a ello, Sandra hoy vive junto a animales de su especie en un santuario en el estado de Florida, Estados Unidos.

Esta andanada de casos judiciales continuó en 2017, con la declaración de sujeto de derecho de la "chimpancé Cecilia", emitida por un juzgado de la provincia de Mendoza, lo que permitió que el primate hoy viva en estado de libertad natural en un santuario de Sorocaba, Brasil.<sup>5</sup>

Más recientemente, en 2023, un tribunal de la ciudad de General Roca, provincia de Río Negro, dictó un fallo en el caso del "chimpancé Toti", cautivo en un zoológico de Bualcó, que, si bien no hace referencia al animal como sujeto de derecho, sí pone de relieve que en la causa se comprobó que la vida, la supervivencia y la calidad de vida del chimpancé Toti –una especie en peligro de extinción y cuya protección se encuentra protegida en los artículos 41 y 43 de la Constitución nacional, afectando la biodiversidad y el ambiente como bienes constitucionalmente protegidos que requieren de tutela– se encontraban amenazadas, configurando por ello los requisitos de lesión y amenaza inminente a los derechos constitucionales, sentencia que dispuso el traslado de Toti a un santuario de grandes primates en la República del Brasil.<sup>6</sup>

Más allá del marco referencial de estos fallos –sin duda, hitos muy importantes en materia animal en la historia reciente de nuestro país–, voy a ocuparme brevemente de tres normativas que me permiten arribar a la conclusión de que los animales, en Argentina –pese a la incertidumbre legislativa que el tema acarrea–, son no solamente sujetos de derecho, sino que tienen derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

### III - LAS TRES LEYES

Aquí debo referirme a las tres leyes que considero más importantes en la materia: el Código Civil y Comercial, la Ley 14.346 de Protección a los Animales y el Código Penal. Normativas que me servirán para contestar la pregunta de si los animales tienen derechos.

La respuesta podría venir de diversas fuentes: una de ellas comprendería a un sector de la opinión que sostendría que los animales no tienen derechos; otros dirán que sí los tienen; mientras que otros podrían argumentar que tienen derechos, pero solo algunos.

---

<sup>4</sup> El precedente "Sandra" constituye quizás el más importante fallo judicial de los últimos años a nivel mundial, desplazando a los animales no humanos (seres sintientes) de la categoría de cosas semovientes, para ubicarlos en el pedestal de la de sujetos de derechos. "Es un precedente que invita a creer en la vida, en la dignidad y en el respeto por la libertad de todos los animales que a diario padecen el infierno del tratamiento humano" (Buompadre, 2015, p. 3).

<sup>5</sup> Poder Judicial de Mendoza, Tercer Juzgado de Garantías, "Presentación efectuada por AFADA. respecto del chimpancé 'Cecilia' - Sujeto No Humano", Expte. P-72.254/15, sentencia del 3 de noviembre de 2016.

<sup>6</sup> Superior Tribunal de Justicia, Río Negro, in re "Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales (A.F.A.D.A. ONG) c/ Zoológico Bualcó s/ amparo (f)", Expte. RO-29420-F-0000), sentencia del 9 de mayo de 2023.

Antes de bucear en una respuesta que podría ser precipitada, deberíamos preguntarnos de qué hablamos cuando hablamos de animales, o, mejor, qué son los animales para el derecho.

Si "no son nada", entonces la pregunta implicaría una pérdida de tiempo; pese a que algo deben ser, ciertamente. Por otro lado, si respondiéramos que son "cosas", la preocupación por una respuesta asertiva debería recaer en los propietarios, que son los que tienen intereses, especialmente económicos, con el animal. Pero si respondiésemos que son "sujetos", la preocupación debería ser nuestra, de los juristas, porque todo sujeto, por el solo hecho de serlo, debe tener protección del orden jurídico, como sucede con los humanos.

De acuerdo con nuestro régimen jurídico, algunos animales son cosas sin dueño –pese a ser seres vivos–,<sup>7</sup> como los animales salvajes, los domésticos abandonados o vagabundos, o los domesticados cuando no son perseguidos por sus dueños.

¿Puede un animal ser una cosa (sin dueño)? Teniendo en cuenta nuestro ordenamiento civil, la respuesta, en principio, debería ser afirmativa; pero me parece que la pregunta implica una contradicción en sus propios términos. El vocablo "animal" ¿no impacta contra el vocablo "cosa", entendida esta como un objeto material, inanimado?

Recordemos que, según nuestro derecho de fondo, el concepto "cosa" está definido en el artículo 16 del Código Civil y Comercial de la Nación con el siguiente texto: "los bienes materiales se llaman cosas". De modo que el animal sería, en principio, un bien material, salvo que lo consideremos una cosa (un bien material) animada (como lo es para la ley), vale decir, algo que se mueve por sí mismo, como establece el artículo 227 del mismo cuerpo normativo.

Dicho esto, diré algunas obviedades pero creo que hay que decirlas. Los animales no son iguales a cualquier objeto inanimado, como un vaso, una piedra o un cepillo de dientes. Son seres vivos que no solo se manifiestan por el hecho de existir, sino que además tienen emociones que los hacen susceptibles de sentirse alegres, enojados, con hambre, sed, miedos, que pueden moverse y trasladarse de un lugar a otro en forma autónoma, en definitiva, que tienen una vida biológica –a diferencia de los sujetos humanos, que además tienen, como diría Julián Marías, una vida biográfica, es decir, que se puede contar–. Si el animal es todo esto, entonces no puede ser, al mismo tiempo, una cosa. Y obviamente no podríamos decir que "es una cosa que se mueve", porque las cosas no se mueven.

Entonces, ¿qué es? Es un sujeto, y por ser un sujeto el orden jurídico le debe reconocer derechos, como hace con los sujetos humanos.

Si es un sujeto no humano, ¿qué lo diferencia de los sujetos humanos? La diferencia reside, a mi entender, en que los animales tienen derechos pero en forma limitada, reduci-

---

<sup>7</sup> Al igual que algunos objetos, como una piedra en el camino o una hoja de árbol en el césped de un parque.

dos a los más importantes o esenciales y que tienen relación con lo que ellos son en sí mismos, naturalmente. Así lo dice nuestro derecho de fondo.

Sus derechos son limitados porque, por un lado, no pueden ejercer todos los que el ordenamiento jurídico reconoce a los sujetos humanos, y, por otro lado, porque no todo el ordenamiento jurídico les reconoce derechos.

Queda claro entonces que son "sujetos de derecho". En consecuencia, por ser seres vivos, el orden jurídico les debe reconocer el derecho a la vida y a la salud. Y por ser seres sintientes, el derecho a no sufrir interferencias en sus existencias que les provoquen sufrimientos. Como corolario, si pueden comer y tener hambre, el orden jurídico les debe reconocer el derecho a la alimentación, entre otros tantos. La violación de sus derechos por parte de un sujeto humano conlleva una pena como consecuencia.

Sin perjuicio de lo que se viene exponiendo, me parece que una lectura muy ligera y superficial del Código Civil y Comercial de la Nación daría la sensación de que este no otorga ningún derecho a los animales, o al menos no muchos; pero si se aborda un estudio más detenido la conclusión debería ser la contraria, aunque no exista una norma que haga un reconocimiento expreso en tal sentido. Es verdad que, como muchos otros de América Latina y Europa, califica a los animales de cosas muebles (animadas) en propiedad, pero también lo es que se está viendo una tendencia al cambio, que empuja al dictado de leyes a favor de los animales, amparados sobre todo en su calidad de seres sensibles distintos de los bienes desprovistos de vida –como ha ocurrido en varios Estados europeos, como Austria, Suiza, Alemania, Francia, Portugal, España, entre otros, que han modificado, cada uno con sus propios matices, sus Constituciones y Códigos Civiles–.

En síntesis, podría decirse que, según nuestro ordenamiento jurídico en vigor, todo debería resolverse acudiendo a la siguiente dicotomía: todo lo que no es persona es cosa. Pero no sería una solución satisfactoria.

En este marco, algunos sostienen la idea de que, como la ley vigente otorga a los animales no humanos el estatuto de cosas, para ser titulares de derechos tendrían que ser reconocidos como personas. La tesis no es correcta, no solo desde la perspectiva del ordenamiento jurídico local, sino también desde las convenciones internacionales aprobadas por Argentina, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que "A los efectos de la Convención, persona es todo ser humano" (art. 1, inc. 2).

Para nuestro ordenamiento civil los animales son cosas muebles, semovientes, esto es, objetos que pueden trasladarse de un lugar a otro por sí mismos, en forma autónoma, categorización que impide que al mismo tiempo sean reconocidos como personas, aun siendo sujetos titulares de derechos.

Por otro lado, el *corpus iuris* civil y comercial argentino, cuando establece que "La existencia de la persona humana tiene comienzo con la concepción" (art. 19), está haciendo referencia, claramente, al ser humano. Dicho de otro modo: "persona es todo ser humano".

El de "persona" es un concepto normativo que no puede adjudicarse a los animales o las cosas, impedimento que no representa un obstáculo, desde luego, para que los primeros puedan ser considerados sujetos de derecho. Sin embargo, el reconocimiento de determinados derechos a los animales no humanos no supone atribuirles el estatus de persona.

Reconocer a los animales no humanos como sujetos de derecho no implica que estos vayan a ser titulares de los mismos derechos que las personas, sino reconocerles derechos que derivan de su condición de seres sintientes, es decir, reconocerles un estatus que les permita recibir protección jurídica por lo que son en sí mismos, esto es, seres vivos en libertad.

Volvamos entonces a nuestro interrogante inicial. Si los animales no humanos no son cosas (inanimadas) ni personas, ¿qué son? Creo que se debe responder categóricamente que son sujetos de derecho, seres sintientes, seres vivos dotados de sensibilidad, aun cuando no haya un reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico en tal sentido. De modo tal que la dicotomía antes señalada debería convertirse en tricotomía, esto es, segmentar la clasificación en tres partes: persona (sujeto humano), cosa (objeto inanimado) y animal (sujeto no humano).

Es cierto que cuando nuestro derecho privado hace referencia a los animales calificándolos de cosas muebles no surge en modo alguno que de tal categorización se tenga que derivar, necesariamente, el reconocimiento de algún derecho. Al contrario, parecería que el propio ordenamiento les está negando toda posibilidad de ostentar derechos. ¿Y por qué esta sería una argumentación verdadera? Porque, por un lado, el Código Civil y Comercial de la Nación establece en el artículo 227 que "son cosas muebles" las que pueden desplazarse por sí mismas y por una fuerza externa, entre las que se puede incluir, desde luego, a los animales, mientras que en el artículo 1947 dispone que estas cosas están sujetas a apropiación (por los sujetos humanos). Por otro lado, en el artículo 1948 reconoce que ciertas categorías de animales tienen "libertad natural".

Lo digo de otra manera:

1. El artículo 227 dice que los animales son cosas muebles.
2. El artículo 1947 dice que estas cosas muebles son cosas sin dueño sujetas a apropiación, entre las que menciona:
  - a) Las cosas abandonadas. Si los animales son cosas muebles y estas cosas, cuando han sido abandonadas, adquieren el carácter de *res nullius* sujetas a apropiación, entonces los animales abandonados deberían estar dentro de esta categoría.
  - b) Los animales que son objeto de caza.
  - c) Los animales domesticados, cuando el dueño desista de perseguirlos.
3. El artículo 1948 establece que "el animal salvaje o los animales domesticados, que han recuperado su 'libertad natural', pertenecen al cazador cuando los toma o caen en

su trampa", normativa que reconoce que, cuando estos animales no están dentro del dominio del cazador (sujeto humano), tienen libertad natural.

Vale decir: el estado primario (natural) de los animales salvajes y los domesticados –en ciertas circunstancias– es vivir en libertad natural, esto es, en la naturaleza, que es su hábitat natural. O sea que la normativa civil y comercial reconoce que cierta categoría de animales vive en libertad natural, y solo pueden vivir en libertad natural quienes ostentan la calidad de sujetos no humanos, no las cosas. Las cosas inanimadas no viven en libertad natural. Si los animales viven y tienen libertad natural no pueden ser, al mismo tiempo, cosas inanimadas, sino sujetos no humanos dotados de vida y de capacidad de sentir y sufrir.

También el Código Penal nos brinda una respuesta respecto del interrogante que planteamos. Específicamente en el artículo 183, al tipificar el delito de daño, castiga con pena de prisión el daño a una cosa mueble, inmueble y a un animal. Aunque con un déficit de técnica legislativa, surge claramente que el legislador penal ha diferenciado a la cosa mueble del animal; de lo contrario, no podría entenderse con un mínimo de razonabilidad que haya insertado en un mismo artículo dos conceptos que tienen un mismo significado.

Si bien es verdad que los animales no tienen derechos "análogos" a los de los humanos (por ejemplo, no pueden votar, formar una sociedad comercial u opinar), no lo es menos que "algunos derechos tienen", además de un valor en sí mismos, por lo que son.

Así como tienen derecho a la vida, debemos reconocer que la vida animal es un valor en sí misma, razón por la cual el ordenamiento jurídico la protege prioritariamente, aunque los sujetos sean no humanos. Si esto no se entendiera de este modo, carecería de sentido castigar el maltrato animal.

El hecho de que los animales no puedan exigir a las autoridades públicas o privadas o a sus dueños el cumplimiento de ciertos derechos ni reclamarlos judicialmente no significa que no los tengan. Existen humanos (por ejemplo, niños de corta edad, incapaces, etcétera) que tampoco pueden ejercer por sí mismos sus derechos, y nadie podría negar que son sujetos de derecho.

Que los animales tienen derechos surge también de la propia Ley 14.346, que castiga diversas conductas relacionadas con un mismo bien jurídico: el animal, categorizado normativamente como "víctima" de los actos de maltrato y crueldad que pudieren ocasionarle los sujetos humanos, circunstancia que permite deducir un expreso reconocimiento de la ley de que el animal tiene el derecho a no ser víctima de conductas maltratadoras. Si no se entendiera de esta manera, no podría ser delito herir o matar a un animal, porque, por un lado, se trataría de una "cosa mueble" y, por otro, porque no se podría derivar de una cosa mueble (inanimada) un hipotético derecho a la vida o a la integridad física y psíquica.

Del mismo modo, si no tuvieran derecho a una alimentación en cantidad y calidad sufi-

ciente, no podría ser delito no alimentarlos. Si no tuvieran derecho al descanso, no podría ser delito hacerlos trabajar en jornadas excesivas. Y así podríamos seguir con las demás figuras, no solo las previstas en la Ley 14.346, sino también las tipificadas en la Ley 22.421.

En el mundo de hace unas décadas no se percibía demasiado interés por el bienestar de los animales, y ni qué decir de sus derechos. Eran objetos ignorados por la mayoría, una cosa valiosa económicamente o simplemente instrumental. El derecho se elaboraba por humanos y para humanos, pensando en los intereses propios. Se los podía cazar o matar por diversión o por motivos económicos, explotarlos en trabajos pesados, hacerlos sufrir con tratos abusivos y crueles, exhibirlos en alguna pared, convertirlos en cosméticos u otros productos para el comercio, etcétera.

Ciertamente, mucho no ha cambiado en estos años. Sin embargo, desde hace un tiempo, y merced a la injerencia de importantes círculos científicos, de organizaciones no gubernamentales, de movimientos sociales y de algunos países que han empezado a reformar sus leyes avanzando hacia una protección más efectiva y más humana del animal (como Austria, Suiza, Alemania, España y Francia –en Europa– y Colombia, Perú y Ecuador, en América Latina), se comenzó a avizorar, y a sentir, una relación más estrecha y más intensa entre el hombre y el animal, una preocupación real y constante por su bienestar –particularmente en algunos sectores de opinión más apasionados–. De esta manera, se ha dado origen a movimientos animalistas y de otro signo para luchar por los derechos de los animales, en el marco de una fuerte tendencia a reconocer a los animales como sujetos de derecho susceptibles de ser protegidos por el orden jurídico, especialmente por el derecho penal.

El viejo Código Civil de Vélez Sarsfield, como vimos, decía que los animales salvajes –acudiendo a una concepción proveniente del derecho romano– eran *res nullius*, esto es, cosas muebles sin dueño, y que podían ser apropiados por cualquiera, inclusive mediante la actividad de caza. Hoy tenemos un nuevo Código Civil y Comercial y, sin embargo, la situación jurídica de los animales mucho no ha cambiado, salvo leves modificaciones que no han implicado cambios significativos: los animales siguen siendo una cosa que puede ser apropiada por los humanos.

Creo que, por la importancia de los intereses en juego, debemos debatir y repensar ciertas categorías que tienen relación con los animales y dimensionar el alcance que deberíamos dar a la protección jurídica de los mismos en una futura reforma del Código Civil y Comercial.

Si partimos de la idea de que los animales son seres vivos, tienen que ser –desde lo biológico o natural y desde lo normativo– diferentes a las cosas. No pueden ser cosas, como antes se dijo, porque las cosas son objetos inertes o sin vida, inanimados, inanes. Y no pueden ser seres vivos y cosas muebles no registrables al mismo tiempo. Por lo tanto, hay



que entender que tienen un estatus especial que debe ser reconocido por el orden jurídico.

Se podría interpretar, desde luego, que cuando el Código reformado establece que los animales son cosas muebles no registrables lo que quiere decir es, en realidad, que no son cosas inanimadas sino cosas equiparables o asimilables a las inanimadas. Pero entonces hay que admitir que son algo distinto de las cosas inanimadas.

En conclusión, si no protegemos a los animales otorgándoles derechos en serio y no meras declaraciones de principios, y si al mismo tiempo no se implementan políticas públicas responsables y serias en relación con la protección de la vida animal, haciendo las inversiones suficientes, puesto que la experiencia ha demostrado que de poco sirven las leyes frente a un Estado ausente, corremos el riesgo de que la vida silvestre (la vida animal) alguna vez desaparezca de la faz de la tierra y, con ello, la supervivencia de los humanos.

La historia de la chimpancé Suiza citada al comienzo de este artículo –que es la historia de muchos animales que todavía hoy sufren en nuestro país el encierro y una migración obligada de su hábitat natural– debe hacernos repensar y reconocer que aún falta mucho camino por recorrer. Quienes hacen las leyes tendrán alguna vez que admitir que el animal no es un enemigo al que hay que vencer (o ignorar), sino que el enemigo es aquel que lo hace objeto de malos tratos o trafica ilegalmente con las especies, causando estragos en una biodiversidad que poco a poco va perdiendo, por la conducta del propio sujeto humano, su capacidad de brindar a ese mismo sujeto una riqueza natural como esperanza de una vida mejor para todos.<sup>8</sup>

## REFERENCIAS

- BUOMPADRE, P. N. (2015). De Suiza a Sandra. Un camino hacia el reconocimiento de derechos básicos fundamentales de los animales no-humanos. Los animales como "sujetos de derecho". *La Ley*, AR/DOC/1311/3015.
- BUOMPADRE, P. N. (2021). *Derecho de los animales, medio ambiente y derecho penal: Reflexiones para las futuras generaciones*. ConTexto.
- BUOMPADRE, P. N. (2022). *Los animales y el derecho penal*. Astrea.
- BUOMPADRE, P. N. (2023a). *Los delitos contra los animales*. Ediciones Olejnik.
- BUOMPADRE, P. N. (2023b). *Delitos contra los animales*. ConTexto.

---

<sup>8</sup> De mi séptimo libro de poesía: "Mi perro Rocco" // Ya tiene unos años encima / un pelaje negro, enrulado, agrisado de tiempo / su andar cansino y sereno, tranquilo, / confiesa una vida, ladrando en silencio. // A veces mira su entorno, / como si viera fantasmas sombras de duendes, perdidos, / ojos llorosos, revelando misterios. / Ya tiene unos años encima mi perro, / ladrón de sueños, gigante pequeño, / pero todavía te huele, te siente, te anhela / moviendo la cola, como vientos de arena. // Ya no regaña, poco ríe, / sólo vive su vida, / acostumbrado a un silencio.







**DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y GARANTÍAS  
CONSTITUCIONALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES**

*Claudio Hugo Fedé*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 19/07/2024**

**Aprobado: 28/08/2024**

## DERECHO DE LOS CONSUMIDORES Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LOS PROCESOS JUDICIALES

### CONSUMER LAW AND CONSTITUTIONAL GUARANTEES IN JUDICIAL PROCESSES

Por Claudio Hugo Fede<sup>1</sup>

Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** El presente trabajo efectúa un análisis generalizado del impacto en los diversos procesos judiciales producto del paradigma normativo consumeril y la necesidad de repensar nuevos constructos procedimentales a fin de lograr la efectiva tutela de los derechos de los consumidores.

**Palabras clave:** derecho de los consumidores, procesos judiciales, garantías constitucionales, nuevo paradigma, vulnerabilidad

**Abstract:** This work carries out a generalized analysis of the impact on the various judicial processes, a product of the consumer regulatory paradigm and the need to rethink new procedural constructs in order to achieve effective protection of Consumer Rights.

**Keywords:** consumer law, judicial processes, constitutional guarantees, new paradigm, vulnerability

---

<sup>1</sup> Juez en lo Civil y Comercial del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires. Abogado. Profesor universitario e investigador en derecho. Exdirector de la carrera de abogacía (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica de La Plata). Especialista en Problemáticas de las Organizaciones Familiares (Universidad Nacional de San Martín). Director de la *Revista Argentina de Derecho Común* y codirector de la *Revista Argentina de Derecho y Tecnología* (IJ Editores). Profesor titular en Derecho Civil Parte General (UCALP). Profesor adjunto en Derecho de Familia e Interpretación del Derecho (Universidad Abierta Interamericana). Codirector y profesor de la Diplomatura Nuevas Competencias en Escenarios de Cambio (Instituto de Estudios en Ciencias Jurídicas, UNSAM). Director de la investigación "La incidencia de los derechos del consumidor: impacto general en las relaciones jurídicas" (UAI). Autor de temas académicos de diversas especialidades. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-6437-4839>. Correo electrónico: [claudiohugofede@yahoo.com.ar](mailto:claudiohugofede@yahoo.com.ar)

## I - ALBORES DEL PARADIGMA DEL DERECHO CONSUMERIL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

Liminarmente debemos identificar que, en el año 1993, nuestro país ingresó en un nuevo esquema o paradigma de derechos. Con la sanción y entrada en vigencia de la Ley 24.240, instauró un régimen de protección y defensa de los consumidores, creando así una nueva categoría de sujetos: aquellos quienes estaban insertos en el marco de una relación jurídica a la que se denominó la relación de consumo.

En el dictamen de las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, que tuvieron a cargo el tratamiento del proyecto legislativo que dio origen a la sanción de esta ley, se establecía que

esta noción, acuñada en los ámbitos especializados en política y derecho del consumo, incorporada por el artículo 42 a la Constitución Nacional en la Reforma de 1994 y empleada profusamente en la práctica cotidiana vinculada a esta temática, alude, precisamente, a lo que es foco y común denominador de las múltiples situaciones reguladas por esta legislación especial, sus reglamentaciones y otras normas complementarias. Sin embargo, hasta hoy hay que acudir a la doctrina o a la jurisprudencia para hallar una definición de lo que son las relaciones de consumo, por lo que establecer qué entiende la ley argentina por relación de consumo implica un avance hacia la seguridad jurídica para todos los actores en ella involucrados.<sup>2</sup>

Así, el consumo es parte de la premisa madre de dicha regulación, que nos posiciona a todos los sujetos en el marco de múltiples vínculos derivados de la sociedad consumista en la que habitamos.

Debe agregarse el tejido social actual, potenciado a raíz de la tecnología y el fenómeno de la globalización. Cada día el sujeto se encuentra más cercano al consumo, por lo que podría hablarse de hiperconsumo.

Tal como expresé en trabajos anteriores (Fede, 2023), el que desea necesita, y el que necesita desea. Es por ello por lo que podemos afirmar que todo el sistema actual está fundado en la conexión de los sujetos con los productos, y que la condición inacabada existencial de estos permite que el sistema se perpetúe y se profundice.

Es decir, el contexto sociohistórico posiciona al sujeto en determinados aspectos que alteran su vida diaria, sirviendo el derecho de guía rectora y de encauce contextual.

En esa sintonía, el derecho categorizó a los consumidores y usuarios como aquellos sujetos que se encontraban expuestos a la relación de consumo, pero con una condición

---

<sup>2</sup>Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Disponible en: <http://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dcomisiones/periodo-124/124-306.pdf>. Orden del Día 306/2006, p.13.

particular: que dentro de la cadena consumeril fueran el eslabón final; es decir, que no ingresasen el producto o servicio al sistema consumeril, puesto que de esta manera perderían la categoría de consumidores (Diazzi, 2015).

Destáquese que la ley no diferenció al consumidor únicamente como persona física, sino que también lo hizo extensivo a las personas jurídicas.

Además, se pensó la idea del equiparado en la relación de consumo; esto es, a quien se le hace extensiva la relación por el contacto indirecto con el bien o el servicio, sin haberlo adquirido directamente. Por ejemplo, el caso de las personas físicas cuando adquieren un bien o servicio no solo para su beneficio propio o particular, sino para el de su grupo familiar.

Por otra parte, dentro de la relación jurídica se previó la existencia de un proveedor del bien o del servicio, es decir, aquellos que pertenecen a la cadena de consumo, pero participando de la composición, producción, generación, comercialización, etcétera, de aquello que se coloca en la cadena consumeril y que llega a los sujetos para su utilización.

Lo importante del contexto y de la adecuación jurídica es la comprensión de la condición del consumidor frente al proveedor, que no es más que la condición de vulnerabilidad. Y producto del hiperconsumo que se refirió precedentemente, agravado por el impacto de las nuevas tecnologías y las plataformas digitales, el consumidor se encuentra en una situación de hipervulnerabilidad.

Es así que, a partir de la incorporación de este paradigma, constitucionalizado a partir de 1994 con la reforma, el derecho fondal argentino constituyó un nuevo sustrato, del cual se requería, en lo general y particular, el *aggiornamento* desde el derecho adjetivo.

## II - LA INCORPORACIÓN DE LA CATEGORÍA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Posterior a la sanción y entrada en vigor de la ley referenciada precedentemente, se propulsó la necesidad de incorporar a la Constitución nacional un hilo rector en la materia (Truscello, 2013).

Es así que, hace treinta años, con la reforma constitucional de 1994, se incorporó el artículo 42, el cual regula el derecho de los usuarios y consumidores de bienes y servicios, en el marco de la relación consumeril, a la protección integral, que congloba todos los aspectos de la vida del sujeto, tales como cuestiones inherentes a la salud, la seguridad, los intereses económicos, la información, la libertad de elección, las condiciones de trato digno y equitativo, entre otras.

El Estado argentino ha otorgado una garantía fundacional a este tipo de sujetos, por lo que las políticas deben estar destinadas a la tutela efectiva de esta categoría de derechos.

En ese sentido, se prevé que un modo de garantizar la efectiva tutela se da a través de la instauración de procedimientos especiales y eficaces de prevención, como así también de resolución de conflictos.

También las provincias comenzaron a incorporar en sus constituciones la categoría en tratamiento: Buenos Aires (art. 38), CABA (arts. 14, 46, 138 y 139), Catamarca (art. 57), Córdoba (art. 29), Corrientes (arts. 48, 67 y 233), Chaco (arts. 19, 45, 46 y 47), Chubut (arts. 33 y 89), Entre Ríos (arts. 30 y 56), Formosa (art. 74), Jujuy (arts. 93 y 228), La Rioja (arts. 51 y 60), Misiones (art. 50), Neuquén (art. 55), Río Negro (art. 30), Salta (art. 31), Santa Cruz (art. 46), San Juan (art. 69), Santiago del Estero (art. 36), Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (art. 22) y Tucumán (art. 42).

Como ejemplo, la provincia de Buenos Aires positiviza el derecho del consumidor en su artículo 38, identificando como la Constitución nacional los derechos y garantías que los consumidores tienen dentro de la relación de consumo.

En miras de esa tutela otorgada por el ordenamiento jurídico, si se estima configurada una relación jurídica consumeril, se habilitará la aplicación de toda norma tuitiva de la legislación.

Así, podemos observar que nos encontramos en presencia de un paradigma inserto en nuestra sociedad que salpica todas las ramas del derecho y que merece ser estudiado profundamente, como también debemos analizar si las normas de fondo se encuentran programáticas en el marco del cumplimiento de las reglas procedimentales, tal como se ha expuesto.

### **III - LOS PROCESOS DE CONSUMO, LA NECESIDAD DE REGULACIONES ESPECÍFICAS Y LA ADAPTABILIDAD**

Nuestro país, a partir del andamiaje construido y referenciado, ha otorgado una serie de garantías específicas a fin de resguardar la tutela efectiva de esta categoría de derechos. En lo referente a procedimiento, la Ley 24.240<sup>3</sup> ha dispuesto un capítulo específico en materia de acciones.

Conforme el capítulo XIII, se regularon cuestiones inherentes a la acción en materia consumeril, la legitimación propia del consumidor y la atribuida a organizaciones regladas por la ley, denominadas Asociaciones de Consumidores (art. 52).

Además, la norma previó reglas específicas en materia de proceso, tales como lo dispuesto en el artículo 53:

En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal

---

<sup>3</sup> Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/638/norma.htm>

ordinario competente, a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.

Lo que resulta de gran complejidad práctica.

En los procesos en los que se ventile en el marco del ejercicio de derechos por parte de consumidores, regirán las reglas del proceso de conocimiento más abreviado de la jurisdicción local, quedando a la interpretación de la procedencia respecto de la situación analógica inversa, esto es, aquellas causas que sean iniciadas por proveedores contra los consumidores.

Se advierte que el impacto procesal es notorio, y allí es donde las reglas de procedimiento se han ido transformando. Esto es, en aquellas causas donde exista un consumidor en el ejercicio de sus derechos, debe brindarse una acción expedita, rápida y de conocimiento.

Derivado de ello, se han dado transformaciones prácticas. Por ejemplo, a lo largo de la jurisprudencia<sup>4</sup> se han visto casos en los que se declaró la improcedencia de la vía ejecutiva respecto de los pagarés suscriptos por consumidores, debiendo tramitar la cuestión por el proceso sumarísimo, tal como dispone el artículo 53. De allí se construyó la doctrina del pagaré de consumo. Los magistrados, la doctrina y todo operador jurídico debieron repensar las reglas de juego.

La Ley 24.240 también ha determinado aspectos centrales en materia de acciones colectivas (art. 54) y sobre la publicidad de las sentencias (art. 54 bis).

No obstante, sabido es que los procedimientos de cada unidad federativa son propios e inherentes a las decisiones de sus Gobiernos a partir de la sanción normativa, conforme el artículo 5 de la Constitución nacional, que establece:

Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

Es por ello por lo que se afirma que cada provincia organiza, según sus propios medios y disposiciones normativas, su sistema jurisdiccional, ajustándose a su realidad y recursos. garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

---

<sup>4</sup> Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, "Cuevas", C. 109305, del 1 de septiembre de 2010; "Crédito para todos S.A. c/ Estanga, Pablo Marcelo s/ Cobro ejecutivo", C. 117.245, del 3 de septiembre de 2014; "Asociación Mutual Asis", C. 121.684, del 14 de agosto de 2019; y otros.

Lo cierto es que el artículo 65 de la Ley 24.240 dispone que esta es de orden público y se aplica a todo el territorio nacional, por lo que su aplicación es a partir desde su entrada en vigor.

Otro ejemplo de necesidad de adecuación de los procesos a las normas consumeriles es el de la aplicación de los derechos de consumidores y usuarios en materia concursal y de quiebras.

La Ley 24.522 es la norma que regula los procesos falenciales en Argentina, tales como los concursos preventivos y quiebras, que derivan de un estado de cesación de pagos. Siendo así, en la materia se han observado numerosos casos en donde el procedimiento fue iniciado por un consumidor y, atendiendo la condición particular del sujeto involucrado y su vulnerabilidad, debió ser encausado en virtud de los aspectos centrales que rigen la materia consumeril.

En estos casos, un claro supuesto habitual de adecuación es la no exigencia documental, frente al requisito de pedido previsto en el artículo 11, inciso 5, de la Ley de Concursos y Quiebras, por no haber recibido el consumidor una información clara y detallada, como prevé el artículo 4 de la norma, por parte del proveedor. Por ejemplo, cuando el consumidor se endeuda a través de contratos de mutuo con cualquier entidad financiera y no se le entrega copia del contrato.

Este supuesto actualmente es denominado por la doctrina y por académicos<sup>5</sup> como los casos de consumidores sobreendeudados. Y es en el marco de dichos procesos que los magistrados deben evaluar, conforme un formato procedimental previsto para un contexto sociohistórico y económico, condiciones de personas físicas en un contexto sociohistórico y económico diferente, atravesado por los fenómenos globales, la tecnología y los impactos ya señalados.

Finalmente, se resaltan cuestiones que también han sido suscitadas a partir de la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, que reguló aspectos centrales también en materia del consumidor en el Libro III, Título III "Contratos de consumo", artículo 1092 y siguientes.

Sobre esto podemos advertir el impacto generado por el artículo 1109, que legisla en materia de competencia:

Lugar de cumplimiento. En los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, a distancia, y con utilización de medios electrónicos o similares, se considera lugar de cumplimiento aquel en el que el consumidor recibió o debió recibir la prestación. Ese lugar fija la jurisdicción aplicable a los conflictos derivados del contrato. La cláusula de prórroga de jurisdicción se tiene por no escrita.

---

<sup>5</sup> Entre ellos, Ganino (2023).



De la norma se advierte la determinación de competencia territorial, como así también que en aquellos casos en donde se ha pactado la prórroga de competencia, en materia contractual, esta se entiende por no escrita, incluso aunque sea una cuestión estrictamente patrimonial.

En síntesis, la normativa consumeril ha generado un notorio impacto en los procesos jurisdiccionales, debiendo los operadores jurídicos efectuar interpretaciones extensivas, con base en diversos fundamentos. Es por ello que la diversidad de criterios puede afectar sobremanera las garantías constitucionales que se referenciaron oportunamente, generándose así inseguridad jurídica.

#### IV - CONCLUSIÓN

La inseguridad jurídica no debe ser permitida. Es así que deben existir acciones positivas tendientes a la construcción de procesos judiciales que garanticen la efectiva tutela de derechos, atendiendo los contextos involucrados.

Todo se centra en el respeto de la dignidad humana, dado que resulta el reservorio general de los derechos humanos. Y, frente a la aparición de nuevos sustratos fundales normativos, es necesaria la legislación que permita la aplicación programática de esos derechos, en miras del espíritu perseguido.

Bueres (2015) expresa que el Código Civil y Comercial se encuentra en sintonía con la Constitución nacional y los tratados internacionales, colocando a la persona humana en un estado en donde su consideración tiene un valor intrínseco absoluto y cuya condición no puede ser instrumentalizada.

La ley debe resguardar y el Estado debe proveer los entramados normativos para la aplicación práctica de las leyes que otorgan garantías a los ciudadanos.

Tal como he afirmado oportunamente, más vale la presencia efectiva que una excelsa proclama de derechos.

#### REFERENCIAS

- BUERES, A. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado*. Hammurabi.
- DIAZZI, A. J. (2015). Régimen de pequeño concurso y quiebra aplicado al consumidor final. <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/48427>
- FEDE, C. H. (2023). El deseo y la necesidad: elementos rectores en la vulnerabilidad consumeril. *El Dial*.

GANINO, A. (2023). Reglamento de actuación para la prevención y solución del sobreendeudamiento de las y los consumidores en el ámbito de la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje de Consumo de la Nación. *El Derecho-Diario*, tomo 303, Ed- IV-DCCLXXII-848.

TRUSCELLO, P. (2013). Evolución y actualidad del Derecho del Consumidor en Argentina y el Mercosur. *Ratio Iuris. Revista de Derecho*, 1(2). <https://publicacionescientificas.uces.edu.ar/index.php/ratioiurisB/article/view/69>





**PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY FUNDAMENTAL  
CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS TREINTA AÑOS DESPUÉS DE SU ÚLTIMA REFORMA**

*María Soledad Durand*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 25/07/2024**

**Aprobado: 26/09/2024**

**PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA LEY FUNDAMENTAL  
CONSECUENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
TREINTA AÑOS DESPUÉS DE SU ÚLTIMA REFORMA**

**GENDER PERSPECTIVE IN THE FUNDAMENTAL LAW  
LEGAL AND POLITICAL CONSEQUENCES  
THIRTY YEARS AFTER ITS LAST REFORM**

*Por María Soledad Durand<sup>1</sup>*  
Universidad de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** La reforma constitucional de 1994 en Argentina no solo significó una actualización del marco jurídico para responder a las nuevas demandas sociales y políticas, sino que también representó un momento clave para la incorporación de una perspectiva de género en el texto constitucional. Este trabajo propone, por un lado, analizar en detalle las modificaciones que incorporaron derechos para las mujeres, poniendo de relieve los alcances, limitaciones y desafíos que surgieron de este proceso, y, por el otro, detallar las consecuencias de esas incorporaciones a nivel jurídico y político, acaecidas en estos treinta años.

**Palabras clave:** igualdad, género, paridad, acciones afirmativas

**Abstract:** The 1994 constitutional reform in Argentina not only meant an update of the legal framework to respond to new social and political demands, but also represented a key moment for the incorporation of a gender perspective in the constitutional text. This work aims, on the one hand, to analyze in detail the modifications that incorporated rights for women, highlighting the scope, limitations and challenges that arose from this process, and on the other, to also detail the consequences of these incorporations at the level legal and political, occurred in these 30 years.

**Keywords:** equality, gender, parity, affirmative actions

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia). Diplomada en Igualdad y no Discriminación (UBA). Certificada por OEA, CEPAL y OIT en políticas de género e inclusión. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-8460-3168>. Correo electrónico: [pupidurand@gmail.com](mailto:pupidurand@gmail.com)

## I - CONTEXTO DE LA REFORMA Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

En la década de 1990, Argentina experimentaba una creciente movilización en torno a los derechos de las mujeres y la igualdad de género, en sintonía con una ola global de reformas democráticas y de derechos humanos. El movimiento de mujeres en nuestro país, en particular de la política, venía de lograr la sanción de la primera ley de cupo femenino del mundo,<sup>2</sup> que sirvió de modelo para el resto de los países y como paso previo a las leyes de paridad. En consecuencia, ellas –que por primera vez se unieron transversal y multipartidariamente– lograron fundamentalmente que participaran de la reforma constitucional ochenta convencionales mujeres (Durrieu, 1999), sin las cuales habría sido muy difícil contar con las incorporaciones que analizaremos a continuación. Esto cobra relevancia teniendo en cuenta que el contexto político y social de 1994 aún era predominantemente patriarcal, y que la aplicación de la Ley de Cupo tenía solo un año de antigüedad. Con plena puja en la Justicia electoral, esto sin duda influyó en cómo se abordaron –y omitieron– muchas de las cuestiones de género que formaron parte de la reforma de nuestra Constitución nacional.

## II - ARTÍCULOS INCORPORADOS MÁS TRASCENDENTALES DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

### **Artículo 37: igualdad real en el acceso a cargos públicos - acciones afirmativas**

El artículo 37 es uno de los más significativos desde la perspectiva de género, ya que garantiza la igualdad real de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres en el acceso a cargos públicos y partidarios. Pero fundamentalmente establece que esa igualdad, ya no formal y ante la ley sino real o sustantiva, deberá garantizarse por medio de acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.

Si bien no menciona explícitamente la Ley de Cupo Femenino, implicó un avance fundamental al constitucionalizar las acciones afirmativas –hasta entonces, con rango legislativo– modificando para siempre uno de los principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico: el principio de igualdad. Ya no se trataba solamente de que el Estado no discriminara y todos fuéramos considerados igualitariamente ante la ley, sino de reconocer que, a pesar de que no existieran normas discriminatorias o que violaran el principio de igualdad de manera palmaria, igualmente existían –y existen– grupos históricamente desaventajados en nuestra sociedad que sufren desigualdades no normativas sino es-

---

<sup>2</sup>La Ley 24.012, de 1991, en principio fue sancionada para la elección de miembros de la Cámara de Diputados, y luego para la Cámara de Senadores. Implicaba que el 30 % de las listas debía estar conformado por mujeres.

estructurales (Saba, 2005), y que en la vigencia de las garantías constitucionales y del estado de derecho era –y es– imperiosa la intervención activa del Estado para remover las causas profundas de esas desigualdades, que subyacen en el tejido social.

Esta modificación fue sin duda una de las más valiosas de toda la reforma en lo que a mujeres y diversidades respecta. La igualdad anterior no solo no modificaba las desigualdades existentes, sino que incluso podía acentuarlas (Durand, 2022): considerar con la misma vara situaciones desiguales de hecho como si fueran iguales porque la ley así lo determina no hacía otra cosa que profundizar las desigualdades estructurales imperantes padecidas por esos grupos, como, en este caso, las mujeres.

Pasar de la ficción “todos somos iguales ante la ley” a “existen desigualdades estructurales en la sociedad y el Estado debe encargarse de reducirlas y eliminarlas” resultó un cambio de paradigma radical que modificó el propio rol del Estado y le otorgó densidad y dinamismo a un principio de igualdad que arrastraba 150 años de pomposa esterilidad.

### **Artículo 75, inciso 22: jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos**

El artículo 75, inciso 22, otorgó jerarquía constitucional a instrumentos internacionales de derechos humanos, entre ellos, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Esta introducción constituye también un punto de inflexión fundamental, ya que refuerza los derechos de las mujeres reconocidos internacionalmente, pero también obliga a interpretar la Constitución nacional y las leyes a la luz de estos tratados.

En particular resultó clave en el desarrollo de los derechos de las mujeres en nuestro país, toda vez que, al no contener la Constitución preceptos específicos sobre discriminación y violencia de género, otorgar rango constitucional a este pacto significó dotar a nuestro ordenamiento jurídico del instrumento de protección legal y ética para combatir la discriminación contra las mujeres a nivel global, promoviendo la igualdad de género y empoderando a las mujeres para alcanzar sus derechos humanos en plenitud.

Más específicamente, la incorporación de la CEDAW implicó:

1. Adherir al estándar internacional sobre discriminación contra las mujeres, estableciendo un marco para su eliminación en cada esfera de la vida: política, económica, social, cultural y civil.

2. Fomentar la igualdad de género: no solo queda prohibida la discriminación, sino que obliga a los Estados a tomar medidas activas para asegurar la igualdad real entre hombres y mujeres, lo cual refuerza y amplía el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Constitución antes analizado y refuerza lo dispuesto en el artículo 75, inciso 23.

3. Posibilitar la rendición de cuentas al establecer un comité que monitorea la im-

plementación del acuerdo, lo cual constituyó una herramienta valiosa para la medición de resultados y la visibilización del compromiso de cada Estado.

4. Comprometernos a integrar sus principios en nuestro ordenamiento jurídico, lo que derivó en la sanción de normas fundamentales para las mujeres de nuestro país.

5. Impulsar la agenda global de derechos humanos al proporcionar un marco jurídico para promover la efectivización de los derechos y garantías consagrados.

Cabe mencionar también el resto de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad que guardan relación y consolidan la igualdad real de oportunidades: el Pacto de San José de Costa Rica (art. 23, inc. 1, ap. c), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 25, inc. c, y art. 26), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 20), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 21, inc. 2), y la propia CEDAW (art. 7).

### **Artículo 75, inciso 23: igualdad real y acciones afirmativas**

El artículo 75, inciso 23, establece la obligación del Congreso de dictar leyes y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución nacional y los tratados de derechos humanos por parte de los grupos desfavorecidos, incluyendo mujeres, niños, ancianos y personas con discapacidad.

Nuevamente se pone en cabeza del Estado –del Poder Legislativo– la tarea de asumir un rol activo por medio de acciones afirmativas destinadas a lograr mayor igualdad y a equiparar las condiciones y oportunidades de los sectores mencionados. Ya no se trata solo de que el Parlamento no dicte normas discriminatorias, sino que deberá legislar y promover acciones para garantizar la efectivización de la igualdad en la vida real.

Este inciso amplía el campo de aplicación del principio de igualdad real o sustantiva ya consagrado en el artículo 37 al no mencionar un ámbito específico –como el acceso a cargos públicos y partidarios que prevé ese artículo–, sino que se erige como principio rector y orientador para garantizar el efectivo goce y ejercicio del resto de los derechos enunciados en la misma Constitución de manera igualitaria. Otra vez, frente al falso universalismo de la igualdad formal prerreforma, este inciso viene a establecer de manera explícita la obligación del Congreso de adoptar medidas positivas que reviertan la situación histórica de esos colectivos.

### **III - CONSECUENCIAS NORMATIVAS DE LOS AVANCES INTRODUCIDOS EN LA REFORMA**

Las normas sancionadas en estos treinta años han colocado a nuestro país a la vanguardia mundial en el reconocimiento de los derechos de mujeres y diversidades. Leyes



como la de Matrimonio Igualitario (Ley 26.618, de 2010), Interrupción Voluntaria del Embarazo (Ley 27.610, de 2021), entre otras, han constituido hitos en la ampliación de derechos luego replicados en otros países. No es casual que uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas en el que nuestro país ha tenido mayor avance es el número 5, relativo a igualdad de género.<sup>3</sup>

### **Normas relativas al principio de igualdad real y a las acciones afirmativas**

La inclusión del artículo 37 en la Constitución nacional tuvo un efecto inmediato y profundo en el marco legislativo, al dar respaldo constitucional a la Ley de Cupo Femenino. Esto la consolidó y facilitó su aplicación, llevando a un aumento de la representación femenina en el Congreso nacional, legislaturas provinciales y concejos deliberantes.

La Constitución reformada en su cláusula transitoria segunda dispuso que las medidas de acción positiva que se dicten en el futuro no podrán ser inferiores a las existentes al tiempo de su sanción. De esta forma se daba por tierra con las pretensiones de inconstitucionalidad que versaban sobre la ley de cuotas.

Además, tanto el artículo 37 como el 75, inciso 23, y la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22) sirvieron de fuente y fundamento para pasar del cupo femenino a la Ley de Paridad de Género en Ámbitos de Representación Política (Ley 27.412, de 2017), que estableció como requisito para la oficialización de listas la obligatoriedad de ubicar de manera intercalada mujeres y varones. La Ley de Paridad fue promulgada veintitrés años después de la reforma constitucional.

Este avance también se verificó en las provincias, aunque en diferentes etapas: Córdoba (2000), Santiago del Estero (2000) y Río Negro (2002) fueron las pioneras en lograr normas paritarias. Recién quince años después fue el turno de Buenos Aires, Chubut, Neuquén y Salta, todas en 2016.

Una vez aprobada la ley nacional, continuaron su impulso: Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Catamarca, Chaco, Mendoza, Misiones y Santa Cruz (2018), Formosa (2019), Entre Ríos (extendió la paridad al Poder Judicial, a las fórmulas provinciales, y la promueve en organizaciones sociales y empresas) y Jujuy (2020), La Pampa (en el mismo año, incluyendo fórmulas, Poder Ejecutivo y juzgados de paz), La Rioja, San Juan, San Luis y Santa Fe (2020). En 2022 fue el turno de Corrientes, mientras Tierra del Fuego y Tucumán no han sancionado aún este tipo de medidas.

El último avance fue la reciente incorporación de la paridad en la Constitución de la provincia de La Rioja, que acaba de reformarse. Si bien su artículo 22 reserva las accio-

<sup>3</sup>Sustainable Development Report 2024. SDG INDEX. Disponible en: <https://dashboards.sdginde.org/map/goals/SDG5>

nes afirmativas para las minorías, el 23 establece la paridad de género en la conformación e integración de cargos electivos de las funciones del Estado provincial y municipal, constituyendo la primera mención constitucional en nuestro país, que además fue más allá de los cargos legislativos, tradicionalmente sujetos a este tipo de acciones.

Siguiendo con la implementación de medidas afirmativas, es preciso mencionar la Resolución 34/2020 de la Inspección General de Justicia, que estableció que las organizaciones sujetas a su control debían incluir una composición que respetara la diversidad de género, debiendo estar dirigidas por órganos paritarios.

Esta medida habría significado un avance clave para sumar al sector privado en la lucha por revertir las brechas laborales, por facilitar fracturas en los techos de cristal y por generar mecanismos de empoderamiento económico y profesional para las mujeres. Si tomamos en cuenta los indicadores económicos desagregados por sexo del sector privado,<sup>4</sup> vemos la trascendencia que habría tenido esta decisión de haber sido sostenida en el tiempo.

### **Desarrollo de legislación sobre violencia de género**

Aunque la reforma de 1994 no abordó directamente la violencia de género, la constitucionalización de tratados internacionales como la CEDAW proporcionó un marco normativo que impulsó el desarrollo de leyes específicas en el tema. La Ley 26.485, de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (2009) es un ejemplo de cómo la reforma constitucional allanó el camino para leyes que buscan proteger a las mujeres, promover su bienestar y garantizar sus derechos. Esta norma constituye un paso fundamental en la lucha contra la violencia y es destacada por los siguientes avances:

1. Amplió la definición de violencia, abarcando también la psicológica, sexual, económica, simbólica y política.
2. Aportó una visión integral de los derechos humanos de las mujeres, incluyendo la protección y sanción, pero también la prevención y erradicación de la violencia.
3. Abarcó todos los ámbitos donde las mujeres desarrollan sus relaciones interpersonales: familiar, laboral, institucional y comunitario, reconociendo que la violencia puede ocurrir en cualquiera de ellos.
4. Responsabilizó al Estado en la implementación de políticas públicas de protección y prevención, incluyendo la creación de programas educativos y de concientización y la provisión de recursos para asistencia a víctimas.

---

<sup>4</sup> Las mujeres siguen enfrentando barreras para alcanzar posiciones de liderazgo y alta dirección. Solo el 5 % de las posiciones de CEO en las empresas del sector privado en Argentina están ocupadas por mujeres, según el informe "Women in Business" de Grant Thornton de 2023, disponible en: <https://www.grantthornton.com.ar/contentassets/9632f39bd43d4db9926bc24c479d7d07/women-in-business-final-290224.pdf>

5. Creó mecanismos de protección y estableció derechos y garantías para las víctimas en los procedimientos, facilitando el acceso a la justicia con la creación de oficinas especializadas y la capacitación de personal judicial y policial.

### **Impacto en el derecho privado**

La reforma de 1994 también influyó en la evolución del derecho privado, y en relación con las mujeres y diversidades tuvo gran impacto en el derecho de familia. Aunque no modificó de manera directa el Código Civil de entonces, sí estableció un marco que facilitó la sanción de leyes que promovieran la igualdad de género en este ámbito. El nuevo Código Civil y Comercial (2015), que introdujo la igualdad de derechos y deberes entre cónyuges, así como disposiciones más equitativas en cuanto a la distribución de bienes y la custodia de los hijos, es en parte una consecuencia de los principios establecidos en la reforma constitucional. La introducción de los nuevos derechos y garantías en la Constitución, como así también los tratados internacionales de derechos humanos, plantearon la adecuación del derecho civil a estas fuentes. De allí que la "constitucionalización del derecho privado" haya sido la inspiración fundamental de los codificadores, quienes propiciaron una "comunidad de principios entre la Constitución Nacional, el derecho público y el derecho privado" por medio de una reforma integral.<sup>5</sup>

### **Otras formas fundamentales en materia de género y diversidad**

Entre 2002 y 2020, el Parlamento aprobó un valioso plexo normativo formado por leyes con implicancias para las mujeres y diversidades. Entre las más destacadas podemos mencionar: la Ley 25.929 de Parto Humanizado (2004), la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario (2010), la Ley 26.743 de Identidad de Género (2012), la Ley 26.873 de Lactancia Materna (2013), la Ley 27.499 o Ley Micaela (2018) y la Ley 27.610 de Interrupción Voluntaria del Embarazo (2020), entre otras.

Se destaca la recientemente sancionada Ley 27.636 de Promoción del Acceso al Empleo Formal para personas Travestis, Transexuales y Transgénero "Diana Sacayán-Lohana Berkins", que fija un cupo mínimo del 1% de los cargos y puestos del Estado nacional para que travestis y trans puedan acceder a un trabajo formal en condiciones de igualdad.

## **IV - CONSECUENCIAS POLÍTICAS Y EFECTIVIZACIÓN DE DERECHOS INCORPORADOS**

### **Participación de mujeres en espacios de poder**

El impacto más visible de la reforma de 1994 ha sido el aumento en la representación

---

<sup>5</sup> Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional Nro. 884/2012. Disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo\\_civil\\_comercial.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/codigo_civil_comercial.pdf)

de las mujeres en cargos electivos. La implementación del cupo llevó a una transformación en la composición de las cámaras legislativas, con un incremento significativo de mujeres en el Congreso nacional. Esto ha permitido que participen en la toma de decisiones, influyendo en la agenda legislativa y promoviendo políticas que reflejan sus preocupaciones y necesidades, pero también las de otros grupos vulnerados: infancias, discapacidad, LGBTQ, tercera edad, etcétera.

La cantidad de diputadas se quintuplicó con el cupo: el promedio de mujeres electas pasó de 4,9 % a 25,5 %.<sup>6</sup> A partir del año 2000, con la primera elección de senadores desde la reforma y el Decreto Reglamentario 1246/00, la participación de las mujeres subió al 35 %, y desde la Ley de Paridad, el número oscila alrededor del 45 %<sup>7</sup>, que incluyó cambios en la cobertura de vacantes relevantes respecto a la Ley de Cupos.<sup>8</sup>

Las cifras hablan por sí mismas, y resulta evidente que no habríamos llegado a estos niveles de participación y representación de mujeres en el sector público sin el impulso que la reforma y las acciones afirmativas lograron conseguir.

Sin embargo, persisten cuestiones que no podemos soslayar. El ejercicio del poder y la participación efectiva en la toma de decisiones se encuentra lejos de consolidar una representación sustantiva.<sup>9</sup> Además de los techos de cristal, las paredes de cristal y la segregación ocupacional continúan determinadas por los estereotipos y roles de género que sigue costando dismantelar.

Las mujeres siguen subrepresentadas en posiciones de liderazgo dentro de los partidos políticos y en otras esferas de decisión estatal. En particular, su participación en Poderes Ejecutivos y Judiciales nacionales y provinciales, como también en empresas públicas y privadas, continúa siendo una deuda por saldar.

El peor y más preocupante ejemplo está dado por la composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no contempla los mandatos anteriormente analizados y tampoco el Decreto 222/03 ante cada nueva postulación. Resulta difícil que la cabeza del Poder creado por la propia Constitución nacional para ser su guardián y último intérprete ejerza sus funciones con plena autoridad y legitimidad respetando el estado de derecho

---

<sup>6</sup> Ministerio de las Mujeres, Políticas de Género y Diversidad Sexual, Gobierno de la provincia de Buenos Aires. Cuadernillo Participación Política "Tramando Derechos". Disponible en: <https://ministeriodelasmujeres.gba.gob.ar/gestor/uploads/CUADERNILLO%20DE%20PARTICIPACION%20POLITICA.pdf>

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Cf. el artículo 3 de la Ley 27.412, donde se modifica el artículo 164 del Código electoral, que queda redactado de la siguiente forma: "En caso de muerte, renuncia, separación, inhabilidad o incapacidad permanente de un/a Diputado/a Nacional lo/a sustituirán los/as candidatos/as de su mismo sexo que figuren en la lista como candidatos/as titulares según el orden establecido".

<sup>9</sup> "En raras oportunidades una mujer ha presidido una Cámara legislativa o alguna de las comisiones más poderosas. Esta marcada brecha de género explica por qué las mujeres tienen menor influencia que los hombres sobre el contenido y la aprobación de proyectos en el poder legislativo". Observatorio Electoral Argentino - CIPPEC (2016), "La representación de las mujeres en las provincias argentinas". Disponible en: <https://oear.cippec.org/novedades/la-representacion-de-las-mujeres-en-las-provincias-argentinas/>

si su propia composición es violatoria de principios por cuyo cumplimiento debe velar. Solo tres mujeres han formado parte de la Corte Suprema en 161 años de vida, cuando año tras año hay más mujeres que hombres graduados en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con mejores promedios y en menor tiempo.<sup>10</sup>

### **Fortalecimiento del movimiento feminista y la agenda de género**

La reforma constitucional brindó al movimiento de mujeres y diversidades un marco legal al máximo nivel normativo sobre el cual basar sus demandas, lo que contribuyó a su crecimiento y consolidación. El movimiento –especialmente las mujeres de la política– ha sido un actor clave en la promoción de políticas públicas, y su influencia ha crecido considerablemente desde la reforma.

Además, la incorporación de los artículos mencionados contribuyó a la visibilización de la igualdad de género como un tema central en la agenda política argentina, ocupando un lugar destacado en el debate público y en la formulación de políticas.

Si bien persisten brechas en la participación laboral femenina y en las tasas de empleo formal, desde 1994 las mujeres hemos ganado espacio no solo en la política electoral, sino también en la Administración pública, en los sindicatos, y en otras áreas de la vida política y social.

De cualquier forma, no debemos olvidar que la realización de muchos de estos avances depende de la continua movilización política y social, con millones de mujeres en las calles agrupadas bajo consignas como el “Ni Una Menos” u otras.

## **V - CONCLUSIONES**

La reforma constitucional de 1994 representó un avance fundamental para las mujeres, pero de manera parcial y fragmentada. Los logros obtenidos, como la constitucionalización de los derechos de las mujeres y de la igualdad real, son significativos, pero quedan pendientes varios desafíos, especialmente en la implementación de estas disposiciones y en la necesidad de incorporar perspectiva de género transversal hacia toda la Constitución nacional.

Aunque se constitucionalizaron las acciones afirmativas, la reforma no abordó otras formas de participación y liderazgo, no se mencionaron desigualdades y brechas evidentes como las laborales y salariales.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Aulicino, S. (16 de agosto de 2021). “En 200 años de historia, la UBA no tuvo ninguna rectora mujer: los avances y las deudas de género de la universidad más importante de América Latina”. Disponible en: <https://tn.com.ar/sociedad/2021/08/16/en-200-anos-de-historia-la-uba-no-tuvo-ninguna-rectora-mujer-los-avances-y-las-deudas-de-genero-de-la-universidad-mas-importante-de-america-latina/>

<sup>11</sup> Hay constituciones, si bien sancionadas o propuestas entrados los años 2000, que incluyeron un enfoque

De todos modos, las disposiciones incorporadas permitieron el desarrollo de un marco legal más inclusivo y de políticas que buscan corregir las desigualdades de género en la vida cotidiana de mujeres y diversidades.

Para concluir, ante cualquier crisis, son los derechos de las mujeres lo primero que se pone en riesgo o donde se retrocede. Las tensiones y vaivenes pendulares provocados por la fricción histórica entre libertad e igualdad atentan contra nuestras conquistas. Los cambios de gobierno recortando o ampliando derechos cada cuatro años se ven manifestados especialmente en avances o retrocesos para las mujeres y diversidades. En efecto, la posibilidad de retroceder en materia de paridad, en materia previsional y en los derechos sexuales y reproductivos, formó parte del debate público de este año.

La historia de las mujeres aquí y en el mundo muestra que nuestros derechos nunca nos fueron concedidos sino luchados: cada ley aprobada no es solo una norma jurídica regulatoria, es la institucionalización de derechos conquistados, un mecanismo que asegura y mantiene los avances conseguidos, evitando que retrocedan bruscamente ante la primera crisis que surja (Durrieu, 1999).

Hoy, a treinta años de la reforma de nuestra Constitución nacional, y habiendo analizado los avances que esta implicó, así como sus lagunas y desafíos pendientes, entendemos que el principal logro fue haberse constituido no solo en estaca, sino en la columna fundamental que desde 1994, en la cúspide de la pirámide jurídica, nos habilita a construir la estructura que sostiene el resto de nuestros derechos.

## REFERENCIAS

- DURAND, M. (2022). Evolución de las Acciones Afirmativas. Estados Unidos de América y Latinoamérica. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, XX (2). [https://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-20-2/Revista\\_Juridica\\_Ano20-N2\\_05.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-20-2/Revista_Juridica_Ano20-N2_05.pdf)
- DURRIEU, M. (1999). *Se dice de nosotras*. Catálogos.
- SABA, R. (2005). (Des)igualdad estructural. *Derecho y Humanidades*, 11. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/17057>

---

transversal de género constitucional u otras menciones específicas, como la de Ecuador de 2008 (arts. 66, 70 y 81), la de Bolivia de 2009 (arts. 14, 15, 26 y 48), la de Islandia de 2013 (art. 65), que establecieron medidas para erradicar la violencia y la discriminación hacia las mujeres o dispusieron la paridad.

<sup>12</sup> *Ámbito Financiero* (26 de abril de 2024), "Jubilaciones: con la ley Bases, la mayoría de las mujeres no podría jubilarse antes de los 65 años". Disponible en: <https://www.ambito.com/politica/jubilaciones-la-ley-bases-la-mujeres-podrian-jubilarse-los-65-anos-n5988794>





## **¿TODO DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA ES INCONSTITUCIONAL?**

*Guillermo Jorge Gambero y Gustavo Aníbal Mariani*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 15/08/2024**

**Aprobado: 01/10/2024**



## ¿TODO DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA ES INCONSTITUCIONAL?

### IS EVERY DECREE OF NECESSITY AND URGENCY UNCONSTITUTIONAL?

Por Guillermo Jorge Gambero<sup>1</sup> y Gustavo Aníbal Mariani<sup>2</sup>

Universidad Nacional de La Plata, Argentina

**Resumen:** El artículo propone un debate, sin una respuesta a priori, dejando entrever una mirada no solo crítica sino sumamente restrictiva del instituto de los decretos de necesidad y urgencia, así como de la Ley 26.122, que estableció el régimen para su validez, aprobación o rechazo. Se procura analizar las normas involucradas, su utilización por parte de los distintos gobiernos a través del tiempo, la jurisprudencia generada en consecuencia y la experiencia recogida hasta el presente.

**Palabras clave:** decreto 70/2023, ley 26.122, intervención de la Corte Suprema, control judicial, constitucionalidad, procedimiento legislativo de DNU, controles y equilibrios

**Abstract:** The title aims to propose a debate, without an a priori answer, revealing a not only critical but extremely restrictive view of the institute of the Decrees of Necessity and Urgency (DNU), as well as Law 26.122 that established the regime for its validity, approval or rejection. An attempt is made to analyze the regulations involved, their use by different governments over time, the jurisprudence generated consequently and the experience collected to date.

**Keywords:** decree 70/2023, law 26.122, intervention of the Supreme Court, judicial control,

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Posgrado en Derecho Laboral (Universidad de Buenos Aires). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Fue asesor del Ministerio de Trabajo y Empleo de la Nación y asesor legal de la Municipalidad de Moreno. Actualmente desarrolla tareas de asesoría en municipios de la provincia de Bs. As. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-4542-4683>. Correo electrónico: estudiojuridicogambero@gmail.com

<sup>2</sup> Abogado (UNLP). Asesor del ministro de Trabajo de la provincia de Buenos Aires. Fue coordinador del Consejo Federal del Trabajo, secretario técnico alterno del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil y jefe de asesores del secretario de Trabajo del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-9598-0189>. Correo electrónico: gstmariani@gmail.com

constitutionality, legislative procedure for decree of necessity and urgency, checks and balances

## I - LAS NORMAS CONSTITUCIONALES INVOLUCRADAS

Por el artículo 1 de la Constitución nacional, la Nación adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal. Y el artículo 22 establece que el pueblo “no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución”.

Por su parte, el artículo 44 expresa que el Poder Legislativo de la Nación está integrado por “un Congreso compuesto de dos Cámaras, una de Diputados de la Nación y otra de Senadores de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires”, consagrando en los artículos 77 a 84 el procedimiento para la formación y sanción de leyes.

En lo atinente a la sanción de leyes, el artículo 78 requiere la aprobación del proyecto por ambas Cámaras y, además, la promulgación por parte del Poder Ejecutivo Nacional, mientras que el DNU tiene plena vigencia a partir de su publicación.

El artículo 99, inciso 1, establece que el Poder Ejecutivo es el jefe del Gobierno y responsable político de la administración del país; por el inciso 3, participa en la formación de leyes con arreglo a la Constitución, las promulga y hace publicar. Pero mediante el uso del DNU se constituye en el principal creador de leyes, asumiendo la “suma del poder público”.

Asimismo, el inciso 9 del artículo 99 establece que el Ejecutivo tiene la atribución de convocar a sesiones extraordinarias “cuando un grave interés de orden o de progreso lo requiera”, lo que deja entrever que en el DNU 70/2023, que analizaremos en el presente trabajo, no mediaron razones de necesidad ni urgencia alguna que permitiera eludir las herramientas constitucionales vigentes.

## II - LA LEY 26.122. RÉGIMEN LEGAL DE LOS DECRETOS DE NECESIDAD Y URGENCIA

Los decretos de necesidad y urgencia son normas de alcance general, con rango de ley, que dicta el Ejecutivo en ejercicio de un apoderamiento constitucional sobre materias legislativas sin autorización previa del Parlamento. En tal sentido, su carácter es extraordinario –porque solo proceden ante supuestos constitucionalmente tasados– y provisorio –ya que una vez dictados requieren la inmediata aprobación del Congreso– (Balbín, 2008, p. 398).

Conforme la Ley 26.122, el Poder Ejecutivo, dentro de los diez días de dictado el DNU, debe remitirlo a la Comisión Bicameral Permanente (art. 12), la cual debe expedirse “acerca de la validez o invalidez del decreto y elevar el dictamen al plenario de cada Cá-

para su expreso tratamiento" (art. 13), con expreso pronunciamiento sobre su "procedencia formal y sustancial" y su "validez o invalidez" de promulgación parcial, "y elevar el dictamen al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento".

Por el artículo 22, "las Cámaras se pronuncian mediante sendas resoluciones. El rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso"; y por el artículo 23 "no pueden introducir enmiendas, agregados o supresiones al texto", debiendo circunscribirse a la aceptación o rechazo de la norma mediante el voto de la mayoría absoluta.

El artículo 24 establece que "el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".

Esto implica que los DNU entran en vigencia inmediatamente, y la aprobación o rechazo se difiere a la actuación del Congreso.

Si su tratamiento se demora, se podría verificar el absurdo de que el rechazo se torne abstracto, en razón de que los derechos adquiridos por terceros durante la vigencia del DNU no podrían verse afectados por la derogación del mismo. Según Rosatti (2014), la interpretación combinada de los artículos 17, 22 y 24 permite concluir que el silencio legislativo opera como una convalidación tácita de los decretos.

Los DNU están plenamente vigentes hasta tanto se logre su rechazo por ambas Cámaras, a diferencia de una ley, que requiere, además de la aprobación de los diputados y senadores, superar el veto presidencial y esperar su publicación.

### III - LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La doctrina de Corte Suprema de Justicia de la Nación es sinuosa en establecer parámetros certeros respecto de la constitucionalidad de los DNU, en especial al abordar la delimitación de los conceptos jurídicos indeterminados, en particular los referidos a "necesidad" y "urgencia".

El alto tribunal, al circunscribir el análisis a si se verifican o no los extremos de necesidad y urgencia, omite –a nuestro juicio– deliberadamente la consideración de la necesaria acreditación de absoluta imposibilidad de convocar a sesiones extraordinarias, atribución constitucional contenida en el artículo 99, inciso 9, de la carta magna.

La Corte, previo a analizar si convergen los recaudos de necesidad y urgencia, debe abordar primigeniamente –y tener por acreditada– dicha imposibilidad.

En ese sentido, la Corte tiene dicho que el texto de la Constitución nacional no habilita a elegir discrecionalmente entre la sanción de una ley o la imposición más rápida de ciertos contenidos normativos por medio de un DNU.<sup>3</sup> Tampoco a utilizar los DNU con crite-

<sup>3</sup>Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto. 558/02 - Ley 20.091 s/ amparo Ley 16.986", 19 de mayo de 2010, fallos 333:633.

rios de mera conveniencia. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo no puede derogar las leyes que no le gustan reemplazando al Congreso de la Nación.

En el diseño del sistema de frenos y contrapesos, el Poder Ejecutivo interviene en el proceso de formación y sanción de leyes contando con la herramienta del veto. Pero la Constitución no le otorga el poder de derogar leyes con las cuales no está conforme. A su vez, la doctrina constitucional entiende que

de ninguna manera se refiere (en relación al art. 99. Inc. 3) a una inconveniencia política por parte del Ejecutivo de conseguir los votos de los representantes del pueblo a favor de una iniciativa legislativa suya. En caso contrario se estaría ordinarizando la potestad legislativa del presidente. Como se observa, no se exige necesariamente que el Congreso esté en receso, pues para ese supuesto se cuenta con el remedio de su convocatoria a sesiones extraordinarias. (Quiroga Lavié, Cenicacelaya y Benedetto, 2009, p. 1192)

Al solo efecto ilustrativo, el DNU 70/2023 se limita a enumerar los requisitos de los sucesivos fallos de la Corte Suprema, sin especificar cómo se verifican en este caso particular, y agrega: "existen numerosos antecedentes en la historia argentina que avalan la utilización de este tipo de decretos en casos de aguda emergencia pública y de crisis como la actual".

Concluyendo, sin aportar elemento alguno en respaldo, que la situación descripta:

no admite dilaciones y hace que sea imposible esperar el trámite normal de formación y sanción de las leyes, ya que ello podría implicar un agravamiento de las condiciones adversas que atraviesa la REPÚBLICA ARGENTINA y afectar todavía más a un porcentaje aún mayor de la población.

Volviendo al precedente antes citado, luego de hacer una reseña del debate en la convención reformadora, la Corte afirmó que no hay dudas en cuanto a que

la convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial, de manera que es ese el espíritu que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del artículo 99 inciso 3º de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> CSJN, "Verrocchi, Ezio Daniel c/ Poder Ejecutivo Nacional - Administración Nacional de Aduanas s/ acción de amparo", 19 de agosto de 1999, fallos: 322:1726, y sus citas. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/santiago-jose-ramos-lineamientos-corte-suprema-materia-decretos-necesidad-urgencia-dacf100064-2010-09/123456789-0abc-defg4600-01fcanirtcod>

En el mismo caso, la Corte sostuvo que para sostener la validez de un DNU es necesaria la concurrencia de alguna de las siguientes dos circunstancias:

1) Que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución, vale decir, que las cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión o el traslado de los legisladores a la Capital Federal; o 2) que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible con el que demanda el trámite normal de las leyes.

Ninguno de estos extremos se verifica en los DNU aprobados.

Aún más, la actual composición de la Corte, en autos "Morales, Blanca Azucena c/ ANSeS s/ impugnación de acto administrativo"<sup>5</sup>, dejó sentado que

en nuestro sistema constitucional el Congreso Nacional es el único órgano titular de la función legislativa, por lo cual, la admisión de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo se hace bajo condiciones de excesiva rigurosidad y con sujeción a exigencias formales.<sup>6</sup>

A partir de este precedente, se podría deducir que el intento de cambiar permanentemente las normas mediante un DNU sugiere que la verdadera intención del DNU es eludir el proceso legislativo establecido por la Constitución, en lugar de abordar una situación de emergencia, que por definición es excepcional y acotada en el tiempo.

Como vemos, la Corte Suprema, con sus pronunciamientos tardíos y fundamentos oscilantes, no contribuye a limitar el uso abusivo hasta el hartazgo de los DNU por parte de los sucesivos Gobiernos.

#### IV - DESARROLLO

Desde la reforma constitucional de 1994 –que incorpora en el inciso 3 del artículo 99 los decretos de necesidad y urgencia– hasta la actualidad, se han dictado 1.015 DNU,<sup>7</sup> de los cuales menos del 10 % han sido aprobados por ambas Cámaras del Congreso. Hasta este año, solo dos habían obtenido el rechazo de la Cámara de Diputados pero no del Se-

<sup>5</sup> Sentencia del 22 de junio de 2023, fallos: 346:634. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-morales-blanca-azucena-anses-impugnacion-acto-administrativo-fa23000043-2023-06-22/123456789-340-0003-2ots-eupmocsollaf?>

<sup>6</sup> Concordante con los fallos 322:1726 mencionado anteriormente como "Verrocchi".

<sup>7</sup> Según surge del registro de SAIJ.

<sup>8</sup> Sistema de Inteligencia Nacional. DNU-2024-656-APN-PTE - Asignación de fondos. Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/311041/20240723>

nado, cuestión que se vio modificada con el reciente rechazo por parte de ambas Cámaras del DNU 656/2024.<sup>8</sup> Esto permite afirmar que dicha herramienta excepcional se ha convertido en el instrumento legislativo por excelencia, la mayoría de las veces en abierta violación de la división de poderes contenida en la carta magna.<sup>9</sup>

La sospecha de inconstitucionalidad es inocultable, ya que, por la división de poderes establecida en la Constitución nacional, el Poder Legislativo lo ejercen las Cámaras de Diputados y Senadores (art. 44) y el artilugio de los DNU faculta al Poder Ejecutivo a ejercer plenamente las facultades legislativas, con el simple recurso de recurrir a conceptos jurídicos indeterminados, flexibles y laxos, tales como "necesidad" y "urgencia".

De una atenta lectura de los fundamentos de los sucesivos DNU se observa que se citan las mismas endeble argumentaciones, carentes de la más mínima acreditación de los extremos legales requeridos, soslayando el requisito esencial que debe concurrir para el dictado de un DNU, esto es, que "circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de leyes". Los únicos que acreditaron dicho extremo legal fueron los dictados en la primera etapa de la crisis por covid-19.

En nuestra opinión, la imposibilidad mencionada en la Constitución no puede ser equivalente a las épocas de receso parlamentario, sino fincar en episodios materiales que obstaculicen la reunión de las Cámaras legislativas, situaciones que pueden ejemplificarse en catástrofes naturales, elevada conflictividad social, guerras o, como se vio, una epidemia o pandemia.

El actual avance tecnológico en materia de comunicaciones ha permitido que el Congreso sesione aun en tiempos de pandemia, estando vigentes las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio (ASPO) y posteriormente las de distanciamiento social preventivo y obligatorio (DISPO), lo cual pone en evidencia que no pueden mediar razones de "urgencia" que impidan el tratamiento de cualquier proyecto de ley, y aun en receso, el Poder Ejecutivo tiene la facultad de convocar a sesiones extraordinarias.

Es decir, debe preexistir una situación de excepcionalidad, debidamente acreditada. Y no puede ser menos, pues las consecuencias jurídicas que derivan del dictado de un DNU no son inocuas, y el "bienestar general" puede verse afectado indefinida y gravosamente.

En el momento en que estas líneas son escritas, la Inspección General de Justicia de la Nación ha mandado publicar en la edición del 16 de julio del Boletín Oficial la Resolución General 15/2024,<sup>10</sup> que establece una serie de desregulaciones y flexibilizaciones de trá-

---

<sup>9</sup> "En los primeros 35 años de la democracia argentina (1983-2018) se dictó un decreto de necesidad y urgencia (DNU) por cada 3,9 leyes, y solo un 4 % de ellos fue ratificado por ambas Cámaras del Congreso Nacional. Así, cerca de un 25 % de la legislación dictada en democracia ha sido producto de la exclusiva voluntad del Poder Ejecutivo. Este dato sugiere una distorsión en la regla que prohíbe al presidente 'emitir disposiciones de carácter legislativo' (artículo 99 inciso 3 Constitución Nacional), y un llamado de atención para nuestro constitucionalismo" (Puga, 2020, p. 1).

<sup>10</sup> Disponible en: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/310531/20240716>

mites, entre las cuales precisa los alcances de dos artículos del DNU 70/2023 que habilitan las Sociedades Anónimas Deportivas, pese a que existen fallos judiciales que suspendieron la vigencia de los artículos de dicho DNU que autorizaban a las Asociaciones Civiles adoptar la forma jurídica de Sociedades Anónimas Deportivas.

Además, la poco feliz reglamentación del instituto a través de la Ley 26.122 permite, a partir de su artículo 24, que "el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación de acuerdo a lo que establece el artículo 2º del Código Civil, quedando a salvo los derechos adquiridos durante su vigencia".<sup>11</sup>

En conclusión, a la luz de la experiencia recogida desde 1994, una herramienta prevista para situaciones muy especiales se ha convertido en el mecanismo normal y habitual de creación de leyes, configurando un peligroso hueco institucional para obtener rápida vigencia de normas portadoras de inconstitucionalidades, reformas autoritarias o lesivas de la soberanía, así como un vaciamiento de las competencias atribuidas al Poder Legislativo en el plexo constitucional. En fin, un mecanismo para vulnerar la voluntad de las mayorías.

La gravedad del uso perverso de esta herramienta de dudosa constitucionalidad se evidencia en situaciones tales como que el Poder Ejecutivo podría mandar un DNU "arreglando definitivamente los límites del territorio nacional" –por ejemplo, cediendo la soberanía de las islas Malvinas– o "crear nuevas provincias" (art. 75, inciso 15, de la Constitución nacional), y, hasta que ambas Cámaras no dispusieran su rechazo, sería ley vigente.

Y acá radica gran parte de la objeción. En modo fórmula matemática, si la sanción del DNU requiere de la simple mención de la necesidad o la urgencia, esté o no funcionando el Congreso, y rige de manera inmediata, estando luego sometido a los tironeos legislativos, pero vigente mientras no sea rechazado por ambas Cámaras, rápidamente puede colegirse que el Poder Ejecutivo, en el juego pergeñado por la Ley 26.122, tiene facultades legislativas amplísimas, y que el artículo 24 de dicha ley es inconstitucional.

Esta disposición legislativa resulta incompatible con la Constitución nacional, como seguidamente explicaremos.

El artículo 99, inciso 3, de la Constitución dispone expresamente que la Comisión Bicameral Permanente allí prevista "elevará su despacho en un plazo de diez días al plenario de cada Cámara para su expreso tratamiento, el que de inmediato considerarán las Cámaras". Así, ambas Cámaras deben dar tratamiento al decreto sometido a consideración por parte del Poder Ejecutivo. La ratificación por una de las Cámaras no implica la ratificación del decreto por parte del Congreso ni, mucho menos, le confiere legitimidad como acto democrático de gobierno.

---

<sup>11</sup> Solo en dos casos hubo rechazo de un DNU por la Cámara de Diputados. Nunca el Senado había rechazado uno, por lo que ningún DNU, desde 2006, había sido derogado por la intervención del Congreso (Santiago, 2019). Esta circunstancia cambió en 2024, cuando la Cámara Alta rechazó el DNU 656/2024, mediante el cual se ampliaba el presupuesto de la Secretaría de Inteligencia de Estado (SIDE) en 100.000 millones de pesos en carácter de fondos reservados.



En ese sentido, la Ley 26.122 presenta graves defectos de constitucionalidad en punto a la posibilidad de que un decreto de necesidad y urgencia sea considerado válido cuando una sola de las Cámaras emita su opinión positiva respecto de la validez de su dictado, o en tanto ambas Cámaras no lo rechacen expresamente. Los artículos 22 y 24 de la ley mencionada, en efecto, disponen que “el rechazo o aprobación de los decretos deberá ser expreso” y que “el rechazo por ambas Cámaras del Congreso del decreto de que se trate implica su derogación”. La inconstitucionalidad de la norma es palmaria, dado que, si bien no consagra expresamente la aprobación tácita de los DNU, la adopta implícitamente y en la práctica: si el Congreso no se pronuncia, el decreto permanece vigente, transgrediéndose así la disposición del artículo 82 de la Constitución nacional en cuanto veda la sanción tácita o ficta en el marco del proceso de sanción de las leyes.

La incompatibilidad con el texto constitucional de una norma que admite la aprobación de decretos de necesidad y urgencia a través del silencio legislativo ha sido señalada por la doctrina en función del mencionado artículo 82, que dispone que “la voluntad de cada Cámara debe manifestarse expresamente; se excluye, en todos los casos, la sanción tácita o ficta”.

Es que ello es precisamente lo que ocurre con la sanción de la Ley 26.122: se establece un procedimiento que autoriza la aprobación tácita de los decretos de necesidad y urgencia por parte del Poder Legislativo, en franca contradicción con el precepto constitucional. En ese sentido, insistimos, el artículo 82 de la Constitución prohíbe interpretar en sentido positivo el silencio del Poder Legislativo, lo que resulta absolutamente incompatible con los artículos 22 y 24 de la ley citada, que exigen para el rechazo de un DNU el rechazo expreso de ambas Cámaras del Congreso y conllevan que una prolongación temporal del silencio implique que continúe la vigencia del decreto.

## V - CONCLUSIONES

El decreto de necesidad y urgencia, instituido primigeniamente para abordar situaciones de absoluta imposibilidad de seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de leyes, en concurrencia con fundadas razones de necesidad y urgencia, se ha convertido en el mecanismo disponible, por no decir normal, de creación legislativa sin debate alguno.

Para pronunciarse la constitucionalidad de un DNU, debería encontrarse debidamente acreditada, en primer lugar, la absoluta imposibilidad de funcionamiento del Poder Legislativo, máxime cuando –como ya expusimos– los avances tecnológicos permiten la sesión remota, cuya validez está plenamente reconocida.

Luego de dicha acreditación, se debería abordar si concurren las causales de necesidad y urgencia, fehacientemente acreditadas –no las meras alegaciones que se vuelcan mecánicamente en cada DNU que se dicta–.



En función de lo expuesto, concluimos que la inmensa mayoría de los DNU adolecen de gravísimos vicios de inconstitucionalidad, y que en lo sucesivo no debieran dictarse nuevos DNU, toda vez que no se da la plataforma fáctica que justifica su dictado; circunstancias distintas a las vigentes cuando se sancionó la Constitución de 1994.

El arribo de un nuevo titular del Poder Ejecutivo Nacional, como hoy sucede, sin representación territorial y en franca minoría parlamentaria mantiene en vilo a la sociedad toda a partir del envío de un DNU "multiespecie", una suerte de "patas para arriba" de muchísimas materias de nuestro ordenamiento vigente, que algunos calificaron de reforma constitucional encubierta, generando un sinfín de complicaciones en lo institucional, judicialización con resultados contradictorios, dudas sobre la vigencia de muchísimos derechos y, básicamente, incertidumbre jurídica y política.

Ni los constituyentes de 1994 ni los legisladores de 2006 buscaron generar estos escenarios. No imaginaron –o no podían imaginar, es lo de menos– que a través de un DNU se podía pergeñar un monstruo de 366 artículos que, volvemos, con la sola mención de la necesidad o la urgencia derogara, modificara, alterara o suprimiera normas tan diversas y en materias tan disimiles como Promoción Comercial; Compre Nacional; mercados mayoristas; régimen para la actividad comercial de supermercados; Abastecimiento; Registro Nacional de Fabricantes, Distribuidores y Comercializadores de Pasta Celulosa y Papel para Diarios; Observatorio de Precios y Disponibilidad de Insumos, Bienes y Servicios; Compre Argentino y Desarrollo de Proveedores; Ley de Góndolas; Reforma Laboral; derogación de la Ley de Alquileres; derogación de la Ley de Tierras; política de cielos abiertos para la aeronavegación comercial; Sociedades Anónimas Deportivas; desregulaciones varias, entre ellas, de la actividad yerbatera, la medicina prepaga y los códigos Civil y Comercial y Aduanero de la Nación.

En fin, un verdadero laberinto jurídico y abuso del derecho.<sup>12</sup>

El DNU no proporciona una justificación pública, clara y adecuada sobre por qué el Congreso no podría debatir cada una de las reformas que establece.

Como se dijo, según la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, la validez de los DNU depende de la concurrencia de una de las siguientes dos circunstancias: que sea imposible dictar la ley mediante el trámite ordinario previsto por la Constitución –es decir, que las Cámaras del Congreso no puedan reunirse por circunstancias de fuerza mayor que lo impidan, como ocurriría en el caso de acciones bélicas o desastres naturales que impidiesen su reunión–; o que la situación que requiere solución legislativa sea de una urgencia tal que deba ser solucionada inmediatamente, en un plazo incompatible

---

<sup>12</sup> Otra forma de abuso del derecho es la emisión de decretos de necesidad y urgencia que abarcan una amplia variedad de temas no relacionados entre sí, y que derogan o modifican numerosas leyes. Este hecho por sí solo indica que no había una necesidad ni urgencia real para su promulgación, ya que se supone que estos decretos fueron precedidos por un exhaustivo análisis legislativo, tarea que bien podría haber sido realizada por el Congreso, el órgano natural encargado de la función legislativa (Manili, 2019).

con el que demanda el trámite normal de las leyes. Ninguno de esos supuestos se da en el caso estudiado.

La legislación por DNU solo es legítima en la medida en que se ejerza con criterios restrictivos y de manera proporcionada, con el menor alcance posible que resulte imprescindible para atender una situación determinada, específica, urgente, de emergencia y siempre que sea imposible que el Congreso pueda atenderla en el tiempo necesario.

La grosería constitucional del DNU 70/2023 ha vuelto a poner en debate la "necesidad y urgencia" de recalcar este instituto. La pretensión de habilitar mediante el mismo un cambio de modelo o sistema que no puede lograr por carecer de las mayorías representativas que la Constitución nacional exige es casi un atentado contra el sistema democrático, representativo, republicano y federal perpetrado por el propio Poder Ejecutivo Nacional, cuya función principal es la administración general de país (art. 99, inc. 1°, de la Constitución).

Este grave estado de cosas, si el Parlamento logra colocarse a la altura del riesgo, podría comenzar a disiparse avanzando, en primer lugar, en su más pronto rechazo, y no buscando la judicialización de la norma como herramienta válida. Es necesario evitar la judicialización como solución a problemas políticos, ya que esto traslada responsabilidades a quien no debe asumirlas.

Recordemos que solo falta que se expida la Cámara de Diputados, y luego se avoque el cuerpo legislativo a una modificación de la Ley 26.122 que establezca un procedimiento de "admisibilidad expresa" del DNU por parte de ambas Cámaras en un plazo no mayor a diez días desde su elevación por parte del Poder Ejecutivo, sin la cual el decreto no podría entrar en vigencia.

Si es que realmente la seguridad o certeza jurídica nos preocupa.

## REFERENCIAS

- BALBÍN, C. F. (2008). *Curso de Derecho Administrativo (Tomo I)*. La Ley.
- MANILI, P. L. (2019). Los decretos de necesidad y urgencia y el abuso del derecho. *Revista La Ley* 2019-A.
- MANILI, P. L. (22 de enero de 2024). Nulidad absoluta e insanable del DNU 70/2023. *Diario La Ley* 2024-A.
- PUGA, M. (2020). Decretos de necesidad y urgencia y emergencia sanitaria (o de cómo un DNU pac-man se comió al Congreso). *Revista Argentina de Teoría Jurídica*. 21(1). <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/article/view/381>
- ROSATTI, H. D. (2014). Regulación de los decretos de necesidad y urgencia, delegación legislativa y promulgación parcial en la reforma constitucional de 1994. *Jurisprudencia argentina*, III, fasc. 8.

- QUIROGA LAVIÉ, H., CENICACELAYA, M. de las N. y BENEDETTI, M. Á. (2009). *Derecho Constitucional Argentino* (tomo 2). Rubinzal-Culzoni.
- SANTIAGO, A. (2019). Las tres generaciones de DNU (1983-2018). *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 20 (2). <https://revistajuridica.utdt.edu/ojs/index.php/ratj/issue/view/38>



**EL CONSENSO INTERAMERICANO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL  
LÍMITES AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS**

*Gustavo Antonio Mammoni*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 12/08/2024**

**Aprobado: 06/09/2024**

## EL CONSENSO INTERAMERICANO Y EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

### LÍMITES AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

#### THE INTER-AMERICAN CONSENSUS AND THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION LIMITS TO THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

Por Gustavo Antonio Mammoni<sup>2</sup>  
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

**Resumen:** El presente trabajo examina dos métodos o alternativas que pueden ser utilizados por los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para respetar las realidades políticas, económicas y sociales de cada uno de los Estados que lo conforman: el consenso interamericano y el margen de apreciación nacional. Para ello, se analiza el principio de subsidiariedad y sus dimensiones –material o sustantiva y procesal–, el consenso internacional –especialmente su alcance– y el margen de apreciación nacional. Luego se estudia la aplicación de los aludidos métodos por los tribunales supranacionales –tanto en el sistema europeo como en el interamericano–, y finalmente se exponen las conclusiones, ponderando algunas experiencias nacionales en la jurisprudencia de sus superiores tribunales.

**Palabras clave:** Declaración de Asunción, soberanía nacional, principio de subsidiariedad o complementariedad, comprensión uniforme

---

<sup>1</sup> El presente trabajo toma como base la exposición realizada en el Encuentro Institucional y Académico que tuvo lugar en la ciudad de Asunción, Paraguay, los días 14 y 15 de septiembre de 2023, bajo el título "Riesgos y desafíos de la democracia global", organizado por el Instituto para el Desarrollo Constitucional, la Corte Suprema de Justicia de Paraguay, el Congreso nacional de Paraguay, el Instituto Paraguayo de Derecho Constitucional y los programas jurídicos de la Escuela Superior de Estudios Jurídicos de la Universidad de Bolonia (Italia). Le agradezco especialmente al Prof. Dr. Jorge Alejandro Amaya la generosa invitación a participar como expositor en dicho Encuentro.

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos (Universidad de Bolonia, Italia). Especialista en Derecho Tributario (Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación). Profesor de grado y posgrado e invitado en distintas Universidades públicas y privadas. Autor de publicaciones de la especialidad. Asesor y consultor técnico jurídico del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-3372-1582>. Correo electrónico: [gmmammoni@yahoo.com.ar](mailto:gmmammoni@yahoo.com.ar)

**Abstract:** This paper examines two methods or alternatives that can be used by the organs of the Inter-American Human Rights System to respect the political, economic, and social realities of each of the States that make up the System: inter-American consensus and the national margin of appreciation. To this end, the principle of subsidiarity and its dimensions –material or substantive and procedural–, international consensus –especially its scope– and the national margin of appreciation are analyzed. Then, the application of these methods by Supranational Courts –both in the European and Inter-American systems– is studied, and finally, conclusions are presented, weighing some national experiences in the jurisprudence of their Superior Courts.

**Keywords:** Asuncion Declaration, national sovereignty, principle of subsidiarity or complementarity, uniform understanding

## I - INTRODUCCIÓN

La implementación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y la labor desarrollada por sus órganos ha sido de fundamental importancia para garantizar y consolidar los derechos humanos en toda América, en especial, para que la casi totalidad de los países que forman parte de la Organización de los Estados Americanos transitasen de regímenes autoritarios a gobiernos civiles –especialmente a finales del siglo pasado–.

Sin embargo, a partir del año 2000, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) adoptó una serie de decisiones vinculadas al SIDH<sup>3</sup> que han sido observadas muy atentamente por los Estados que integran el sistema y, en algunos casos, directamente cuestionadas, originando que cinco países<sup>4</sup> suscriban en Asunción, Paraguay, un documento denominado “Declaración sobre el SIDH”.

A raíz de ello, en el presente trabajo se abordan y proponen distintas alternativas o mecanismos que pueden ser utilizados por los órganos del SIDH para respetar las realidades políticas, económicas y sociales de cada uno de los Estados que conforman el sistema, en especial, frente a su específico planteo por los países que suscribieron la “Declaración sobre el SIDH” en Asunción.<sup>5</sup>

En el análisis debe tenerse presente que los Estados siguen siendo la estructura ele-

---

<sup>3</sup>Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 26 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 154; “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nro.238; “Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, 20 de marzo de 2013; Opinión Consultiva OC-24/17, del 24 de noviembre de 2017; entre otros.

<sup>4</sup>Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay. El 11 de abril de 2019, los representantes permanentes ante la Organización de Estados Americanos (OEA) de dichos países entregaron el documento al secretario ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

<sup>5</sup>Véase el tratamiento de los desafíos que dicha declaración conlleva, en Amaya (2023, p. 415 y ss.).

mental e irreductible desde la que se construyen las relaciones internacionales y su ordenamiento jurídico (Jiménez Piernas, 2011), que incluye, claramente, el derecho internacional de los derechos humanos

En virtud de lo expuesto, es posible apreciar que el respeto a las distintas realidades nacionales se vincula estrechamente con la soberanía de los Estados. Claro está que no puede hablarse hoy, sin más, de una soberanía estatal absoluta e irrestricta en los términos en que lo hacía Bodin en 1576, al concebirla como el poder absoluto y perpetuo de una república (Bodin, 1997, p. 47).

En la actualidad, la soberanía estatal se encuentra sometida a distintos límites, que se derivan de las propias constituciones nacionales, de los tratados internacionales que han sido libremente ratificados por los Estados –que restringen también su capacidad interna y soberana de decisión– (García Roca, 2007, pp. 118-119) y del *ius cogens*.<sup>6</sup>

Sin embargo, se aprecia que la soberanía nacional subsiste en un entendimiento moderno del concepto, esto es, con las aludidas limitaciones, y de ella se derivan distintos principios que resultan de aplicación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, entre los que –entendemos– se encuentra el principio de subsidiariedad –también llamado de complementariedad–.

## II - EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD (COMPLEMENTARIEDAD)

En resumidos términos, este principio supone que corresponde a los Estados, en primer lugar, respetar y hacer respetar los derechos humanos en el ámbito de su jurisdicción, y, solo cuando estos no han brindado una protección adecuada o efectiva, la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia (Santiago, 2020, p. 93).

Su relevancia es tal que la doctrina ha señalado que el de subsidiariedad es uno de los tres principios fundamentales del SIDH (Santiago, 2020), y tiene, además, dos dimensiones:<sup>7</sup>

a) Sustantiva o normativa, que confluye –a nuestro entender– en otro principio denominado de “garantía mínima”. Según él, los tratados internacionales sobre derechos humanos ofrecen una protección coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados, constituyendo un mínimo de protección. Así, al referirse la doctrina a este principio de garantía mínima, señala:

A partir de un mínimo definido por un tratado internacional, siempre será posible que el derecho interno o bien otro tratado amplíen el alcance de aquel, es decir, constituyan una norma más protectora; lo que está prohibido es descender el nivel de protec-

<sup>6</sup> Véanse las dificultades para determinar el contenido del *ius cogens* –esto es, la identificación de sus normas– en Gómez Robledo (2003, pp. 167-170).

<sup>7</sup> Véase Santiago (2020, pp. 98-99), con una concepción distinta de la dimensión sustantiva del principio.

ción. Bajo el principio de garantía mínima será lícito para un Estado derogar una norma interna que sea más protectora que la norma internacional, siempre y cuando no se descienda del estándar definido por la norma internacional. (Rodríguez Huerta, 2019, p. 874)

b) Procesal, vinculada a la forma en que operan los órganos internacionales respecto de los estatales. Según esta dimensión, los jueces nacionales intervienen directamente frente a la violación de derechos humanos, pero, en caso de que no se aseguren adecuadamente en sede local los derechos comprometidos, se encuentran habilitados para tomar intervención –de forma subsidiaria– los órganos del SIDH. La necesidad de agotar las distintas instancias nacionales antes de acceder al sistema internacional es una clara consecuencia de la dimensión procesal de este principio, y la propia Corte IDH ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo cual no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”.<sup>8</sup>

El principio de subsidiariedad, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),<sup>9</sup> tienen múltiples fundamentos, pero uno de los principales es garantizar la capacidad de actuación y decisión de los Estados, respetando su soberanía nacional e independencia.

Expuesto ello, es posible destacar que una de las formas de garantizar la autonomía estatal y respetar las idiosincrasias nacionales es a través del consenso internacional.

### III - EL CONSENSO INTERNACIONAL

Para analizar el consenso en el plano internacional, resulta necesario efectuar algunas apreciaciones sobre sus alcances o vertientes.

En una primera vertiente, vinculada al derecho internacional y en un sentido material, es posible afirmar que la creación de normas internacionales –entre ellas, las referidas a los derechos humanos– requiere de un consenso o acuerdo entre Estados, ya sea mediante repetición constante y uniforme de una práctica, que se convierte en costumbre internacional, o por un acuerdo que se plasma por escrito en un convenio internacional. (Bello 1844, p. 18).

Por otra parte, en una segunda vertiente –que es la relevante para este trabajo– puede entenderse el consenso como un método de interpretación que permite a los órganos jurisdiccionales internacionales establecer, en un momento determinado, la forma en que la comunidad internacional –a la cual se va a aplicar la norma– entiende el derecho en

<sup>8</sup> Corte IDH, “González Medina y familiares Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 27 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 240, consid. 38. Allí agregó que la Corte no es, por tanto, un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos.

<sup>9</sup> Tanto en el preámbulo como en los artículos 46.1.a y 61.2.



cuestión, permitiéndole –a raíz de ello– establecer si ha existido una violación que genera responsabilidad internacional.<sup>10</sup>

De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo este mecanismo, al intervenir un tribunal supranacional –ya sea la Corte IDH o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)– en una cuestión planteada ante sus estrados, corresponde que realice una búsqueda que le permita conocer si existe un consenso respecto del sentido y alcance de los derechos humanos involucrados entre los países signatarios del convenio internacional sobre derechos humanos que resulta aplicable al caso.

Ello permite corroborar la existencia de una comprensión uniforme sobre el contenido de los derechos humanos implicados por parte de los Estados sujetos a la jurisdicción del tribunal.

Ahora bien, la primera pregunta que surge es: ¿cómo debe buscarse este consenso? Para arribar a él, estimamos que debe procederse a la comparación de las normas y las prácticas adoptadas en el interior de los Estados que ratificaron el convenio o pacto y se encuentran sometidos a la competencia del tribunal supranacional.

Asimismo, puede recurrirse a las obligaciones internacionales asumidas por dichos Estados en los demás tratados o convenios de los que forman parte –sean regionales o de alcance universal–, destinados a proteger los derechos humanos.

La segunda pregunta que corresponde formular es: ¿por qué se requiere este consenso para resolver las controversias que se plantean en la instancia supranacional? Básicamente, porque si se parte de una comprensión uniforme respecto de la definición y el alcance de los derechos humanos involucrados en un caso por parte de los países signatarios de la Convención, se pueden establecer estándares para juzgar las conductas estatales contrarias a ellos y determinar, a partir de allí, si les cabe responsabilidad internacional por su actuación.

De esta forma, se contemplan y preservan las distintas realidades jurídicas, sociales y culturales de los distintos países, logrando un equilibrio entre el respeto a la soberanía de los Estados y la intervención de los aludidos tribunales supranacionales.

Se advierte, claro está, que no resulta sencillo determinar la existencia de un consenso entre los Estados que integran un sistema regional.

A raíz de ello, es posible realizar una tercera pregunta: ¿cuándo debería entender el tribunal supranacional que hay consenso entre los Estados? Lo cual permite realizar una pregunta adicional: el consenso ¿constituye la comprensión uniforme de algunos pocos, de la mayoría o de todos los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

Un completo análisis y desarrollo de las respuestas posibles a estas dos preguntas excedería el objeto del presente estudio, pero consideramos que el criterio del consenso

---

<sup>10</sup>En lo sustancial, véase Benavides Casals (2009, p. 298).

de la mayoría de los Estados se impone, no sin problemas, especialmente frente a los países cuya comprensión del contenido y alcance de los derechos humanos involucrados difiere del resto.

Ahora bien, una pregunta operativa surge también luego de definir el consenso como la comprensión uniforme de la mayoría de los Estados: ¿cómo puede el tribunal hacer esta comparación entre los Estados para comprobar la existencia de un consenso? Estimamos que la forma de realizar esta comparación no debería ser demasiado compleja, y, según se advertirá, la Corte IDH la ha utilizado en diversas oportunidades.

Una primera alternativa para realizarla es a través de la adopción de distintas medidas por parte del tribunal, especialmente mediante las diligencias probatorias de oficio previstas en su propio reglamento (para el caso de la Corte IDH, art. 58, en especial en sus incisos a, b y c), pudiendo incorporar el resultado de dicha actuación –especialmente la comparación entre los países– en la sentencia.

También la prueba pericial ofrecida por las partes puede llevar a comprobar la existencia o ausencia del consenso en cuestión.<sup>11</sup>

Distinta es la situación si el tribunal recurre, para evaluar si hay consenso, a las obligaciones internacionales asumidas en los demás tratados o convenios vinculados a los derechos humanos –sean regionales o universales– suscriptos por los Estados que conforman el sistema. Ello no requeriría de medidas probatorias adicionales para lograr tal comprobación.

Una vez establecida la existencia de un consenso regional, y habiendo determinado que existe una comprensión uniforme entre los Estados que integran el sistema sobre el contenido y alcance de los derechos humanos involucrados, no se advierten –a nuestro criterio– mayores obstáculos para la solución que debe darse a la cuestión por el tribunal supranacional, comprobando a raíz de ello la existencia –o no– de la vulneración de tales derechos y, en su caso, la responsabilidad internacional.

En este punto, resulta necesario aclarar que existe un núcleo duro de derechos humanos respecto de los que difícilmente haya diferencias en el entendimiento o comprensión por parte de los distintos Estados en cuanto a su contenido y alcance.

#### IV - EL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL

Expuesto ello, ¿qué sucede cuando no es posible encontrar un consenso o comprensión uniforme sobre el contenido de los derechos humanos en los distintos países signa-

---

<sup>11</sup> Véase la resolución de la presidenta de la Corte IDH del 11 de diciembre de 2020 en el caso "Ríos Avalos y otro vs. Paraguay", especialmente lo decidido en el punto 1.c de la parte resolutive, al aceptar la declaración del perito propuesto por el Estado, Dr. Jorge Alejandro Amaya, sobre el juicio político previsto para jueces y juezas de las máximas instancias judiciales, conforme a las normas constitucionales de la región y su compatibilidad con las garantías del debido proceso.

tarios de algún convenio internacional sobre derechos humanos? A falta de consenso, resultará de aplicación la doctrina del margen de apreciación nacional. Ello es así, toda vez que la ausencia de un consenso de los Estados que integran el sistema permite una deferencia hacia la interpretación brindada por los propios países a los derechos en cuestión.

¿Qué se entiende por la doctrina del margen de apreciación nacional? La idea básica y resumida es que los Estados partes tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos (García Roca, 2007, p. 122), discrecionalidad que se encuentra sujeta a supervisión del tribunal supranacional.<sup>12</sup>

Su origen se encuentra en el sistema europeo de derechos humanos y se remonta al Consejo de Estado francés (Díaz Solimine, 2020, p. 113), pero el Tribunal de Estrasburgo la ha desarrollado con perfiles propios.

Advirtiendo su utilización por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una pregunta fundamental que se presenta es: la doctrina del margen de apreciación nacional ¿se encuentra receptada expresamente en el Convenio Europeo? Sobre este punto, la doctrina destaca que

no está incluida de forma expresa entre los preceptos del Convenio Europeo ni tampoco fue mencionada ni debatida en los trabajos preparatorios... Pero es inmanente a la lógica de la subsidiariedad, que es inherente a una protección internacional y debe lógicamente producirse después de la interna y en defecto de la misma. (García Roca, 2007, p. 121)

En relación con los fundamentos de esta doctrina, se han expuesto dos principales, que pueden sintetizarse de la siguiente forma: la autolimitación (*self-restraint*) propiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para no actuar fuera de la competencia que se le ha asignado (esto es, *ultra vires*); el principio de subsidiariedad que caracteriza al sistema regional de protección de los derechos humanos. Agrega la doctrina sobre este último argumento que "un juicio sabio y constitucionalmente adecuado demanda conocer la realidad fáctica y normativa que se juzga y ello exige proximidad e inmediatez y conocimiento del Derecho nacional" (García Roca, 2007, p. 129), pero con un imprescindible, complementario, subsidiario, lejano e independiente control del tribunal supranacional.

Sin embargo, estimamos que el principal fundamento de la doctrina del margen de

---

<sup>12</sup> Véase el caso "Handyside vs. The United Kingdom", 7 de diciembre de 1976, Serie A, Nro. 24. Un concepto más elaborado de la "doctrina del margen de apreciación nacional" la caracteriza como el espacio o la capacidad de actuación que se les concede a los Estados, por parte de los tribunales supranacionales, para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales asumidas por ellos, vinculadas especialmente a los convenios sobre derechos humanos, ponderando la diversidad propia de cada país y los derechos humanos involucrados en el caso.

apreciación nacional radica en el respeto a las distintas realidades políticas, económicas, sociales y jurídicas de cada uno de los Estados que conforman el sistema regional, o, lo que es lo mismo, el respeto a las diferencias nacionales y, en definitiva, a su soberanía.

## V - SU APLICACIÓN POR LOS TRIBUNALES SUPRANACIONALES

Veremos ahora, brevemente, cómo han sido utilizados estos mecanismos –consenso y margen de apreciación nacional– por los tribunales supranacionales.

### El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Del análisis de la jurisprudencia del TEDH se aprecia que ha receptado el mecanismo del consenso –denominado *common European approach*<sup>13</sup>– y, a falta de él, ha acudido a la doctrina del margen de apreciación nacional.<sup>14</sup>

En lo atinente al margen de apreciación nacional, señala la doctrina en un estudio realizado sobre el tema que

para 1998... había sido usado un total de setecientas veces, cifra elevada para entonces, si se considera que más del 91 % de los casos resueltos por el TEDH dataron de 1998 a 2011. Este dato cuantitativo, y su empleo en una gran cantidad de sentencias cualitativamente trascendentes para Europa, permite afirmar que el margen de apreciación es uno de los pilares jurídicos fundamentales sobre los que reposa el SEDH. (Díaz Solimine, 2020, p. 112)

Mediante la utilización del mecanismo del consenso y, en su defecto, de la doctrina del margen de apreciación nacional, se respeta el pluralismo y la diversidad política, social, cultural y jurídica que existe entre las naciones europeas.<sup>15</sup>

No desconocemos que, en algunos supuestos, el TEDH ha buscado las soluciones a los conflictos utilizando otros estándares, como ha sucedido en el caso "Goodwin c. Reino Unido"<sup>16</sup>, donde la Gran Cámara hizo prevalecer la tendencia internacional continua (*international trend*)<sup>17</sup> ante la falta de consenso europeo. También el Tribunal ha invo-

<sup>13</sup> Cf. Pascual Vives (2014, pp. 113-153), en lo referente a las reclamaciones planteadas contra el Reino Unido por transexuales solicitando el reconocimiento de determinados derechos, analizando en la nota 73, en particular, el derecho a modificar su inscripción registral de nacimiento ("Rees v. United Kingdom", 17 de octubre de 1986, §§ 37 y 44, Serie A, Nro. 106), el derecho a contraer matrimonio tras haberse sometido a una operación de cambio de sexo ("Cossey v. United Kingdom", 27 de septiembre de 1990, §§ 37, 40 y 46, Serie A, Nro. 184) y el derecho a ser registrado civilmente como progenitor de una menor ("X, Y and Z v. United Kingdom" (GC), 22 de abril de 1997, §§ 47-48, Nro. 21830/93".

<sup>14</sup> Pascual Vives (2014), nota 86, causas del TEDH "T. v. United Kingdom", §§ 71-72 y 75, Nro. 24724/94; y "V. v. United Kingdom", §§ 73-74 y 77, Nro. 24888/94, ambas del 16 de diciembre de 1999.

<sup>15</sup> Cf. en lo sustancial y respecto de la doctrina del margen de apreciación nacional, García Roca (2007). En la página 130 insiste en que, a su juicio, "la verdadera justificación racional de la doctrina radica en la primera razón: la disparidad cultural de las diversas comunidades políticas nacionales; un pluralismo de base territorial sobre el que se asienta una común cultura europea aún de mínimos".

<sup>16</sup> TEDH, "Christine Goodwin v. United Kingdom" (GC), 11 de julio de 2002, §§ 91-93, Nro. 28957/95.

<sup>17</sup> Pascual Vives (2014): "El proceso de integración europea, amén del tratamiento más favorable dispensado a los

cado varios instrumentos convencionales de alcance regional, creados en el seno del Consejo de Europa, como sucedió con el Convenio Marco para la protección de las Minorías Nacionales (Nro. 157). Según se afirma acertadamente (Pascual Vives, 2014), la entrada en vigor del tratado y el número de ratificaciones recibidas, como puso de relieve la Gran Cámara del Tribunal de Estrasburgo en "X y otros c. Austria"<sup>18</sup>, representan dos elementos esenciales para concluir que el mismo refleja puntos comunes u opiniones compartidas entre los Estados europeos en la actualidad (*common ground among European States at present*).

### La Corte Interamericana de Derechos Humanos

En materia de consenso o comprensión uniforme de los derechos humanos por parte de los Estados integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es posible advertir que la Corte IDH ha resuelto con prescindencia y, en algunas oportunidades, destacando la falta de consenso entre los Estados que conforman el sistema.

La Corte IDH hizo expresa referencia al consenso general en el caso "Claude Reyes y otros c. Chile", al señalar que existía "un consenso general de los Estados que integran la Organización de Estados Americanos" sobre la importancia del acceso a la información pública y la necesidad de su protección; un consenso que había sido "objeto de resoluciones específicas emitidas por la Asamblea General de la OEA".<sup>19</sup>

Sin embargo, en el caso "Atala Riffo y Niñas c. Chile"<sup>20</sup>, la Corte incluyó la discriminación por razón de la orientación sexual dentro de las categorías protegidas por el artículo 1.1 del Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el principio general de no discriminación; aunque admitió, en su sentencia, la ausencia de un consenso entre los Estados partes de la CADH sobre el contenido del concepto de familia en el sistema regional americano. Idéntico criterio –contrario al consenso– expuso en uso de su competencia consultiva en la OC-24/17.<sup>21</sup>

---

transexuales en otros Estados de la Commonwealth y de lo estipulado en la Recomendación 1117 (1989) sobre la condición de los transexuales, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 29 de septiembre de 1989, actuó como el verdadero catalizador de esa 'international trend' y allanó el camino para que la Gran Sala modificara su doctrina basándose en la existencia de un *consensus generalis* en el seno de la UE" (pp. 131-132).

<sup>18</sup> TEDH. "X and others v. Austria" (GC), 19 de febrero de 2013, § 150, Nro. 19010/07.

<sup>19</sup> Corte IDH, "Claude Reyes y otros c. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas", 19 de septiembre de 2006, Serie C, Nro. 151, párr. 78.

<sup>20</sup> Corte IDH, "Atala Riffo y Niñas v. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas", 24 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 239, párr. 92.

<sup>21</sup> En el párrafo 83 sostuvo: "Por último, resulta importante recordar que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana".

De lo expuesto se advierte, entonces, que en los casos en que no existe consenso es la propia Corte IDH quien se encarga de definir el contenido –sentido y alcance– de los derechos humanos contemplados en los instrumentos normativos internacionales.

Por otra parte, la Corte IDH ha rechazado –también– la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, que, según se expuso, resultaría utilizable frente a la ausencia de consenso.

## VI - CONCLUSIONES

Existe un núcleo duro de derechos humanos respecto de los que difícilmente haya diferencias en la comprensión en cuanto a su contenido y alcance por parte de los distintos Estados que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Sin embargo, respecto de muchos otros derechos humanos<sup>22</sup> resulta necesario encontrar aquellos puntos –aunque sea un piso mínimo común– en los que existe un consenso sobre el entendimiento que los Estados integrantes del SIDH tienen respecto del sentido y alcance de aquellos. Este consenso interamericano debe buscarse y reconocerse por los órganos del SIDH, más no imponerse forzosamente, como se ha intentado en alguna oportunidad –especialmente en el Sistema Interamericano–.

Al respecto, estimamos que la Corte IDH debería aprovechar la exitosa experiencia del TEDH en la utilización de distintos mecanismos para la resolución de conflictos. Así, podría aplicar como parámetro la comprensión uniforme que tienen los Estados sobre los derechos humanos involucrados y, ante la falta de un consenso, utilizar el margen de apreciación nacional.

Es claro que el sistema es perfectible, pero no beneficia al SIDH que la Corte IDH defina unilateralmente el contenido y alcance de determinados derechos humanos y lo intente imponer forzosamente a los Estados cuando no existe consenso; por el contrario, lo perjudica.

A su vez, resulta necesario receptar la doctrina del margen de apreciación nacional en el SIDH y definir con gran precisión sus alcances, para que no pueda ser utilizada arbitrariamente, siendo esta, tal vez, una de las mayores críticas formuladas sobre el tema por la doctrina europea al TEDH.

De todo lo expuesto se deduce que, a mayor consenso entre los Estados sobre el contenido y alcance de los derechos humanos, menor será el margen de apreciación nacional.

Lo desarrollado hasta aquí cobra fundamental relevancia si la Corte IDH pretende, a través de los casos concretos, producir estándares generales interamericanos sobre el contenido de los derechos humanos –receptados en los pactos y convenciones– e im-

---

<sup>22</sup>Se pueden enumerar, no taxativamente y según la experiencia europea, la imparcialidad de un tribunal, la investigación sobre paternidad, el velo religioso, el divorcio, la sindicación, la utilidad pública de una expropiación o la configuración legal del sufragio, el matrimonio de personas del mismo sexo y la expulsión de extranjeros, solo por mencionar algunos.



ponerlos a los Estados que no han sido parte del conflicto<sup>23</sup>, interpretación que, a nuestro entender, no encuentra sustento normativo en la CADH, según lo ha destacado la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.<sup>24</sup>

Ahora bien, ¿qué sucede cuando se pretende forzar una interpretación de los derechos humanos por un tribunal supranacional, sin reparar en la falta de consenso o soslayando las distintas realidades jurídicas, políticas, sociales y culturales que sustentan el margen de apreciación nacional? ¿Es posible imponer a los distintos países una única e inflexible definición y contenido de los derechos humanos contemplados en los pactos y convenciones, sin reparar en las particularidades de cada uno de los Estados? En otros términos, ¿pueden resolver los tribunales supranacionales de espaldas a los Estados que suscribieron los pactos y convenciones sobre derechos humanos? La experiencia indica que no.

Puede citarse como ejemplo lo acontecido en Europa en los años setenta del siglo pasado, cuando el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, cuya jurisdicción vino determinada por los tratados suscriptos en virtud de cláusulas constitucionales habilitantes, tuvo una interpretación extensiva de las competencias comunitarias, aplicando la primacía –de forma absoluta– del derecho comunitario.<sup>25</sup> Ello originó como reacción que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania (TFCA) ideara el denominado “método Solange” para evitar un conflicto de jurisdicciones, conservando un área de reserva propia, denominada identidad constitucional nacional e inmune a las interpretaciones del tribunal supranacional.

Esta doctrina del TFCA,<sup>26</sup> que se encuentra plenamente vigente, ha sido utilizada también respecto del TEDH.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Corte IDH, “Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, 20 de marzo de 2013, párr. 69.

<sup>24</sup> Véanse al respecto los fundamentos expresados en la decisión de la Suprema Corte de Justicia de Uruguay en el caso “AA. BB. –Denuncia– Excepción de Inconstitucionalidad Arts. 1, 2 y 3 de la Ley 18.831”, IUE 2-109971/2011, sentencia 20 del 22 de febrero de 2013, especialmente considerando III.a, donde destacó: “Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH o en los informes de la Com. IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que ‘[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes’, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutoria de la sentencia o resolución de la Corte IDH... Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quieta non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano”.

<sup>25</sup> Cf. Pizzolo (2017, p. 81).

<sup>26</sup> Se inicia con el caso “Solange I” (29/05/1974), sigue con “Solange II” (22/10/1986), “Maastricht Urteil” (12/10/1993), “Banana Market” (7/06/2000), “Lisboa” (30/06/2009), “Honeywell” (6/07/2010), hasta la más reciente y fundamental decisión, pronunciada en el caso “Weiss y otros” (5/05/2020), donde resolvió que tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como el Banco Central Europeo (BCE) actuaron fuera del ámbito de sus competencias –es decir, *ultra vires*– en relación con el programa de compra de deuda del sector público (Public Sector Purchase Programme) lanzado por el BCE en 2015, declarando inaplicable en Alemania una sentencia del TJUE, dictada en 2018 en el asunto Weiss.

<sup>27</sup> En la sentencia “Görgülü”, del 14 de octubre de 2004 (2 BvR 1481/04), donde la Sala Segunda del TCFA, luego de un detallado análisis (párrs. 29 a 62), arriba a esa conclusión, siempre que no dé lugar a una restricción o reducción de la

Por su parte, la Corte Constitucional de Italia elaboró la doctrina jurisprudencial de los *contralímites* (*controlimiti*)<sup>28</sup> y su concepto derivado, la *identidad constitucional*, que reivindica la primacía de los principios fundamentales del orden constitucional italiano y de los derechos inviolables de las personas garantizados por la Constitución, haciéndolos impermeables a la penetración comunitaria y garantizando la revisión judicial por dicha Corte para verificar su compatibilidad.<sup>29</sup>

De idéntica forma y respecto de la Corte IDH, la Corte Suprema de Justicia argentina, en el caso "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto"<sup>30</sup> – dictado en virtud de la decisión recaída en autos "Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina"<sup>31</sup> – destacó la existencia de una esfera de reserva soberana que se encuentra "delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad" (consid. 16).

Recientemente, en la causa "Escalante, Esteban Iván"<sup>32</sup>, la Corte Suprema expresó que correspondía sopesar las competencias convencionalmente acordadas para la jurisdicción internacional, en línea con los alcances del compromiso internacionalmente asumido por el Estado argentino, "siempre dentro del marco hermenéutico que impone el margen de apreciación nacional que dimana del artículo 27 de la Norma Fundamental"<sup>33</sup>.

Se advierte que, en los casos en que los tribunales supranacionales resuelven sin contemplar ni ponderar las realidades políticas, jurídicas, sociales y culturales de los Estados, el sistema se resquebraja. La "Declaración sobre el SIDH" –aludida en el inicio del presente trabajo– que hicieron en Asunción en 2019 cinco países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es una clara prueba de ello.

---

protección de los derechos fundamentales. Disponible en: [http://www.bverfg.de/e/rs20041014\\_2bvr148104fr.html](http://www.bverfg.de/e/rs20041014_2bvr148104fr.html). Esta posición fue reiterada por el TCFA en la decisión de la Segunda Sala, del Segundo Senado, el 4 de febrero de 2010 (2 BvR 2307/06), donde sostuvo (párr. 21) "que los tribunales alemanes deben observar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos como cualquier otra ley federal dentro del marco de una interpretación metodológicamente justificable... las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos influyen en la interpretación de los derechos fundamentales y los principios del estado de derecho de la Ley Fundamental. El texto del Convenio y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden servir como ayudas interpretativas a nivel de derecho constitucional, para determinar el contenido y alcance de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la Ley Fundamental". Disponible en: [http://www.bverfg.de/e/rk20100204\\_2bvr230706.html](http://www.bverfg.de/e/rk20100204_2bvr230706.html)

<sup>28</sup> Véase el desarrollo del tema en Amaya (2020, p. 205 y ss.).

<sup>29</sup> La jurisprudencia de la Corte italiana se inicia con el caso "Frontini" (27/12/1973, sentencia nro. 183/1937), y continúa con las causas "Granital" (8/06/1984, sentencia nro. 170/1984), "Fragd" (21/04/1989, sentencia nro. 232/1989), "S.F., A.M. y otros" (22/10/2014, sentencia nro. 238/2014), "MAS y MB" (10/04/2018, sentencia nro. 115/2018), entre otras. Véase el comunicado de prensa emitido por la Corte el 31 de mayo de 2018 bajo el título "Fraude y prescripción de la UE: La 'Regla Taricco' es inconstitucional por contraste con el principio de determinación en materia penal".

<sup>30</sup> CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico c. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 14 de febrero de 2017, fallos 340:47.

<sup>31</sup> Corte IDH, "Fontevicchia y D'Amico Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas", 29 de noviembre de 2011, Serie C, Nro. 238, párr. 105 y punto 2 de la parte dispositiva.

<sup>32</sup> CSJN, "Escalante, Esteban Iván y otros s/ homicidio triplemente calificado por haberse cometido con ensañamiento, alevosía y con el concurso de dos o más personas en concurso real con el abuso sexual con acceso carnal y con el delito de privación ilegítima de la libertad", 12 de agosto de 2022, fallos 345:647, consid. 6°, párr. 2°.

<sup>33</sup> Fallos 340:47, consid. 11 del voto de la mayoría y 5° del voto del juez Rosatti.



Esto implica, a nuestro parecer, que la Corte IDH debe buscar los puntos de convergencia entre los distintos países que integran el SIDH para lograr un consenso interamericano respecto del contenido de los derechos humanos, y, a falta de él, receptar la doctrina del margen de apreciación nacional, a fin de evitar que el sistema pueda evidenciar signos de fractura.

## REFERENCIAS

- AMAYA, J. A. (2020). Teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿A dónde vamos? *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 17 (50). Universidad Nacional de La Plata.
- AMAYA, J. A. (2023). *Fronteras del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Astrea.
- BELLO, A. (1844). *Principios de derecho de gentes*. Librería de la Sra. Viuda de Calleja e Hijos.
- BENAVIDES CASALS, M. A. (2009). El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Revista Ius et Praxis*, 15 (1).
- BODIN J. (1997). *Los seis libros de la República* (3<sup>ra</sup> ed.). Tecnos.
- DÍAZ SOLIMINE, I. L. (2020). El margen de apreciación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En I. L. Díaz Solimine (dir.), *El margen nacional de apreciación*. Astrea.
- GARCÍA ROCA J. (2007). La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 20.
- GÓMEZ ROBLEDO, A. (2003). *El ius cogens internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- JIMÉNEZ PIERNAS, C. (2011). El Derecho Internacional Contemporáneo: una aproximación consensualista. [https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXVII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2010\\_Carlos\\_Jimenez\\_Piernas.pdf](https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXVII_curso_derecho_internacional_2010_Carlos_Jimenez_Piernas.pdf)
- PASCUAL VIVES, F. (2014). Consenso e interpretación evolutiva de los Tratados Regionales de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXVI/2.
- PIZZOLO, C. (2017). *Comunidad de intérpretes finales*. Astrea.
- RODRÍGUEZ HUERTA, G. (2019). Comentario al Artículo 29 de la CADH. En C. Steiner y C. Fuchs, (Eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2<sup>a</sup> ed.). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- SANTIAGO, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea.



**LA VIVIENDA Y LA CIUDAD:  
CUANDO LOS DERECHOS SE CONSTRUYEN DESDE ABAJO**

*Mariana Paula Chaile*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 29/07/2024**

**Aprobado: 21/08/2024**

## LA VIVIENDA Y LA CIUDAD: CUANDO LOS DERECHOS SE CONSTRUYEN DESDE ABAJO

### RIGHTS TO HOUSING AND THE CITY: WHEN RIGHTS ARE BUILT FROM THE GROUND UP

Por Mariana Paula Chaile<sup>1</sup>

Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, Argentina

*Fíjese bien en mi casa.*

Mundo Peronista, año 1, nro. 20

**Resumen:** El presente trabajo desarrolla la evolución que experimentó el derecho a la vivienda digna y su combinación con el sobreviniente derecho al hábitat y a la ciudad. Además, formula un repaso de la acogida constitucional y convencional que atravesó el derecho argentino desde la primera mitad del siglo XX hasta la actualidad. Asimismo, propone pensar el rol del Estado en el desarrollo de políticas públicas eficientes que se dirijan a garantizar la materialización de estos derechos.

**Palabras clave:** hábitat, derecho a la ciudad, progresividad, Estado, políticas públicas, constitucionalismo, derechos sociales

**Abstract:** This paper develops the evolution of the right to decent housing and its combination with the supervening right to habitat and the city. In addition, it reviews the constitutional and conventional reception that Argentine law has undergone from the first half of the twentieth century to the present. It also proposes to think about the role of the State in the development of efficient public policies aimed at guaranteeing the materialization of these rights.

**Keywords:** habitat, right to the city, progressiveness, state, public policies, constitutionalism, social rights

---

<sup>1</sup> Abogada. Profesora titular asociada de Derecho Constitucional (Facultad de Derecho, Universidad Católica de La Plata). Diplomada internacional en Derecho Constitucional y Magistratura (Universidad Nacional del Oeste). Relatora de la Comisión de Usuarios y Consumidores del Senado de la provincia de Buenos Aires. Asesora legislativa. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-5297-6224>. Correo electrónico: [marianachaile@gmail.com](mailto:marianachaile@gmail.com)

## I - IDEAS INICIALES

El derecho a la vivienda, consagrado por el constitucionalismo social en la primera mitad del siglo XX, ha evolucionado en las últimas décadas y no puede pensarse aislado del derecho a la ciudad y al hábitat digno.

Este nuevo enfoque es un producto complejo que se origina en las demandas sociales y que se afirma en los derechos económicos, sociales y culturales que han obtenido reconocimiento constitucional y convencional en las últimas décadas y que consolidan un estándar internacional.

El propósito de estas páginas será, por una parte, desandar el camino que recorrió el constitucionalismo argentino desde la consagración que la Convención Constituyente formuló en 1949 del derecho a la vivienda hasta el reconocimiento convencional acogido por la reforma de 1994; y, por otra parte, analizar cómo ha sido el proceso que llevó a transformar ese derecho social en un derecho complejo que combina múltiples dimensiones y acciones que requieren la presencia de un Estado activo y articulador de los actores sociales que pulsán por exigir el cumplimiento de estándares de dignidad.

## II - DE LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL PERONISTA DE 1949 AL RECONOCIMIENTO CONVENCIONAL

El constitucionalismo, como indica Ziulu (2014), "es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público" (p. 43).

Así, es posible señalar las diversas etapas que integran ese proceso y que se caracterizan por la inclusión de nuevos derechos que acompañan las luchas en favor del reconocimiento de la libertad y la dignidad de las personas. La doctrina es conteste en señalar, en ese sentido, que el constitucionalismo reconoce un período de antecedentes, luego se ubica el constitucionalismo liberal o clásico, seguido por el constitucionalismo social, hasta el advenimiento del denominado constitucionalismo actual.

El reconocimiento normativo del derecho a la vivienda corresponde al constitucionalismo social, que se ubica en la primera mitad del siglo pasado y se presenta como una instancia enriquecedora del constitucionalismo liberal, ya que considera a la persona en un contexto de existencia con otros. En honor a la brevedad y para no desviar el objeto de este trabajo, me limitaré a señalar que, consolidada la consagración expresa de los derechos individuales en las constituciones escritas, esta etapa se caracteriza por el acogimiento de derechos que incumben a las personas en situación social (por ello, los derechos emblemáticos de este período son los derechos del trabajador, los derechos de la

seguridad social, los de la protección a la familia y a los segmentos más vulnerables de las comunidades como mujeres, personas con discapacidad y ancianos, entre otros) y por la transformación del rol del Estado, que pasa del Estado gendarme al estado de bienestar.

En el caso argentino, el reconocimiento expreso del derecho a la vivienda ocurre en la Constitución peronista de 1949.<sup>2</sup> El apartado 6 del artículo 37 ubica entre los derechos del trabajador el derecho al bienestar: su caracterización es compleja y suma diversos elementos, entre ellos, "la posibilidad de disponer de vivienda".

La Convención Constituyente presidida por Domingo Mercante sancionó una amplia reforma del texto originario de 1853-1860 que recogió las aspiraciones de la clase trabajadora, que tomaba conciencia de su rol esencial en el entramado social, y en la denominada parte dogmática de la Constitución puede observarse la cristalización del protagonismo de los sectores populares a través de la inclusión expresa de un abanico de derechos interrelacionados destinados a garantizar una sociedad más equitativa mediante la actuación de un Estado activo. La ascendencia de Arturo Sampay, convencional constituyente por la provincia de Buenos Aires, merece al menos una mención en este punto: es considerado el padre del constitucionalismo social argentino y sus ideas cimentaron las reivindicaciones que la clase obrera merecía.

Como es sabido, el golpe de Estado de 1955 abrogó la vigencia de la Constitución de 1949 –en el marco de la proscripción del peronismo– y convocó a una Convención que, ilegítima, repuso la vigencia del texto de 1853-1860 con sus modificaciones e introdujo dos reformas al texto de la carta magna argentina. Una de ellas es el artículo 14 bis. A partir de allí, los derechos de los trabajadores, de los gremios y de la seguridad social quedaron condensados en esa previsión constitucional nacida en un gobierno de facto.

A propósito, Gelli (2004) señala que "la ilegitimidad de origen de la declaración constitucional de los derechos sociales por antonomasia se purgó, finalmente, con el proceso de reforma de 1994 que hizo suyo el art. 14 bis" (pp. 116-117).

Esa misma reforma respecto del derecho a la vivienda incluyó el inciso 19 al artículo 75, que enumera las facultades del Congreso, e indica la misma autora que esta previsión "pone en cabeza del Estado el diseño de políticas públicas para facilitar el acceso a una vivienda digna" (Gelli, 2004, p. 130). Merece una mención expresa la inclusión del adjetivo "digna", ya que "hace pensar en una vivienda con estructura básica adecuada y suficiente con más la infraestructura de servicios básicos esenciales" (Quiroga Lavié et al., 2009, p. 305).

A las normas citadas (art. 14 bis y art. 75, inc. 19, de la Constitución nacional) se añaden las provisiones convencionales. Así, en el caso argentino es preciso mencionar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal

---

<sup>2</sup>Disponible en: <https://www.senado.gob.ar/bundles/senadoparlamentario/pdf/49/cn49.pdf>

de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que, por su inclusión en el inciso 22 del artículo 75, poseen jerarquía constitucional.

Respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, corresponde citar el apartado 1 del artículo 11 de la tercera parte, que prevé:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.<sup>3</sup>

Este plexo normativo, constitucional y convencional evidencia el reconocimiento expreso que el Estado argentino hace del derecho a la vivienda digna y que se completa con el dictado de leyes que el Congreso nacional y algunas legislaturas provinciales han sancionado a efectos de reforzar el acceso al mencionado derecho.

A la consagración que se formula en los textos legales debe agregarse su articulación con fallos jurisprudenciales que operan en el sistema como intérpretes y aseguran la supremacía de los derechos consagrados. Por razones de brevedad, me limitaré a señalar solo un fallo del año 2012 en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió hacer lugar al reclamo de una familia en situación de calle y con un hijo discapacitado.<sup>4</sup>

El caso se inicia en la ciudad de Buenos Aires y llega al Supremo Tribunal luego de que la demanda hubiera obtenido acogida en la primera instancia y en la Cámara de CABA y posteriormente fuera revocada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad. Respecto del pronunciamiento de la Corte nacional:

se apoya en el principio de progresividad, e introduce una visión amplia de la división de poderes, que impide que pueda concluirse que esta materia constituye una cuestión política no justiciable, fuera del alcance de la consideración de los jueces. Lejos de ello, la Corte efectúa una clasificación de los derechos en función de su operatividad, a partir de la cual abre un camino por el que debe entrar el juez utilizando dos herramientas procesales, que son el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. (Sabsay, 2012, p. 265)

---

<sup>3</sup> Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", del 24 de abril de 2012.

### III - EL DERECHO A LA VIVIENDA Y A LA CIUDAD. LA CONSTRUCCIÓN DE LOS DERECHOS DESDE ABAJO

Como ya se ha indicado, la consagración expresa del derecho a la vivienda se produce con el peronismo. La cuestión social fue uno de los núcleos de la gestión de Perón, y la idea de la casa propia se enlazó con el anhelo del ascenso social.

El eje de gestión se desarrolló a través de la construcción de viviendas y del otorgamiento de créditos, lo que podría traducirse en una vía directa y otra indirecta de acceso al derecho. La formación de barrios obreros se materializó en la suma de viviendas individuales que se emplazaban en lote propio.

"En todas esas casas hicimos la misma observación: eran limpias, bien cuidadas, adornadas con buen gusto y constituían el mayor orgullo de sus propietarios". Esta descripción corresponde al número 20 de la revista *Mundo Peronista*, de 1952.<sup>5</sup> La política habitacional se proponía, además, promover otros derechos, tales como el acceso a comercios, a la atención de salud, a las escuelas; es decir, no se agota en la vivienda en sí misma, sino que se encamina a la conformación de barrios, a la conformación del sentido de comunidad.

Este proceso se produce a la par de cambios sociales de inusitada profundidad: la formación de la conciencia de la clase trabajadora como tal a partir de la proliferación de fábricas, el acceso de las mujeres al mercado laboral, el rol de los gremios que gestaron nuevos estándares de confort para un sector social prácticamente invisibilizado hasta ese momento. La gestión peronista procuró universalizar el ejercicio de los derechos, y en ese marco promovió el acceso democrático por parte de los trabajadores y sus familias a la vivienda propia, que mostraban como un logro con la frase que la crónica de *Mundo Peronista* recoge: "Fíjese bien en mi casa".

La transformación política, cultural y social continuó a partir de allí, y los movimientos populares sostuvieron la tarea de exigir el cumplimiento de los derechos. En particular, el acceso a la vivienda ha adquirido nuevas dimensiones en las últimas décadas y, en un sentido más amplio y moderno, ha dado lugar al concepto de hábitat o el derecho a la ciudad. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2010) afirma:

El derecho a una vivienda adecuada no significa solamente que la estructura de la casa debe ser adecuada. Debe haber también un acceso sostenible y no discriminatorio a los servicios fundamentales en materia de salud, seguridad, comodidad y alimentación. Por ejemplo, debe existir el acceso al agua potable, a la energía para

---

<sup>5</sup> Disponible en: <https://upcndigital.org/~ciper/Material/revistas/MundoPeronista20.pdf>

la cocción, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de lavado, a los medios de almacenar alimentos y de eliminar desechos, al desagüe de los terrenos y a los servicios de emergencia. (p. 9)

El mismo organismo internacional sostiene que "el acceso a una vivienda adecuada puede ser la condición previa para el disfrute de varios derechos humanos, en particular en la esfera del trabajo, la salud, la seguridad social, el voto, la privacidad y la educación" (p. 10), y da cuenta, de esta manera, de la relación estrecha que tienen los derechos entre sí y de que la vulneración de alguno puede afectar el ejercicio de otros.

La noción de ciudad es el resultado de una construcción social. Su conformación es dinámica y colectiva. La idea de afincarse en un lugar y transformarlo en el centro de vida cimenta un sentido de pertenencia y ubica al Estado como un actor central a la hora de planificar las políticas públicas necesarias para un eficiente uso del suelo, para desarrollar las obras de infraestructura y servicios públicos esenciales, para promover el cuidado del ambiente y para desplegar acciones focalizadas en los sectores más vulnerables de la población, entre otras cuestiones.

A su vez, es imprescindible tener en cuenta que los procesos de urbanización se han multiplicado como consecuencia de la dinámica social, lo que exige trabajar sobre la construcción de agendas que resulten sostenibles en pos de reducir las desigualdades, ya que la vulneración de derechos se transforma en la privación que sufren las familias, en especial las de los sectores más humildes. Como ocurre en otros ámbitos, lo que el Estado no planifica podría ser utilizado por intereses privados, en este caso, por ejemplo, por la actividad inmobiliaria. Es crucial analizar y encauzar fenómenos como el déficit habitacional, la precariedad o el hacinamiento, que afectan a amplios segmentos de la población, y reducir la brecha de calidad en la infraestructura.

Además de identificar las causas estructurales que impiden el acceso al derecho a la ciudad, es menester accionar al respecto, porque ellas repercuten de modo directo en la calidad de vida de quienes habitan en estos barrios que suelen caracterizarse por estar emplazados en zonas a las cuales es difícil acceder por no contar, por ejemplo, con asfalto, iluminación en la vía pública, conectividad en el transporte. Y lo riesgoso del fenómeno es que, como si no fuera poca cosa la vulneración de derechos de raigambre constitucional y convencional, se genera una suerte de segregación respecto de quienes habitan allí y, paradójicamente, se produce la reversión del concepto de ciudad: lo que debe unir, identificar, cohesionar, se transforma en un ámbito separado, tanto en lo físico como en lo simbólico, tal como describe Murillo (2023).

En este contexto, resulta oportuno mencionar las expresiones de organización popular que pugnan por construir los derechos desde abajo. Apunta Murillo que estos procesos "persiguen superar viejos enfoques parciales o asistencialistas, al tiempo que persi-



guen superar visiones acotadas del derecho a la vivienda" (p. 143), y proponen un nuevo concepto, más integrador, resultante de la participación social que integra una amplia gama de derechos.

#### IV - A MODO DE CIERRE

A mediados del siglo XX, la clase trabajadora argentina vivió una profunda transformación que incluyó el dictado de una Constitución que reivindicó sus derechos y consagró, en particular, el acceso a la vivienda, e hizo visible lo que hasta ese momento no lo era.

La última reforma constitucional vino a reforzar derechos y a incluir nuevas prerrogativas, concedió jerarquía constitucional a instrumentos internacionales y estructuró un sólido andamiaje normativo protectorio.

El concepto de vivienda se complejizó y dio lugar al concepto de ciudad, y en la actualidad los actores sociales vuelven a la centralidad, pero esta vez para que les sea garantizado lo que por derecho les corresponde: el acceso a una vida digna. El derecho a la ciudad se ha convertido en un estándar de derechos humanos, en el que se relacionan, como ya se ha mencionado, derechos de primera, segunda y tercera generación; en su seno anidan prerrogativas sociales, económicas y culturales.

Es evidente que no hay un único camino que asegure el derecho a la ciudad y que los Estados, en sus diferentes niveles de gestión, tienen la facultad de elaborar las estrategias que consideren más apropiadas y eficaces para planificar su desarrollo. Queda claro que el dictado de normas constitucionales, convencionales y legales genera un marco que debe estar acompañado por las acciones que el Estado no puede renunciar a ejecutar a efectos de lograr el bienestar de su población y que no puede ceder la iniciativa de planificación de la política.

A treinta años de la reforma constitucional de 1994, es imperativo que la acción del Estado esté guiada a la conquista de la justicia social.

#### REFERENCIAS

GELLI, M. A. (2004). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. La Ley.

MURILLO, J. C. B. (2023). Mucho más que una vivienda: El derecho a la ciudad, al hábitat digno y a la igualdad en los barrios populares. Reflexiones para la integración socio-urbana. *Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja*, 31, 141-147. <http://revistas.derecho.uba.ar/index.php/revista-gioja/article/view/832>

OFICINA DE ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS. (2010). *El derecho*

a una vivienda adecuada. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21\\_rev\\_1\\_Housing\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf)

QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI, M. Á. y CENICACELAYA, M. N. (2009). *Derecho Constitucional Argentino* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.

SABSAY, D. A. (2012). El acceso a una vivienda digna en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Pensar en Derecho*, 0. Eudeba.

ZIULU, A. G. (2014). *Derecho constitucional*. Abeledo Perrot.





**LOS MUNICIPIOS Y LA SEGURIDAD**  
**A TREINTA AÑOS DE LA CONSAGRACIÓN DE LA AUTONOMÍA**

*Santiago Nabaes y Franco Pedersoli*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 26/07/2024**

**Aprobado: 18/09/2024**

## LOS MUNICIPIOS Y LA SEGURIDAD A TREINTA AÑOS DE LA CONSAGRACIÓN DE LA AUTONOMÍA

### MUNICIPALITIES AND SECURITY THIRTY YEARS AFTER THE CONSECRATION OF AUTONOMY

Por Santiago Nabaes<sup>1</sup> y Franco Pedersoli<sup>2</sup>  
Universidad Nacional de Quilmes, Argentina

**Resumen:** El presente trabajo desarrolla la reciente evolución histórica y el marco regulatorio que da cimiento a las políticas públicas de seguridad y las competencias de los Gobiernos municipales en relación con estas. Se describen los problemas que presenta la estructura normativa actual, así como las medidas de gestión que han desarrollado las áreas de seguridad locales, en ausencia de una regulación específica y frente a la falta de reconocimiento de la autonomía municipal. Por último, se presentan los lineamientos centrales que estructuran un tratamiento eficiente de la seguridad desde la perspectiva local, destacando la necesidad de dotar al sistema de un andamiaje regulatorio adaptado a las necesidades del presente y de cara al abordaje eficaz de los problemas criminales y las demandas ciudadanas.

**Palabras clave:** políticas de seguridad, autonomía municipal, producción de conocimiento, participación comunitaria, prevención del delito

**Abstract:** This paper develops the recent historical evolution and the regulatory framework that gives foundation to public security policies and the competencies of municipal governments in relation to them. It describes the problems presented by the current regulatory structure, as well as the management measures developed by local security areas in the absence of a specific re-

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional del Comahue). Magíster en Criminología (Universidad Nacional del Litoral). Director provincial de Lucha Contra el Delito Complejo en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la provincia de Buenos Aires. Miembro del Observatorio de Política Criminal y Estudios Judiciales (Universidad Nacional de Quilmes). Presidente de la Comisión de Política Criminal del Colegio de Abogacía de La Plata. Miembro de la Asociación Civil Prisma. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8151-899X>. Correo electrónico: [santiagonabaes@gmail.com](mailto:santiagonabaes@gmail.com)

<sup>2</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Maestrando en Ciencias Sociales (UNLP). Miembro del Observatorio de Política Criminal y Estudios Judiciales (Universidad Nacional de Quilmes). Director del Instituto de Política Criminal del Colegio de Abogacía de La Plata. Presidente de la Asociación Civil Prisma. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-2352-146X>. Correo electrónico: [fpedersoli@gmail.com](mailto:fpedersoli@gmail.com)

gulation and in the absence of recognition of municipal autonomy. Finally, the central guidelines for an efficient approach to security from a local perspective are presented, highlighting the need to provide the system with a regulatory scaffolding adapted to the needs of the present and with a view to effectively and efficiently addressing criminal problems and citizen demands.

**Keywords:** security policies, municipal autonomy, knowledge production, community participation, crime prevention

## I - LA NUEVA FIGURA MUNICIPAL / LAS NUEVAS FUNCIONES DEL MUNICIPIO

Las estructuras institucionales municipales de la Argentina conforman un escenario diverso y complejo, con marcos legales que establecen competencias dispares para los distintos Gobiernos locales. A estas competencias reconocidas legalmente se añade un conjunto creciente de facultades asumidas de hecho como respuesta a los reclamos de la ciudadanía.<sup>3</sup>

En nuestro esquema constitucional, las provincias retienen el poder no delegado expresamente al Estado federal, dentro del cual se incluye el de regular sus divisiones territoriales internas, sin perjuicio del reconocimiento genérico de la autonomía municipal que hace la Constitución nacional. La Constitución de la provincia de Buenos Aires es una de las tres que aún no han reconocido esta autonomía,<sup>4</sup> y la única de estas que fue sancionada luego de la reforma nacional de 1994 (Cravacuore, 2024). Las otras dos provincias que no han reconocido formalmente la autonomía municipal, Mendoza y Santa Fe, no han modificado su carta magna luego de este hito. En síntesis, todos estos textos constitucionales implican un supuesto de omisión inconstitucional, aunque lamentablemente el caso de Buenos Aires merece especial reproche (Ábalos, 2022).

Sin perjuicio de esto, los municipios de esta provincia –como los del resto del país– han ido ampliando de hecho sus facultades, ocupándose progresivamente de nuevos temas y asumiendo funciones que no estaban contempladas dentro del modelo tradicional de gestión municipal –ordenamiento urbano y del tránsito, habilitaciones comerciales, infraestructura pública, etcétera–, muchas veces en respuesta a las demandas sociales.

Según Daniel Cravacuore (2024), este proceso se debe a una serie de factores: la

---

<sup>3</sup>El artículo 10 de la Constitución bonaerense establece: "Todos los habitantes de la Provincia ... tienen derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su ... seguridad".

<sup>4</sup>La provincia de Buenos Aires, así como Santa Fe y Mendoza, aún se encuentran rezagadas en la adecuación de sus normas a la reforma de la Constitución nacional de 1994. El incumplimiento del artículo 123, que establece un claro marco de interpretación del concepto de régimen de municipal como autonómico, está en deuda (Pulvirenti, 2022). "La falta de adecuación a la ley suprema torna inconstitucional la reforma bonaerense pues se ha asumido una actitud omisiva para ciento veintisiete municipios de la mayor provincia argentina, con las consecuencias y efectos que ello implica y vulnerando la Constitución Nacional" (Losa, 2001).

emergencia de "nuevos pobres" y la consiguiente necesidad de asistencia social; el desmantelamiento del estado de bienestar a nivel nacional y provincial; y la descentralización de la gestión gubernamental sin el consiguiente traspaso de recursos ni las capacidades de gestión.

Los Gobiernos locales asumieron nuevas funciones en temáticas que anteriormente se encontraban reservadas a niveles superiores de gobierno. Una de estas es el abordaje de los problemas de seguridad, el cual se ha afianzado rápidamente a partir de la dinámica política desencadenada por la consolidación de la inseguridad como problema público. Este nuevo rol protagónico ha producido transformaciones en las perspectivas securitarias, volcándose hacia la multiagencialidad, desde el entendimiento de que la seguridad no es una responsabilidad exclusiva de las fuerzas policiales, sino también de los campos ligados al desarrollo social, la educación, el desarrollo urbano, entre otros.

## II - EL MARCO JURÍDICO Y EL ROL LOCAL EN SEGURIDAD

Si atendemos a la distribución constitucional de competencias en relación con la temática de la seguridad, observamos claramente que constituye una facultad no delegada por las provincias, las cuales, consecuentemente, han establecido sus organismos de justicia penal, Policías y servicios penitenciarios. Dado el carácter de competencia originaria,<sup>5</sup> resulta lógico que el nivel provincial de gobierno ostente el rol protagónico, en la medida que administra las agencias encargadas de estructurar la persecución penal. Sin perjuicio de esto, las provincias no ejercen de forma exclusiva estas facultades, ya que el Estado nacional también posee competencias relacionadas con la seguridad, cuenta con órganos de justicia, fuerzas de seguridad y agencia penitenciaria, presentándose una superposición entre el sistema federal y los diversos sistemas provinciales.

Frente a esta distribución concurrente entre la nación y las provincias, los Gobiernos municipales ostentan un estatus normativo muy distinto, ya que carecen de competencias directas formalmente atribuidas, no cuentan con órganos jurisdiccionales penales, Policías ni prisiones, todo lo cual aparece profundizado en la provincia de Buenos Aires por la mencionada falta de reconocimiento de la autonomía municipal, en el contexto de la jurisdicción más extensa del país y que acumula casi el 40 % de la población.

Sin perjuicio de esta orfandad normativa, las transformaciones recientes en el sistema de seguridad han implicado un involucramiento progresivo de los Gobiernos locales en la gestión de la seguridad pública, que anuncia también una mutación en los modos de gestionar y entender los problemas delictivos en los entornos urbanos.

---

<sup>5</sup>La Constitución de la provincia de Buenos Aires, reformada en 1994, aborda la seguridad como uno de sus pilares fundamentales. En su preámbulo se menciona el objetivo de "proveer la seguridad común" como parte de la misión del Gobierno provincial.

Los municipios se han erigido en emprendedores de políticas de seguridad, creando nuevos organismos y áreas de gestión, en algunos casos explotando zonas grises de la legislación y en otros, en situaciones de vacío normativo, tensionando el marco jurídico a partir de la dinámica política impulsada por los reclamos ciudadanos en relación con la inseguridad (Escudero, 2023).

En este sentido, Cravacuore (2002) menciona que el incremento de la participación comunitaria en relación con determinado tema y el fortalecimiento de la sociedad civil que conlleva pueden obligar a la organización estatal a desarrollar innovaciones que puedan satisfacer el nuevo tipo y nivel de demandas.

### III - LOS MUNICIPIOS COMO ACTORES DE LA SEGURIDAD

Las problemáticas criminales representan importantes desafíos para la Administración pública en la medida que implican fenómenos que producen gran daño social, movilizan demandas ciudadanas urgentes y reclaman la aplicación de recursos complejos.

En las últimas décadas, los Gobiernos locales han adquirido un papel cada vez más protagónico en la gestión de estas temáticas, recibiendo demandas de la población, coordinando la actuación de las Policías, implementando políticas de intervención propias y articulando iniciativas con organismos provinciales y nacionales. En el plano normativo, la Ley 12.154<sup>6</sup> de Seguridad Pública de la provincia de Buenos Aires reconoce solo parcialmente este nivel de gobierno como un actor integrante del sistema de seguridad pública, a través de la gestión de los Foros de Seguridad,<sup>7</sup> a la vez que la Ley 13.210 de Policías Comunes para municipios de hasta 70.000 habitantes establece su dependencia funcional del intendente, y la Resolución 835/14 del Ministerio de Seguridad, que crea las Policías locales, establece que el intendente formará parte de la Mesa de Coordinación Operativa Local y diseñará el Programa Operativo de Seguridad.

El desarrollo efectivo de estas nuevas competencias ha sido dispar y sujeto al impulso y las capacidades institucionales de cada Gobierno local. Como dice Escudero (2023), este proceso se caracterizó por su inestabilidad y espontaneidad, así como por un déficit de planificación y coordinación.

Muchos municipios han puesto en funcionamiento Centros Operativos Municipales, dependientes de sus áreas de seguridad, donde se ubican oficinas de monitoreo, áreas de recepción de denuncias, reclamos y asistencia a víctimas, observatorios de seguridad, cuerpos de preventores o guardias urbanas y dependencias de la Policía local. A su

---

<sup>6</sup>Con sus modificatorias, realizadas a través de las leyes 12.987, 13.210, 13.482 y 14.024.

<sup>7</sup>Además, los Municipios pueden participar en los Foros Municipales de Seguridad, que son espacios de colaboración entre la comunidad y las autoridades para abordar problemas de seguridad local. Estos foros permiten una mayor participación ciudadana y ayudan a adaptar las políticas de seguridad a las necesidades específicas de cada comunidad.



vez, se han incorporado diversas tecnologías aplicadas a la seguridad, de las que se destacan los sistemas de videovigilancia, las alarmas comunitarias y las plataformas de gestión de información, la utilización de inteligencia artificial, entre otras.

Las nuevas funciones asumidas vienen acompañadas de la necesidad de establecer lineamientos de gestión que permitan orientar las acciones de forma estratégica, en pos de maximizar los resultados esperados en la implementación de políticas locales.

#### **IV - LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES PARA LAS POLÍTICAS LOCALES**

Como hemos mencionado, las políticas municipales de seguridad se han desarrollado en múltiples direcciones, abarcando aspectos de la política criminal de lo más diversos. A continuación identificaremos cuatro núcleos temáticos que representan algunas de las líneas de trabajo centrales que los Gobiernos locales han emprendido y deben continuar desarrollando en pos de consolidar un rol que permita aportar a la mejora de las capacidades institucionales de gestión de los problemas de seguridad.

##### **Producción de conocimiento**

Una cuestión primordial para el desarrollo de iniciativas locales en seguridad es la puesta en marcha de procesos de recolección de datos, procesamiento y construcción de conocimiento. Para enfrentar un fenómeno criminal es fundamental conocer sus características: qué actores están involucrados, en qué momento y lugar se producen los hechos, cuál es su número, cuáles son los factores que contribuyen a su producción, en qué etapas se divide el circuito criminal, etcétera. Solo a partir de información detallada sobre estos elementos es posible diseñar respuestas innovadoras capaces de reducir y controlar su ocurrencia. Esta no es una tarea simple, dado que la producción de información implica contar con recursos humanos capacitados para recolectar datos y analizarlos, operar plataformas de gestión de información, elaborar reportes y establecer procesos de análisis criminal que aporten insumos para la toma de decisiones.

Algunos de los municipios de la provincia de Buenos Aires –aquellos que cuentan con más recursos– han creado áreas y emprendido procesos de este tipo, frente a la deficiencia en la producción y difusión de información por parte de las instancias nacional y provincial. Sin perjuicio de esto, generalmente encuentran dificultades para la obtención de conocimiento riguroso, útil y oportuno, y para su empleo efectivo en los procesos de trabajo.

El registro de eventos delictivos y conflictivos suele estar ligado a la puesta en funcionamiento de centros de monitoreo de cámaras de vigilancia, detectores de patentes, alarmas vecinales y aplicaciones de denuncia. Es a partir de la incorporación de estas tecno-

logías, presentes en mayor o menor medida en casi todos los municipios de la provincia, que las áreas de seguridad se proponen sistematizar y analizar la gran cantidad de información que se registra. En este sentido, la falta de recursos humanos capacitados y de métodos adecuados de procesamiento de datos ha limitado la obtención de resultados.

### **Participación comunitaria**

Una línea de trabajo central para los Gobiernos locales ha sido la gestión de espacios de participación vecinal, en principio en forma de foros reconocidos oficialmente, luego, a partir de la proliferación de distintos espacios de reunión, de carácter informal, con diversos sectores de la ciudadanía. Desde una perspectiva de seguridad ciudadana, la participación apunta a un involucramiento en la construcción de la agenda pública de seguridad, incorporando las experiencias situadas de los ciudadanos y sus comunidades, desde un paradigma preventivo, apostando a la corresponsabilidad en el diseño e implementación de políticas públicas.

Estos ámbitos tienen como objetivo el involucramiento activo de la ciudadanía en la gestión a partir de la expresión de sus necesidades e inquietudes, así como de la construcción de cierto compromiso en la colaboración y el acompañamiento de las acciones de las autoridades locales. La cercanía de los Municipios con la ciudadanía y los problemas que los afectan los convierte en el actor mejor posicionado para llevar adelante esta tarea.

Los procesos genuinos de participación ciudadana pueden servir para el objetivo de construir políticas compartidas que recepten las necesidades reales de la población y sirvan para la construcción conjunta de respuestas efectivas. Sin perjuicio de esto, la coordinación de estos espacios y su aprovechamiento resultan tareas sumamente complejas que pueden arrojar resultados adversos si generan expectativas que luego no son respondidas con medidas visibles y acordes a las percepciones ciudadanas.

### **Prevención del delito**

Dentro del paradigma preventivo de la seguridad, los Gobiernos locales se han posicionado como actores proactivos en el desarrollo de estrategias de prevención primaria –dirigidas a la población en general– y secundaria –sobre poblaciones y grupos específicos–. Gran parte de estas medidas han consistido en iniciativas de prevención situacional, como la vigilancia del espacio público –mediante cámaras de video o agentes municipales–, intervenciones urbanísticas de diseño ambiental, instalación de tecnologías de alarma y denuncia, y otras acciones tendientes a disminuir las oportunidades delictivas en zonas de riesgo.

A su vez, aunque en menor medida, se han desarrollado dispositivos de prevención social que se proponen intervenir sobre aquellos factores relacionados con procesos sociales y culturales que propician la comisión de delitos por parte de ciertos sujetos. Ejemplos de esto son los equipos de abordaje a jóvenes en contacto con la ley penal, o los dispositivos de trabajo con varones denunciados en casos de violencia de género, entre otros.

Este tipo de intervenciones ha implicado la participación en la agenda de seguridad de otras áreas de gobierno, como las de género, niñez y adolescencia, infraestructura, deportes y cultura, salud, etcétera. En este sentido, se ha identificado un proceso de securitización de algunas competencias municipales clásicas –gestión del tránsito, de la higiene urbana, del arbolado, la iluminación, la infraestructura pública, la habilitación de comercios y eventos, etcétera– producto de la necesidad de los Gobiernos locales de dar respuesta a la creciente demanda ciudadana de seguridad.

### **Articulación interinstitucional**

Como mencionamos anteriormente, los Gobiernos locales están desprovistos de los mecanismos fundamentales de gestión de la seguridad: no cuentan con fuerzas policiales, Justicia penal ni sistema penitenciario. Esto los obliga a entablar relaciones de articulación con actores externos para obtener y compartir información, coordinar acciones, atender a reclamos ciudadanos y diseñar respuestas a problemas de seguridad.

En los municipios de la provincia de Buenos Aires las articulaciones más frecuentes y necesarias son las que se establecen con la Policía provincial, tanto para conocer las últimas cifras criminales como para organizar operativos de vigilancia, controlar la disponibilidad de recursos, contribuir al mantenimiento de infraestructura y vehículos o dar respuestas rápidas frente a casos resonantes. Si bien la Policía depende orgánicamente del Estado provincial, en aquellos partidos de menos de 70.000 habitantes que cuentan con Policía comunal los Municipios ostentan el control funcional y tienen la potestad de diseñar políticas preventivas y acciones estratégicas que deben ser cumplidas. En los partidos de mayor población, las potestades de control de la Policía son menores y han estado sujetas a vaivenes normativos en relación con la creación y determinación de funciones de las Policías locales. La posibilidad de contar con fuerzas de seguridad municipales es un reclamo de larga data de algunos Municipios, el cual no ha obtenido respuesta.

El segundo actor fundamental para la articulación municipal es la Justicia penal, que ha representado un desafío mayor para las áreas locales de seguridad, las cuales han encontrado numerosas dificultades para acordar una agenda común de intervención sobre problemas delictivos prioritarios, acortar los plazos de tramitación y desarrollar acciones de persecución penal estratégica que tengan impactos relevantes sobre los fenómenos

criminales recurrentes. Estos desentendimientos se relacionan, en parte, con la llamada "ideología y realidad del trámite" que impregna en muchos casos las prácticas judiciales, generando altísimos niveles de burocratización del sistema penal (Binder, 2011). Esto redundando en que las actividades de investigación y juzgamiento se conviertan en trámites, es decir, en una secuencia de actividades enlazadas por razones formales o mera costumbre, de la que no logra darse cuenta de su razón u origen. Esta forma de actuación implica el trabajo caso a caso, sin identificación de regularidades, definición proactiva de problemas ni selección estratégica de casos, lo que desemboca en la saturación de la Justicia, el archivo masivo de expedientes y la falta de respuestas a la ciudadanía. Al ser los Municipios las instancias gubernamentales más cercanas a la población, se convierten en los receptores de los reclamos y frustraciones de las víctimas con respecto a tramitaciones judiciales sobre las cuales no tienen competencia para intervenir, lo que los pone en la necesidad de crear vínculos de coordinación con los organismos judiciales.

## V - CONCLUSIÓN

El panorama que hemos descrito da cuenta de un ensanchamiento del sistema de seguridad pública por el ingreso de los Gobiernos locales y sus políticas innovadoras. Como dijimos en un comienzo, este involucramiento se ha producido en gran medida "de facto", sin el respaldo de un ordenamiento normativo que reconozca competencias claras –ni atribuya recursos específicos–. Sin perjuicio de esto, el sistema de seguridad en Argentina se encuentra actualmente conformado por organismos institucionales y políticas desarrolladas desde los niveles de gobierno federal, provincial y municipal.

Este proceso ha implicado una descentralización de las políticas públicas de seguridad que presenta potencialidades para un abordaje más efectivo de los problemas desde un enfoque territorial, privilegiando la participación comunitaria, la utilización de tecnologías, la articulación con las fuerzas de seguridad provinciales y nacionales y el desarrollo de estrategias de comunicación institucional.

Como menciona Escudero (2019), esta descentralización –particularmente en el conurbano bonaerense– se produjo con desbalance marcado entre la intensidad de la demanda de seguridad y los recursos jurídicos, burocráticos y presupuestarios disponibles en los municipios para darle respuesta –a lo que se suma la desigualdad de recursos entre distintos municipios–.

Otro emergente, producto del involucramiento de los Municipios en la seguridad, ha sido la puesta en evidencia de las profundas deficiencias en los abordajes policiales y judiciales tradicionales: ausencia de información criminal, falta de perspectiva estratégica, inexistencia de procesos de evaluación de resultados, etcétera. En este sentido, la participación de los Gobiernos locales ha empujado a las agencias policiales y judiciales a mo-

dernizar sus procesos de trabajo, produciéndose iniciativas de reforma y la puesta en funcionamiento de nuevas áreas y dispositivos, restando aún un largo camino por recorrer.

El contexto en que nos encontramos nos permite afirmar que actualmente gran parte de la política criminal –entendiendo dentro de esta las medidas de gestión de la conflictividad, prevención y persecución del delito– se desarrolla en un relativo desamparo normativo. Esto redundaría en una falta de claridad en relación con las competencias que corresponden a cada nivel de gobierno, con la forma en que deben coordinarse las acciones y distribuir los recursos necesarios. Es por esta razón que, a treinta años de la reforma constitucional en la provincia de Buenos Aires, se hace necesario avanzar en un proceso de creación normativa –que se vislumbra en planteos judiciales ya existentes, los cuales, si bien no merecieron hasta este momento un pronunciamiento efectivo de la Corte Suprema de Justicia, sí un *obiter dictum* en el desarrollo del voto de dos miembros del alto tribunal, que también desempeñaron la función de convencionales constituyentes: Maqueda y Rossatti–<sup>8</sup> que establezca un marco adecuado al desarrollo de las políticas de seguridad y avance en el efectivo reconocimiento y encuadre de la autonomía municipal.

## REFERENCIAS

- ÁBALOS, M. G. (2022). Fundamentos para la autonomía municipal de la mano de un *obiter dictum*. *FORUM*, 13.
- BINDER, A. (2011). *Análisis Político Criminal. Bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Astrea.
- CRAVACUORE, D. (2002). El origen de la innovación en el gobierno local. Reflexiones a partir del análisis de casos. *Innovación en la Gestión Municipal*. UNQ.

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Intendente de la Municipalidad de Castelli c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa, art. 322 Cód. Procesal", 10 de febrero de 2022, fallos 345:22. En este precedente, el intendente de una municipalidad ubicada en la provincia de Buenos Aires demandó la inconstitucionalidad de los artículos relativos al Régimen municipal contenidos en la Constitución de la provincia de Buenos Aires por incumplir la obligación de instaurar la autonomía municipal en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero, garantizada por el artículo 123 de la Constitución nacional. En síntesis, por incompatibilidad del Régimen municipal previsto en la Constitución de la provincia de Buenos Aires –y en las normas dictadas en consecuencia– con la autonomía municipal consagrada en los arts. 5 y 123.

En el tercer considerando de este caso se sostiene que "la reforma constitucional del año 1994 despejó todo margen de duda acerca de la naturaleza y ubicación institucional de los municipios dentro del concierto federal de la República. En efecto, con la incorporación del artículo 123 en la Constitución Nacional se reconoció a dichas entidades autonomía, confiriendo a las provincias la atribución de reglamentar –sin desnaturalizar– su alcance y contenido concreto (Fallos: 325:1249; 337:1263; 341:939; 344:2123 y 2728, voto conjunto de los jueces Rosatti y Maqueda).

De esta forma, la Constitución Nacional exterioriza una intencionalidad inequívoca respecto de la inserción del municipio en la vida política del país: se trata de sujetos necesarios del federalismo argentino dotados de "autonomía". Incorporar a la autonomía municipal en el texto constitucional equivale a consagrar una herramienta interpretativa uniforme en todo el territorio nacional, aunque ello en modo alguno significa sostener que todos los municipios del país (los urbanos y los rurales, los densamente poblados y los escasamente habitados, los históricos y los nuevos, etc.) deban tener un tratamiento jurídico idéntico, toda vez que –como se dijo– corresponde a cada provincia, atendiendo a su específica realidad, encuadrar las comunidades locales dentro del citado parámetro que expresa una específica capacidad de derecho público".

Véase Rosatti (2021). También se sugiere tener en cuenta, específicamente, Díaz Ricci (2023).

- CRAVACUORE, D. (2024). 40 años de descentralización municipal en Argentina. *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, 26.
- DÍAZ RICCI, S. (2023). Crónica 2022 de la Corte Suprema de Justicia argentina. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 27(2). <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/104210>
- ESCUDERO, A. (2019). *Gobiernos locales y seguridad ciudadana. Escenarios políticos, capacidades estatales y estrategias de gestión desde una perspectiva federal*. (p. 7).
- ESCUDERO, A. (2023). Seguridad pública y gobiernos locales en la Argentina. Un análisis de las tensiones entre el marco jurídico y la dinámica política. *Aequitas Virtual*, 17(39). <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/7049>
- LOSA, N. O. (2001). Reformas constitucionales y municipios. *La Ley* AR/DOC/6519/2001.
- PULVIRENTI, O. D. (2022). La autonomía municipal: un problema bonaerense. *Micro-juris.com*. MJ-DOC-16463-AR|MJD16463.
- RODRÍGUEZ GAMES, N., FERNÁNDEZ, S. y SAIN, M. F. (2016). *Seguridad y gobiernos locales en Argentina*. Universidad Metropolitana para la Educación y el Trabajo. <https://umet.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/3.Serie-Documentos-de-Trabajo-Nro-3.pdf>
- ROSATTI, H. (2021). Autonomía municipal y respeto del sistema federal y de las autonomías provinciales. <https://juezrosatti.com.ar/doctrina-judicial?l=101>
- SCHLEIDER, T. J. y CARRASCO, M. E. (Eds.). (2016). *Municipios: los nuevos actores de la seguridad ciudadana*. ILSED. <https://www.ilsed.org/wp-content/uploads/2017/04/ILSED-Municipios.-Los-nuevos-actores-de-la-seguridad-ciudadana.-ILSED-1.pdf>





**LA CONSTITUCIÓN COMO PUERTA DE ACCESO A LA SALUD  
Y A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

*Yanina Vanesa Paul*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 14/08/2024**

**Aprobado: 02/10/2024**



## LA CONSTITUCIÓN COMO PUERTA DE ACCESO A LA SALUD Y A LA EDUCACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

### THE CONSTITUTION AS A GATEWAY TO HEALTH AND EDUCATION FOR PERSONS WITH DISABILITIES

Por Yanina Vanesa Paul<sup>1</sup>

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

**Resumen:** Centrándonos en el vínculo entre el derecho a la educación y a la salud, el presente trabajo tiene por finalidad visibilizar situaciones que evidencian la vulneración de los derechos de las personas con discapacidad, pese a que en nuestro país se encuentran consagrados en la legislación interna y en tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional a los que Argentina ha adherido.

**Palabras clave:** discapacidad, vulneración, inclusión, educación

**Abstract:** Focusing on the link between the right to education and health, this work aims to highlight situations that demonstrate the violation of the rights of persons with disabilities, despite the fact that in our country these rights are enshrined in domestic legislation and in international human rights treaties with constitutional status to which Argentina has adhered.

**Keywords:** disability, violation, inclusion, education

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad de Morón). Docente de Problemática Regional e Introducción al Derecho (Universidad Nacional del Oeste). Profesional a cargo de la Subsecretaría de Recursos Humanos de la Municipalidad de Merlo. Profesional en el ejercicio independiente de la profesión desde 2005 a la actualidad, con amplio desempeño en los fueros civil y comercial, de familia y laboral. Fue asesora del presidente del Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires y profesional en la Delegación San Miguel del mismo; y asesora profesional en la Secretaría de Economía y Hacienda de la Municipalidad de San Miguel. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-4882-0811>. Correo electrónico: [yani-paul@hotmail.com](mailto:yani-paul@hotmail.com)

## I - INTRODUCCIÓN

La problemática relacionada con las personas con discapacidad recién fue tratada como una cuestión de derechos humanos en el siglo pasado (Palacios y Bariffi, 2007).

La Constitución argentina de 1994 elevó los tratados internacionales de derechos humanos a su mismo nivel y dejó sentado el sistema para que nuevos instrumentos de igual naturaleza adquieran esa jerarquía en el futuro. No obstante, tuvimos que esperar hasta 2014 para que la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adquiriera rango constitucional.

Junto a su protocolo facultativo, este instrumento fue aprobado mediante Resolución A/RES/61/106 de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2006.<sup>2</sup> La convención se aprobó en nuestro país mediante la Ley 26.378, y años más tarde, por Ley 27.044, se reforzaron los compromisos internacionales asumidos, disponiendo: "Otórgase jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (art. 1).

En palabras de González Martín (2008)

La Convención pretende trasladar los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales reconocidos internacionalmente a ámbitos concretos para así eliminar las barreras específicas que enfrentan las personas con discapacidad, y así lograr el reconocimiento y ejercicio real de todos sus derechos humanos e impulsar un amplio compromiso con el acceso e igualdad de oportunidades en las distintas esferas que conforman la vida de las sociedades. (párr. 2)

Sin embargo, pese al tiempo transcurrido, la letra de este reconocimiento muchas veces ha sido desconocida y, en consecuencia, dichos derechos y garantías han sido violados y vulnerados muy frecuentemente.

Propongo desarrollar el contraste entre lo ideal –plasmado en las normas– y lo real –lo que vivencian las personas con discapacidad y sus familias–, a treinta años de la reforma constitucional.

Las personas con discapacidad enfrentan, aún en 2024, desafíos y barreras que limitan sus derechos, ante la accesibilidad inadecuada, la falta de acceso a servicios de salud, educación y empleo adaptados a sus necesidades, entre otros.

En 2023, por segunda vez, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas analizó el reconocimiento de estos derechos humanos en nuestro país y señaló que Argentina todavía debe trabajar en el fortalecimiento y la implementación de políticas públicas.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup>Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/A-RES\\_61-106\\_spa.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/A-RES_61-106_spa.pdf)

<sup>3</sup>Véase <https://www.cels.org.ar/web/2023/04/personas-con-discapacidad-naciones-unidas-emitio-sus-recomendaciones-al-estado-argentino/>

## II - DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA <sup>4</sup>

La educación inclusiva se define como un proceso para responder a la diversidad de todos los estudiantes, garantizando su presencia, participación y logros; atendiendo especialmente a quienes, por diferentes razones, están excluidos o en riesgo de ser marginados, por lo que es necesario definir políticas y programas educativos, con el fin de que la educación sea para todos (UNESCO, 2005).

El inciso 19 del artículo 75 de la Constitución nacional establece que corresponde al Congreso:

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

En el ámbito americano la preocupación no es ajena. En 1999 se aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.<sup>5</sup> Lamentablemente no hubo en ella "ninguna mención expresa al derecho a la educación de las personas con discapacidad, ni a la inclusión educativa, ni en general a la inclusión social" (Dávila Balsera, Naya Garmendia y Lauzurika Arrondo, 2017, párr. 21).

Por su parte, Naciones Unidas establece en su cuarto objetivo la necesidad de garantizar una educación equitativa e inclusiva de calidad, promoviendo oportunidades de aprendizaje permanentes para todas y todos. En lo que respecta a las personas con discapacidad, de aquí a 2030 propone

eliminar las disparidades de género en la educación y asegurar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza y la formación profesional para las personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad, los pueblos indígenas y los niños en situaciones de vulnerabilidad.

A la vez que resalta la necesidad de

---

<sup>4</sup> Este derecho va en paralelo a otros, como el derecho a tener capacidad jurídica, a poder entender las implicancias de un tratamiento y así tener la oportunidad de elegir libremente (Ramos Ponzón, 2017).

<sup>5</sup> Ley 25.280, sancionada el 6 de julio de 2000 y promulgada de hecho el 31 de julio de 2000. Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/63893/norma.html>

construir y adecuar instalaciones educativas que tengan en cuenta las necesidades de los niños y las personas con discapacidad y las diferencias de género, y que ofrezcan entornos de aprendizaje seguros, no violentos, inclusivos y eficaces para todos.

Este derecho a la educación de las personas con discapacidad se encuentra igualmente reconocido en el artículo 24 de la Convención, que a la vez establece:

Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
- b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
- c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

De esta manera, las personas con discapacidad tienen consagrado el derecho a la educación, en diversas manifestaciones. Y para poder garantizarlo, la educación debe ser inclusiva, lo que implica la posibilidad de educarse en las mismas escuelas que el resto de la población. Es el Estado quien debe efectuar los cambios necesarios para que lo contemplado en orden al marco legal tenga sustento en los hechos. Sin duda es una obligación inherente garantizar el acceso a la educación en condiciones de igualdad.

Sin embargo hoy en día, como surge del análisis que precede, según las recomendaciones de Naciones Unidas para nuestro país,<sup>6</sup> muchos de los establecimientos educativos –en todos los niveles de enseñanza– no cuentan con las adecuaciones necesarias para recibir alumnos con discapacidad, lo que limita su acceso.

No siempre se brindan los apoyos necesarios para que puedan acceder a la educación en igualdad de condiciones, siendo aún necesario "implementar mecanismos de apoyo de distinto tipo para la adopción de decisiones, y salvaguardias que respeten la autonomía, la voluntad y las preferencias de todas las personas con discapacidad" (párr. 26).

Al año 2023, el 45,2 % de las personas con discapacidad que asiste a escuelas lo hace a aquellas que son de modalidad especial. A esto se suma el rechazo en las inscripciones a escuelas comunes tanto estatales como privadas, las barreras para acceder a la educación superior, entre otras vulneraciones al derecho a la educación (párr. 45).

---

<sup>6</sup>Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina, CRPD/C/ARG/CO/2-3. Disponible en: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/crpd\\_c\\_arg\\_co\\_2-3\\_52126\\_s\\_5\\_observaciones\\_finales.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/crpd_c_arg_co_2-3_52126_s_5_observaciones_finales.pdf)

La educación inclusiva torna necesario que se atiendan sus intereses y necesidades de aprendizaje. Lamentablemente, es de muy difícil cumplimiento dicho precepto, ya que en la mayoría de las escuelas existen deficiencias edilicias: no son accesibles para este colectivo de personas, no hay rampas, no hay baños adaptados que permitan el ingreso de una persona con discapacidad o que posean cambiador acorde a la edad, etcétera.<sup>7</sup>

Tampoco existe suficiente capacitación destinada a la formación de docentes en pos de que cuenten con las herramientas precisas para poder brindar educación a las personas con discapacidad múltiple. Así, se destaca el párrafo 46 de las recomendaciones del Comité donde se expresa la preocupación por la necesidad de profundizar en la formación docente en estos temas, para luego afirmar la necesidad de

Garantizar la accesibilidad plena de los establecimientos educativos comunes, incluyendo su infraestructura, así como el uso de modalidades y sistemas alternativos y aumentativos de comunicación, como el braille, los formatos de lectura fácil, la educación en lengua de señas, el uso de pictogramas, protectores auditivos y señalética accesible.

Estas breves reseñas evidencian cómo se vulneran derechos a partir de la falta de accesibilidad y apoyo especializado.

El derecho a la educación se encuentra íntimamente relacionado con la posibilidad de disminuir las desventajas de las personas con discapacidad. Su vulneración redundará en la falta de acceso a información respecto de los beneficios y riesgos de prácticas y medicamentos para garantizar otros derechos, como el derecho a la salud.

### III - DERECHO A LA SALUD

Naciones Unidas refiere al derecho a la salud, entendiendo que implica un derecho inclusivo y comprende un amplio conjunto de factores que pueden contribuir a una vida sana, entre otros, el agua potable salubre, el saneamiento adecuado, la alimentación segura y unas condiciones laborales saludables. Un aspecto fundamental del derecho a la salud es la accesibilidad, que requiere que los establecimientos, bienes y servicios sanitarios sean asequibles y físicamente accesibles a todos, sin discriminación.

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra este derecho en sus artículos 25 y 26.

---

<sup>7</sup> La Fundación Acceso Ya realizó un relevamiento en el ámbito de la ciudad de La Plata donde constató que, de cuatrocientas escuelas, solo el 1% era accesible para niños y niñas con discapacidad, lo que motivó el inicio de la causa "Fundación Acceso Ya c/ Dirección General de Cultura y Educación s/ pretensión restablecimiento o reconoc. de derechos - OT", iniciada en 2015 ante el Juzgado Contencioso Administrativo Nro. 2 de La Plata (Ventura Martínez, 2022).

La vulneración de este derecho, entre otros, incluye

Las brechas en la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva entre las distintas provincias, también en materia de accesibilidad de los servicios de ginecología y obstetricia, incluidas las instalaciones, el mobiliario y los equipos, así como el poco acceso a la información en formatos accesibles sobre métodos anticonceptivos y prevención de enfermedades de transmisión sexual. (Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Argentina, párr. 47.c)

El Estado y las obras sociales deberían procurar cubrir todas las prestaciones que las personas con discapacidad necesiten, pero en los hechos esto casi no se cumple. Como afirma el Comité, se suma entre los obstáculos a enfrentar en nuestro país "la insuficiencia de los subsidios para sufragar los costos médicos de las personas con discapacidad" (párr. 47.g)

Existen muchas personas con discapacidad que no cuentan con certificado de discapacidad,<sup>8</sup> primer requisito para el acceso a derechos y la obtención de una cobertura diferencial en materia de obra social.<sup>9</sup> Y si bien el Estado está obligado a garantizar todas las prestaciones, en los hechos eso no ocurre, ya que, aunque pueden concurrir a los hospitales públicos, estos no otorgan toda la medicación, no tienen los aparatos necesarios de movilidad asistida o los insumos –pañales, apósitos, etcétera–. Sin duda la letra de la ley no se corresponde con los desafíos que la realidad presenta, y esto nos debe interpelar.

En lo que respecta a la seguridad social, la pensión no contributiva de la que son beneficiarias las personas con discapacidad no trae aparejado el servicio de obra social.<sup>10</sup> Hasta hace un tiempo, esta cobertura era garantizada por el Programa Federal (PROFE); ahora, por Incluir Salud, programa gestionado por la Agencia Nacional de Discapacidad (ANDIS), que proporciona asistencia financiera a las provincias adheridas. Estas provincias administran los fondos a través de las Unidades de Gestión Provincial (UGP) para ofrecer servicios de salud a los afiliados mediante la red pública de prestadores. El objetivo es asegurar que todas las personas con pensión no contributiva reciban atención de calidad sin importar su lugar de residencia.

El programa ha pasado por diferentes estadios, pero la mayoría de las veces no ha si-

---

<sup>8</sup> Seis de cada diez personas con discapacidad no tienen certificado de discapacidad. Solo el 33,4 % de las personas con dificultad cuentan con el certificado de discapacidad vigente. Véase el Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad (2018), disponible en: [https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio\\_discapacidad\\_12\\_18.pdf](https://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/estudio_discapacidad_12_18.pdf)

<sup>9</sup> El 59,4 % de las personas con discapacidad cuentan con cobertura de obra social o PAMI. El 21,4 % no tienen ninguna cobertura médica asistencial. El 9,8 % cuentan con una prepaga contratada y el 9,5 % tienen la cobertura del programa federal Incluir Salud (*Ibid.*).

<sup>10</sup> El programa Incluir Salud no es una obra social, sino que brinda prestaciones mediante convenios directos con prestadores y con las provincias, a excepción de la provincia de Tucumán, que todavía no formalizó el convenio.

do suficiente su gestión, ya que los recortes efectuados atentan contra la alimentación, la salud y la calidad de vida de las personas con discapacidad. En ese sentido, se destaca que en los últimos tiempos se han aplicado recortes en relación con la entrega de leche especial, medicación e internaciones domiciliarias. Ello se suma al desempeño de las obras sociales, que se niegan a resolver y cubrir todas las necesidades de los afiliados, por lo que las familias deben recurrir a quejas frecuentes o a recursos judiciales como el amparo, institutos jurídicos para cuyo ejercicio se necesitan recursos económicos –e intelectuales– que no todos poseen.<sup>11</sup> Esta situación se ha visto sumamente agravada en el último tiempo.

#### IV - CONSIDERACIONES FINALES

La legislación vigente tiene por fin garantizar que las personas con discapacidad no sean las que deban amoldarse al entorno, generando mecanismos que permitan que quienes habitan en una sociedad puedan desarrollarse y desenvolverse con igualdad de oportunidades.

Este ideal dista de la realidad que atravesamos en la actualidad. Aún queda mucho por andar y profundizar en esta temática. Las personas con discapacidad no están en igualdad de condiciones, ni tienen las mismas oportunidades de acceso, y ello, en parte, se debe a que no se afectan los recursos económicos necesarios a partir de una decisión política contundente que promueva la inclusión.

Han pasado treinta años de la reforma constitucional y restan varias aristas que deben ser abordadas para dar cumplimiento efectivo a todos los preceptos y objetivos que enumera la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La teoría y la práctica se contradicen continuamente, ya que no existen políticas reales y efectivas para generar efectivo acceso al empleo de personas con discapacidad, a la formación docente en esta temática, a la capacitación en lengua de señas, a la adecuación de infraestructura para generar ciudades inclusivas donde se promueva el desarrollo pleno de personas con discapacidad.

Son innumerables los cambios que hay que realizar para que todos los derechos que se encuentran garantizados se cumplan.

La Constitución argentina y los tratados internacionales sin duda son la puerta de acceso para garantizar la igualdad, pero se requiere de un Estado y de una sociedad que acompañen desde los multifactores sociales, económicos, culturales y espaciales en pos de proporcionar oportunidades y mejorar la calidad de vida.

---

<sup>11</sup> Como letrada en el ejercicio profesional me ha tocado llevar adelante amparos para poder resolver casos puntuales, pero no todas las personas acceden a dicho recurso.

## REFERENCIAS

- DÁVILA BALSERA, P., NAYA GARMENDIA, L. M. y LAUZURIKA ARRONDO, A. (2010). Las personas con discapacidad, el derecho a la educación y la Convención sobre los Derechos del Niño en América Latina. *Revista Latinoamericana de educación inclusiva*, 4 (2). [https://www.rinace.net/rlei/numeros/vol4-num2/art5\\_htm.html](https://www.rinace.net/rlei/numeros/vol4-num2/art5_htm.html)
- PALACIOS, A. y BARIFFI, F. (2007). La discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- GÓNZALEZ MARTÍN, N. (2008). Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 8. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542008000100014&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542008000100014&lng=es&tlng=es)
- RAMOS POZÓN, S. (2017). Una visión más realista de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. *Acta bioethica*, 23 (1). <https://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2017000100119>
- VENTURA MARTÍNEZ, M. (2022). La escucha a niños, niñas y adolescentes en el derecho administrativo. *Revista de la Escuela Judicial*, 3. <https://revista.cmagistraturabsas.gob.ar/escuelajudicial/issue/view/3>







**INTEGRACIÓN REGIONAL Y DERECHO COMUNITARIO  
EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994**

*Juan Carlos Kleywegt*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 15/08/2024**

**Aprobado: 13/09/2024**

## INTEGRACIÓN REGIONAL Y DERECHO COMUNITARIO EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994

### REGIONAL INTEGRATION AND COMMUNITY LAW IN THE NATIONAL CONSTITUTION OF 1994

Por Juan Carlos Kleywegt<sup>1</sup>

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

**Resumen:** En el presente trabajo se aborda la incorporación del derecho comunitario y los tratados de integración regional en la reforma constitucional de la República Argentina de 1994. A partir de ello, se analiza la estructura del artículo 75, inciso 24, de la carta magna. Luego se enuncian algunas problemáticas vinculadas a la reforma, tras transcurrir treinta años desde su sanción y a partir de la experiencia transitada, los avances y retrocesos del Mercosur.

**Palabras clave:** Constitución nacional, integración regional, derecho comunitario

**Abstract:** This work addresses the incorporation of community law and regional integration treaties in the constitutional reform of the Argentine Republic of 1994. Based on this, the structure of article 75, paragraph 24, of the Magna Carta is analyzed. Then some problems linked to the reform are stated, thirty years after its sanction and based on the experience, the advances and setbacks of Mercosur.

**Keywords:** National Constitution, regional integration, community law

---

<sup>1</sup> Licenciado en Ciencia Política (Universidad de Buenos Aires). Abogado (Universidad Abierta Interamericana). Especialista en Educación Universitaria (UAI). Magíster en Integración Latinoamericana (Universidad Nacional de Tres de Febrero). Profesor universitario en enseñanza media y superior (UAI). Doctorando en Ciencias Jurídicas (Universidad del Salvador). Director de las licenciaturas en Ciencia Política y en Relaciones Internacionales de la UAI. Docente adjunto de Derecho Político y de Pensamiento Nacional y Latinoamericano siglo XIX-XX (Escuela de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Oeste). Docente titular (Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Abierta Interamericana). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-4073-635X>. Correo electrónico: [juan.kleywegt@gmail.com](mailto:juan.kleywegt@gmail.com)

## I - INICIO

La Constitución nacional de 1994 representa de manera exhaustiva el pensamiento de época de fines del siglo XX. De tal forma, analizar de modo aislado las reformas que en la carta magna se incorporan representaría una tarea parcial de lo que realmente es una constitución moderna para su época.

Por tal razón, a treinta años de la reforma se continúa analizando, teorizando y escribiendo sobre los diferentes aspectos jurídicos y sociales que la ley suprema consagró desde su puesta en valor.

En dicha línea, si bien existen numerosas obras que abordaron de manera integral la interpretación de la Constitución, la pretensión de esta línea de pensamiento se centra en analizar la aparición del disruptivo artículo 75, inciso 24, y a partir de este, la figura de la integración regional.

De tal forma, dadas las amplias líneas de análisis que este particular artículo abre y que lógicamente exceden sus pretensiones y alcances, nos centraremos en tres aspectos elementales. En primer lugar, se analizará la naturaleza y alcances del artículo de referencia a los fines de aportar una lectura amplia del mismo. En segundo término, se abordará lo acontecido en los treinta años posteriores a la reforma constitucional en materia de integración regional jurídica, enfatizando las problemáticas generales pendientes de resolver. En tercer y último término, se intentará esbozar escenarios posibles que mejoren y robustezcan el proceso de integración regional, como apuesta a lo logrado en materia constitucional y regional en la década de 1990.

## II - NATURALEZA Y ALCANCES DEL ARTÍCULO 75, INCISO 24, DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL DE 1994

En primer lugar, cabe decir que el artículo referido<sup>2</sup> debe ser interpretado y analizado desde múltiples dimensiones. Por un lado, los antecedentes en el proceso de integración regional latinoamericano recientes a la reforma; por otro, el avance categórico que desde mediados del siglo XX se lleva a cabo en los procesos de integración, en especial, el europeo.

Como se sostuvo *ut supra*, la incorporación de la figura de los tratados de integración, en consonancia con el inciso 22 del mismo artículo, materializa una visión de época teniendo en cuenta los antecedentes en materia de integración regional iniciados políticamente por los entonces Gobiernos de los Estados miembros del Mercado Común del Sur (Mercosur).

---

<sup>2</sup> "Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes" (art. 75, inc. 24).

El Tratado de Asunción del 26 de marzo 1991, que dio origen al Mercosur, conformado inicialmente por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, y el Protocolo de Ouro Preto de diciembre de 1994, que dota de personería jurídica al Mercosur, representan dos hitos que marcan el inicio y la finalización del período de transición que tuvo por objeto adoptar los instrumentos fundamentales de la política comercial del proceso iniciado.

En este sentido, es necesaria la observación de estas acciones en materia de integración regional para comprender la incorporación del artículo en análisis de la ley fundamental.

Aun así, pese a lo promisorio que representan estos tratados y la recepción de la materia en la reforma constitucional, estos hechos abren una serie de interrogantes y, si se quiere, un cuestionamiento a los paradigmas que entonces estaban vigentes. Como señala la Dra. Gelli (2005):

El fenómeno de integración regional supraestatal en diversos niveles supone una transformación de la soberanía tal como se la concebía cuando nacieron los Estados nacionales en el siglo XV y que se definían a sí mismos con relación a la extranjería representada por las otras naciones. (p. 600)

De tal forma, la cuestión de las soberanías estatales configura una problemática ineludible en un sistema-mundo con una matriz estadocéntrica donde la protección de la independencia y el no sometimiento a las jurisdicciones de los tribunales internacionales representan la idea de protección de dicha matriz.

Pese a esta central observación, el espíritu de la Constitución de 1994 receptó la tendencia integracionista en el artículo de estudio sancionando el alcance, las características y los requisitos de la integración.

A partir de este singular artículo, la Constitución determina que corresponde al Congreso de la nación aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción en organismos supranacionales. Aun cuando excede la pretensión de este trabajo, debemos indagar acerca del alcance de esta cesión delegada y compararlo con otros procesos de integración regional vigentes para comprender que cada uno adoptó dinámicas propias que le permitieron avanzar o detenerse más en este tipo de delegaciones.

Dicho lo anterior, es cierto que a partir de esta incorporación constitucional los tratados de integración regional se encuentran habilitados para la generación y el ordenamiento de organismos o instituciones que, a los fines del proceso, tributen, como pueden ser el Parlamento, el Consejo o incluso tribunales con capacidad en la toma de decisiones y de obligar a los Estados miembros del proceso. En definitiva, el artículo referido internaliza en la ley superior de la República Argentina la rama del derecho de la integración o derecho comunitario.

En cuanto a jerarquía jurídica, debemos decir que, al igual que los del artículo 75, inciso 22, los tratados de integración, a partir del artículo 75, inciso 24, son jerárquicamente superiores a las leyes nacionales. Asimismo, de la manera en que está redactado, las normas y la jurisprudencia emanada por los organismos supranacionales también estarían en un estatus jurídico superior a las leyes de orden interno.

Esto último también nos invita, por un lado, a estudiar el proceso mediante el cual las normas en materia de integración se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico y se hacen oponibles a todos los miembros del proceso, y, por otro, en sintonía con lo mencionado sobre la jerarquía de estas, a considerar que, dada la condición que establece que el derecho comunitario se encuentra por debajo de la Constitución, se debe aplicar sobre este el ejercicio de control de constitucionalidad.

Por último, el artículo analizado contempla dos condiciones esenciales para la delegación de competencias y jurisdicción a los órganos supraestatales. Por un lado, la existencia de reciprocidad e igualdad entre los Estados firmantes, aspecto estrictamente jurídico si tenemos en cuenta la necesidad de que las normas y decisiones comunitarias sean internalizadas y aplicadas de igual manera y simultáneamente entre los Estados miembros. Este aspecto podría considerarse satisfecho a partir de que las normas son oponibles a todos, una vez que el último Estado en hacerlo las adopta. Pese a ello, esta dinámica podría afectar el avance real del proceso de toma de decisiones cuando uno de los miembros no internaliza alguna decisión tomada en conjunto. Asimismo, por fuera de los aspectos jurídicos y de procedimientos, son numerosos los reclamos desde diferentes ámbitos por la idea de igualdad y reciprocidad dentro del Mercosur, destacándose las asimetrías existentes que terminan agrupando a Brasil y Argentina por un lado y al resto de los miembros por otro.

Por otro lado, el artículo acompaña el respeto del orden democrático y de los derechos humanos. Este aspecto también resulta central, porque la afectación al orden constitucional por parte de alguno de los miembros que integran el proceso comunitario habilitaría a la República Argentina a retirarse del proceso de integración y denunciar el tratado o incluso a respaldar la salida temporal o permanente del Estado incumplidor.

Sobre esto, la misma Constitución da un tratamiento especial a los tratados de procesos de integración por sobre otros tratados internacionales. Esto es así porque en los primeros la carta magna exige en cada Cámara del Congreso la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros para la aprobación. Mientras que en los casos de tratados con otro tipo de Estados en primer lugar se exige que la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara declaren la conveniencia de la aprobación del tratado para que, pasados 120 días del acto declarativo, se apruebe mediante el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Para el caso de denuncia de los tratados de integración, se exige la aprobación de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras del Congreso.

De lo hasta aquí esbozado debemos atender al menos a dos cuestiones fundamentales. Por un lado, el artículo 75, inciso 24, implicó en la reforma de 1994 incorporar en la agenda jurídica, política y económica la idea de la supraestatalidad y la consecuente formación de la supranacionalidad. Esto último implica ordenamientos jurídicos autónomos e independientes de los Estados miembros, generación de instituciones propias, adopción de decisiones aplicables de manera interna y la adopción de mecanismos articulados entre el proceso de integración y las estructuras políticas de los Estados integrantes. De tal manera, más allá de que el Mercosur es el que debe adaptarse a la Constitución por la naturaleza jurídica de este tipo de tratados descrito en párrafos anteriores, el avance exitoso o no del mismo dependerá del compromiso de las estructuras políticas decisoras de cada Estado miembro.

### **III - A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL, UNA INTEGRACIÓN JURÍDICA A MEDIAS**

La reforma de la Constitución en 1994 y el promisorio escenario de la década del noventa en materia de integración regional, aun cuando el modelo adoptado en la época era centralmente el de la perspectiva comercial, representaron una esperanza para el camino iniciado en la unión latinoamericana.

El proceso tuvo resultados concretos que permitieron pensar en la profundización de la integración regional a través del Mercosur. En sintonía con esto último, el nuevo siglo demostró avances en otras materias o dimensiones que exceden los aspectos comerciales. Tal es así que en 2008 se consolidó la Unión de Naciones Sudamericanas (Unasur) con la firma del Tratado Constitutivo de la Unasur, el cual entró en vigor en 2011. Su objetivo era construir una identidad y ciudadanía suramericanas y desarrollar un espacio regional integrado, ampliando la mirada en cuestiones de desarrollo estratégico, de infraestructural, de recursos energéticos, entre otras.

Asimismo, debemos advertir que los propios sistemas de política doméstica de los Estados americanos y la coincidencia en la época de los diferentes Gobiernos sobre la mirada en ciertas materias y, en especial, sobre la integración regional, fueron el impulso necesario, pero no suficiente, para contar con avances concretos en la ansiada unión latinoamericana.

A diferencia del esquema europeo, el proceso latinoamericano se vio dependiente de los Gobiernos de cada uno de los Estados y, en especial, de los jefes de Estado que lideraban temporalmente cada uno de los Gobiernos. Por su parte, el modelo de la Unión Europea, por diferentes razones políticas, históricas y estratégicas, llevó dicho proceso a un nivel superior de mayor soberanía y autonomía en la toma de decisiones y gobernando

za, que en definitiva representa la construcción histórica de cesión de soberanía por parte de los Estados europeos a una integración que los dotaba de mayores beneficios que los que ofrecía continuar en modelos estadocéntricos.

Aunque exceda los límites de estas líneas, también debemos hacer mención a las formas de gobierno predominantes en Europa –sistemas parlamentarios– frente a las de América –sistemas presidencialistas– para comprender los estímulos existentes o no para ceder soberanía a organismos supraestatales de toma de decisiones y cómo en dichos sistemas, por sus propias reglas operacionales, se toman las decisiones colectivas.

Como consecuencia de estas observaciones, el modelo latinoamericano se vio en ocasiones impedido de mostrar resultados sobre políticas colectivas supranacionales adoptadas para la región, que en la mayoría de los casos se vieron frustradas por las propias lógicas intergubernamentales.

En materia jurídica se reconocen avances en términos de colaboración sobre aspectos procesales e incluso en la elaboración de instrumentos jurídicos, como tratados y convenciones. Lamentablemente, en materia de competencias y jurisdicción y en acceso a la justicia por parte de los ciudadanos de los diferentes Estados que pertenecen al Mercosur, los resultados fueron magros, posiblemente por la propia lógica de preservación de los sistemas jurídicos internos frente a la cesión ya citada en organismos supranacionales.

Pese a esto, debemos reconocer que no todos los procesos de integración regional se orientan hacia los mismos objetivos, ni llevan la misma velocidad, ni persiguen los mismos resultados.

El método del análisis comparado es potente para comprender dinámicas en espejo, comparar estructuras y detectar buenas prácticas en cualquier campo de la ciencia, y la jurídica no está exenta, pero no debemos confundir el objetivo y la potencialidad del método con la esperanza de que los objetos de estudio comparados deban llegar a mismos resultados. En otras palabras, la facilidad y tendencia a comparar el proceso de la Unión Europea con el del Mercosur pueden llevarnos a confundir aciertos y desaciertos de cada proceso sin tener en claro los objetivos y la dirección hacia la que se dirige cada uno de estos. Como una vieja broma lo señala, no existe objetividad y justicia metodológica en el tratamiento si pretendemos comparar en una prueba igualitaria a un pez y un simio para ver quién trepa más rápido un árbol.

En definitiva, analizar el Mercosur requiere estudiar sus intereses iniciales, su devenir histórico y reconocer la heterogeneidad de sus miembros y actores.

#### **IV - A MODO DE CIERRE. UNA APUESTA A LA INTEGRACIÓN REGIONAL**

Con breves disparadores, se pretendió delinear algunos de los diferentes avances, retrocesos y límites con los que cuenta la integración latinoamericana. Asimismo, en de-



fensa de esta, se destaca la necesidad de analizarla y aportar propuestas superadoras bajo la propia idiosincrasia regional. Si bien existen instrumentos tomados de otros modelos que podrían potenciar el proceso, debemos advertir que, por buenos que sean, y aun cuando funcionen en otros espacios, no necesariamente se obtendrían los mismos resultados en nuestra región.

La incorporación de la figura de la integración comunitaria en 1994 representa, por los términos expuestos, un logro en materia jurídica y un incentivo en el desarrollo de una identidad regional.

Aun cuando los Estados han incorporado a su manera la idea fuerza de la integración en su legislación interna y constitucional, en términos jurídicos, uno de los obstáculos del Mercosur radica en la falta de armonización y coherencia en su marco jurídico supranacional. La estructura jurídica del bloque es fragmentada y carece de mecanismos eficaces de resolución de disputas y de implementación de sus normas a nivel nacional. Esto se refleja en la dificultad para ratificar y aplicar los acuerdos y directivas de manera uniforme en todos los Estados miembros.

Asimismo, la falta de un sistema robusto y eficiente para la resolución de disputas dentro del bloque ha generado incertidumbre jurídica. Aunque se han establecido tribunales *ad hoc* y mecanismos como el Tribunal Permanente de Revisión, estos no poseen la capacidad coercitiva de los sistemas de resolución de disputas de otros bloques regionales. En este punto, el poder coercitivo sigue estando en manos de los tribunales internos de cada Estado miembro. Como se dijo, este aspecto genera un ambiente de inseguridad jurídica que desalienta la cooperación entre los Estados.

El resultado de estos problemas jurídicos es una integración incompleta y disfuncional, donde las decisiones y acuerdos del Mercosur a menudo carecen de efectividad práctica, limitando así el progreso del bloque hacia una verdadera integración regional.

El otro eje clave se ve representado por la disparidad económica de los miembros del Mercosur, que tienen estructuras económicas muy diversas y niveles de desarrollo desigual. Brasil y Argentina tienen economías de mayor escala y diversificadas en comparación con Paraguay y Uruguay, por ejemplo. Esta disparidad crea desequilibrios en la integración, ya que las políticas comerciales y económicas que benefician a los dos primeros pueden no ser adecuadas para el resto. Este aspecto denota un avance asimétrico en el proceso de integración y, en consecuencia, evidencia diferentes compromisos e intereses. La falta de políticas de compensación o mecanismos de ajuste ha exacerbado estas diferencias, dificultando la creación de un mercado común que funcione de manera equitativa para todos los miembros.

La falta de un marco jurídico coherente y la incapacidad para coordinar políticas económicas efectivas han limitado el progreso del proceso hacia una integración completa. Superar estos desafíos requerirá reformas significativas tanto en la estructura jurídica

como en las instituciones económicas del bloque, promoviendo una mayor armonización y coordinación entre los países miembros.

Si analizamos la política doméstica de los Estados, los movimientos pendulares de los distintos presidentes de las últimas dos décadas tampoco han colaborado en la búsqueda de fortalecer el bloque del Cono Sur. Las relaciones políticas oscilantes, sobre todo de Brasil y Argentina, han sacudido permanentemente las bases del Mercosur.

Llegados a este punto, las conclusiones –si existiesen– deberían estar vinculadas a la necesidad de reforzar y corregir el recorrido del Mercosur y de aprender de sus debilidades y completar sus falencias.

En este marco, en un contexto de crisis, sostiene Mariana Vázquez (2021):

En un momento en el que la coordinación y el fortalecimiento de la región parece ser más urgente que nunca, lo que prima es la fragmentación y una lógica de "dilema del prisionero", donde la cooperación está ausente. En este sentido, cualquier definición que busque acercarse a un horizonte de autonomía y desarrollo deberá centrarse en una mirada estratégica de largo plazo, buscando sostener y consolidar aquellos ámbitos posibles, bilaterales o colectivos, de integración regional. (párr. 13)

Es necesaria una refundación del proceso delineando nuevos y diferentes objetivos a los trazados en la década de 1990 y coordinando nuevas estrategias para que la colaboración emerja. Pensar en la negación de la integración es sin dudas un error, y en el caso argentino debemos refundar la épica que nuestra ley fundamental en 1994 plasmó.

## REFERENCIAS

- GELLI, M. A. (2005). *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*. La Ley.
- RISSE, G. I. (2018). *Constitución de la Nación Argentina: Comentada. Anotada. Concordada*. Hammurabi.
- VÁZQUEZ, M. (6 de agosto de 2021). Mercosur, ¿quo vadis? [https:// revistamestiza.unaj.edu.ar/mercosur-quo-vadis/](https://revistamestiza.unaj.edu.ar/mercosur-quo-vadis/)





**DOGMÁTICA CONSTITUCIONALIZADA  
DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR**

*Nanci Daniela Schlotthauer*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 31/07/2024**

**Aprobado: 17/10/2024**

**DOGMÁTICA CONSTITUCIONALIZADA  
DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR  
A 30 AÑOS DE LA REFORMA DE LA CARTA MAGNA**

**CONSTITUTIONALIZED DOGMATICS  
OF CONSUMER LAW**

**30 YEARS AFTER THE REFORM OF THE CONSTITUTION**

*Por Nanci Daniela Schlotthauer*<sup>1</sup>  
Universidad Nacional de José C. Paz, Argentina

*El bienestar general de la sociedad civil se alcanza  
en el mercado a través de la solidaridad.  
La problemática del mercado no es ajena a la Constitución,  
no se trata de una zona liberada, sin reglas ni principios.*

Jorge Mosset Iturraspe  
*Derecho Civil Constitucional*

**Resumen:** La reforma de la Constitución argentina en 1994 representó un avance significativo en la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, fortaleciendo el marco legal del derecho tuitivo. Trajo consigo modificaciones claves en la Constitución, elevando el estatus de las normas de protección al consumidor y asegurando una mayor prominencia en el orden jurídico. El modelo constitucional de 1994 influyó en la consolidación de las leyes en esta área, subrayando el compromiso institucional con su protección. A treinta años de su reforma, la Constitución nacional otorga un sólido respaldo, jerarquía e importancia a las normas de protección al consumidor dentro del ordenamiento jurídico argentino, garantizando su eficacia en la salvaguarda de los derechos frente a prácticas abusivas y desleales.

---

<sup>1</sup> Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Maestranda en Docencia Universitaria (Universidad de Buenos Aires). Investigadora en derechos humanos (UM). Profesora titular de Derecho del Consumidor y del Usuario (Universidad Nacional de José C. Paz). Profesora adjunta de Derecho Comercial I y de Práctica Profesional Territorial aplicada al Derecho Privado (UNPaz). Profesora adjunta de Derecho Internacional Público y Privado (UM). Identificador ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-3275-9114>. Correo electrónico: nancidasch@yahoo.com.ar

**Palabras clave:** reforma constitucional, derechos del consumidor, orden público, constitucionalización de derechos

**Abstract:** The reform of the Argentine Constitution in 1994 represented a significant advance in the protection of consumer and user rights, strengthening the legal framework of consumer protection law. This reform brought about key modifications to the Constitution, raising the status of consumer protection norms and ensuring greater prominence in the legal order. The 1994 constitutional model influenced the consolidation and strengthening of laws in this area, underlining the institutional commitment to consumer protection. Thus, 30 years after its reform, the National Constitution grants solid support, hierarchy and importance to consumer protection rules within the Argentine legal system, guaranteeing their effectiveness in safeguarding rights against abusive and unfair practices.

**Keywords:** constitutional reform, consumer rights, public order, constitutionalization of rights

## I - EL MODELO CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SU IMPACTO EN EL DERECHO TUTIVO DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Desde la reforma de la Constitución argentina en 1994 se puede identificar un elemento esencial en la fundamentación del derecho del consumidor: el artículo 42. La doctrina constitucional destaca que, con su incorporación, la defensa del consumidor y usuario se convierte en uno de los principios fundamentales que guían la política económica y social que regula el mercado (Quiroga Lavié, Benedetti y Cenicacelaya, 2001).

La reforma fortaleció el sistema jurídico destinado a controlar abusos e inequidades en un contexto social en transformación. Respaldo el enfoque de los denominados nuevos derechos y garantías, orientados principalmente a proteger la dignidad humana, y en particular los derechos de incidencia colectiva.

Durante la Convención Constituyente de 1994, la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías abordó los derechos de los consumidores, estableciendo que estos debían ser considerados como un derecho tutelado. Se determinó que, además, se debía implementar un sistema de garantías que no solo fuera respetado por empresarios y proveedores, sino también por el Estado, encargado de asegurar su cumplimiento y protección.

Es relevante señalar que la Constitución, como normativa de derecho público de máxima jerarquía a nivel local e internacional, y esencial para un Estado, consagra los derechos sociales de los individuos, salvaguardados por el derecho constitucional en su totalidad. Un elemento prominente en las constituciones contemporáneas es la incorporación de los derechos de tercera generación, también denominados de solidaridad. Estos

emergen como respuesta a los nuevos desafíos sociales, culturales y ambientales que enfrenta la sociedad actual.

Los derechos de tercera generación van más allá de los derechos individuales tradicionales y se centran en garantizar una sociedad justa, equitativa y sostenible, abarcando áreas como el derecho a un entorno saludable, la educación, la salud y la protección de los consumidores. Su inclusión en la carta magna resalta su importancia, asignando a los poderes públicos, instituciones y ciudadanos la responsabilidad de proteger, promover y asegurar su cumplimiento, garantizando su observancia.

La incorporación de los derechos de tercera generación en la Constitución marca una evolución en el pensamiento jurídico y político, mostrando una mayor sensibilidad hacia los desafíos de la sociedad moderna. Esto incluyó la necesidad de una protección ampliada para los consumidores, debido a su creciente vulnerabilidad y la insuficiencia de los mecanismos existentes para abordar de manera efectiva las problemáticas emergentes en las relaciones de consumo. La integración del derecho del consumidor en el ámbito constitucional representó un avance esencial para enfrentar eficazmente las situaciones en las que los consumidores estaban desprotegidos ante prácticas comerciales abusivas.

En este contexto, hubo que crear nuevas herramientas legales para fortalecer la posición del consumidor, garantizando equidad y transparencia en las transacciones comerciales y equilibrando las desigualdades de poder entre consumidores y proveedores.

El artículo 42 de la Constitución nacional incorpora los derechos de consumidores y usuarios como un principio general del derecho, estableciendo una doble garantía que el Estado debe otorgar de protección y salvaguarda de los intereses de los ciudadanos frente a las relaciones de consumo para la regulación de la actividad económica, tanto pública como privada, en el país (Bidart Campos, 1998), trascendiendo el ámbito del derecho privado y orientando el ordenamiento jurídico interno.

Se ha argumentado al respecto que

los derechos del consumidor tienen reconocimiento en las cartas políticas como parte de los derechos humanos; en la esfera del derecho constitucional, como una subcategoría de derechos fundamentales; y dentro del derecho privado en ámbitos disímiles como los contratos y la responsabilidad por incumplimiento. (Vinti, 2015, p. 60)

También se ha expresado que "la reforma de la Constitución Nacional de 1994 elevó a la categoría de derecho fundamental el de los consumidores" (Correa, 2013, p. 1059). En efecto, la reforma fue clave en la defensa de los derechos de los consumidores. Esto fortaleció la protección de los ciudadanos en sus interacciones comerciales y tuvo un impacto positivo en la sociedad. La indemnidad constitucional se incorporó al concepto de

relación de consumo, ampliando la protección más allá de la simple relación contractual, tanto de manera objetiva como subjetiva. En esta línea, se ha expresado que la normativa de defensa del consumidor se aplica en el contexto de las relaciones de consumo, y va más allá del contrato de consumo. Incluye tanto a sujetos activos como pasivos que no forman parte del contrato –como el fabricante que no contrata y el usuario–. Además, su aplicación se extiende a las fases precontractual –como en el caso de la publicidad– y poscontractual –por ejemplo, imponiendo obligaciones después de que el contrato se haya extinguido– (Quaglia, 2015).

De esta manera, se impone a los proveedores el deber de cumplir con sus obligaciones en las relaciones comerciales con los consumidores. Las empresas deben respetar los derechos y deberes en estas interacciones, y el Estado tiene la responsabilidad de asegurar su cumplimiento a través de acciones concretas en todos sus ámbitos de gestión (Gordillo, 2003).

Es de destacar que los legisladores buscaron vincular los derechos humanos con el derecho del consumidor, reflejando la intención de la Constitución de proteger al consumidor como ser humano en la sociedad de consumo. Esta conexión se hizo evidente tras la reforma constitucional de 1994, en línea con los movimientos sociales que impulsaban el reconocimiento de derechos en un contexto de globalización. La creciente visibilidad de los derechos humanos de tercera generación es notable; aunque aún carecen de un reconocimiento formal universal, están siendo aceptados por organismos internacionales. Esta tercera generación de derechos, que complementa las libertades individuales y los derechos económicos, sociales y culturales previos (Pérez Luño, 2004), está ganando aceptación. Sin lugar a dudas, este proceso, denominado “constitucionalización del ordenamiento jurídico privado,” continúa su expansión (Alexy, 2009).

En este contexto, el inciso 22 de artículo 75 de la Constitución nacional otorga a los tratados sobre derechos humanos el mismo estatus que los principios constitucionales y crea un modelo único para la nacionalización, internalización o constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, logrando una integración fluida entre el sistema normativo nacional y el internacional y reforzando y ampliando con esta integración el marco legal para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

## **II - EL RANGO SUPERIOR DE LAS REGLAS DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA Y SU FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL**

La necesidad de establecer un modelo político institucional en un contexto desafiante llevó a los legisladores, hace treinta años, a desarrollar un marco de nuevos derechos y garantías basado en la democracia y el consenso. En el contexto de la Constitución argentina, se ha observado un proceso de constitucionalización del derecho privado que ha



fortalecido la protección de derechos que anteriormente carecían de una garantía efectiva, incluyendo el derecho del consumidor.

La Constitución define el marco legal y normativo de un país, estableciendo los principios básicos y mandatos que deben ser seguidos y respetados por todas las instituciones. El derecho del consumidor, respaldado por el artículo 42, ocupa una posición jerárquica, estableciendo la protección de consumidores y usuarios como un pilar esencial en la regulación del mercado.

La aparición del artículo 42 de la Constitución Nacional no es un hecho fortuito, anecdótico o fruto de una postura posmodernista, sino, muy por el contrario, un cambio de visión respecto del mundo y la confirmación, a partir de ese momento, de que nuestra Constitución reconocía en su texto el pasaje de aquella sociedad liberal productora de 1853 a esta sociedad social consumista de finales del siglo XX. Este es el cambio más dramático del que se tenga memoria y que a la fecha no ha sido debidamente valorado. (Álvarez Larrondo, 2013, p. 141)

El artículo 42 revela una dimensión importante, al extenderse más allá del contrato de consumo tradicional. La relación de consumo incluye situaciones sin un vínculo contractual explícito, en las que las personas, como miembros de la sociedad de consumo, exigen el respeto de sus derechos como consumidores y usuarios, entre los que se incluyen la protección de la salud, la seguridad, los intereses económicos, la información precisa y veraz, la libertad de elección y un trato equitativo y digno. Luego de haber sido elevados a un estatus superior con la reforma de 1994, el Estado debe actuar como el principal garante. De esta manera, la norma constitucional subraya la naturaleza jurídica de la protección, al reconocer en el artículo 42 que se trata de derechos subjetivos constitucionales, directamente exigibles y aplicables sin necesidad de legislación adicional.

La ausencia de una enumeración exhaustiva o enunciativa de estas prerrogativas en nuestra carta magna asegura que la protección general de los "consumidores" y "usuarios" esté garantizada constitucionalmente, abarcando también todas las estructuras concretas y subjetivas para su defensa bajo esta categoría de rango superior. Otorgando a los dos grupos el mismo nivel de protección legal, la ley asegura la protección en diversas situaciones y relaciones jurídicas, utilizando ambos términos de manera indistinta para mantener una terminología uniforme en el contexto legal.

La segunda parte del mandato constitucional estipula que las autoridades deben asegurar la protección de los derechos mencionados en el primer inciso, y encomienda al Estado implementar políticas específicas para las que deberá establecer distintas infraestructuras institucionales. Además de promover la educación para el consumo –lo que implica la formación y concienciación de los consumidores para que tomen decisiones

informadas y responsables al adquirir bienes y servicios—, debe defender la competencia frente a distorsiones del mercado —fomentando una competencia justa y equitativa entre empresas, beneficiando a los consumidores con más opciones y precios justos—, controlar monopolios naturales y legales —supervisando y regulándolos para evitar abusos de posición dominante y proteger a los consumidores de prácticas anticompetitivas—, garantizar la calidad y eficiencia de los servicios públicos —asegurando que servicios esenciales como agua, energía, transporte y salud se ofrezcan de manera eficiente y con altos estándares de calidad—, apoyar la formación y operación de asociaciones de consumidores y usuarios que permitan una representación colectiva en la defensa de sus derechos e intereses, y asegurar la competencia y la calidad en los servicios públicos (Stiglitz, 2015).

Las políticas establecidas en el artículo 42, de intervención, control y regulación, se basan en la premisa de que el Estado debe proteger los derechos e intereses de los consumidores mediante medidas activas de intervención, verificación, control y regulación de los mercados. El objetivo es asegurar un acceso equitativo a bienes esenciales para toda la población (Rusconi, 2012), en concordancia con la supremacía del bloque legal, que incluye los artículos 42 y 75, inciso 22, de la Constitución nacional. Las autoridades deben garantizar condiciones mínimas de sustento y desarrollo para la población, utilizando todos los recursos disponibles. Esta obligación se alinea con el principio general del preámbulo constitucional, que se centra en el bienestar general y las responsabilidades del Estado para satisfacer el acceso a las necesidades básicas en el marco de la relación de consumo, garantizando derechos como la libertad de elección y el trato equitativo (art. 42).

La Constitución impulsa esta medida con el propósito de abordar las desigualdades presentes en las relaciones de consumo, las cuales surgen de la disparidad de recursos económicos y científico-técnicos entre las empresas proveedoras de bienes y servicios y los consumidores y usuarios. La influencia de la publicidad manipuladora y la existencia de monopolios, tanto naturales como legales, agravan la situación. Para equilibrar el mercado, es fundamental que el Estado intervenga.

El artículo 42, con carácter programático, impone al legislador el mandato de desarrollar y regular procedimientos efectivos para prevenir y resolver conflictos en la relación de consumo. Establece que la legislación deberá crear mecanismos eficaces para la resolución de conflictos y regular los servicios públicos de competencia nacional, incluyendo la participación de asociaciones de consumidores y usuarios, así como de las provincias, en los organismos de control. El último párrafo de esta cláusula constitucional remite a la futura legislación para el establecimiento de dichos procedimientos.

Para cumplir con el mandato de establecer procedimientos eficaces, se han implementado avances a través de instituciones que equilibran la asimetría entre consumidores y proveedores. Estas han introducido medidas protectoras procesales, como el acce-

so a la justicia gratuita, la teoría de las cargas dinámicas de la prueba, un procedimiento abreviado en la jurisdicción –trámite sumarísimo para las acciones judiciales de los consumidores–, buscando ofrecer un procedimiento más eficaz para la resolución de disputas, aunque no necesariamente más breve en cuanto a duración (Tambussi, 2014).

La inclusión explícita en el artículo 42 de los derechos de los consumidores y usuarios ha jerarquizado su importancia y exigencia incluso contra el propio Estado. Estos derechos-deberes deben ser respetados por las empresas en sus relaciones comerciales, y el Estado debe garantizar su cumplimiento mediante acciones concretas en todos los niveles de gestión (Gordillo, 2003). Ello genera dentro de nuestro ordenamiento jurídico un cambio de paradigma, que responde a la necesidad de fortalecer la protección de los consumidores debido a la degradación de su posición jurídica y la insuficiencia de los mecanismos de protección previos (Irigoyen, 1994).

Antes de esta reforma, el marco legal no era adecuado para salvaguardar de manera efectiva los derechos de los consumidores. Va de suyo que la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994) representó un avance significativo, al consolidar el derecho del consumidor dentro de un enfoque constitucionalizado del derecho privado. Este código aplica el principio de diálogo de fuentes, integrando los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y ofreciendo una perspectiva más cohesiva que promueve la protección de los derechos de los consumidores. Ha alineado la normativa constitucional con el derecho privado, creando un sistema jurídico más coherente y equitativo, y proporcionando una norma mínima de seguridad y adecuación para los servicios y productos en mercados abiertos, tanto nacionales como importados (Jayme, 1995).

Con la integración de los tratados internacionales en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución y la elevación del derecho del consumidor al rango de los derechos de tercera generación, o constitucionalismo social, que abarca derechos como un trato justo, la protección de intereses económicos y el acceso a la justicia, Argentina se alinea con las directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor de 1985 y 2015, que establecen la responsabilidad de los Estados de implementar políticas robustas.

El reconocimiento constitucional otorga al derecho del consumidor un rol primordial en la regulación del mercado, centrado en el principio de protección al consumidor, que promueve la solidaridad social y la lucha contra la marginación, el hambre y la pobreza, con el Estado como principal garante (Stiglitz y Sahián, 2020).

La Constitución nacional refuerza esta protección con el artículo 43, que otorga derechos de incidencia colectiva y establece procedimientos ágiles para su defensa al introducir la acción de amparo para proteger los derechos de los consumidores en ausencia de otros mecanismos judiciales adecuados. La combinación de los artículos 42 y 43 convierte el amparo en un instrumento eficaz para resolver conflictos de consumo, garantizando respuestas oportunas y eficientes. La constitucionalización de estos dere-

chos refleja una transformación del Estado argentino de un modelo liberal y capitalista hacia uno social, evidenciando un cambio hacia una sociedad más centrada en el consumo y la protección del sujeto vulnerable en la relación de consumo.

### III - PALABRAS DE CIERRE

La reforma constitucional de 1994 en Argentina consolidó el derecho del consumidor, arraigándolo en principios constitucionales para reducir desigualdades. En un contexto nacional a menudo convulsionado, la práctica de estos principios refleja el compromiso con ideales sociales y fomenta el debate y la mejora continua. Los artículos 42 y 43 han mejorado la situación del consumidor frente a proveedores, constituyendo una respuesta progresista a desafíos contemporáneos y contribuyendo a una sociedad más inclusiva y preocupada por el bienestar general.

Clasificado como derecho de tercera generación, el derecho del consumidor busca restablecer el equilibrio en las relaciones de consumo y se reconoce como fundamental, derivado de los principios de derechos humanos. Su perspectiva solidaria destaca la función social del derecho, alineando los intereses individuales con el interés público del Estado. El jurista Bartolomé Fiorini (1979) aboga por un intervencionismo administrativo para promover el bienestar colectivo, mientras que Augusto M. Morello (2000) subraya que el derecho del consumidor busca un equilibrio integral en el mercado, proporcionando protección intensiva y herramientas jurídicas efectivas para beneficiar a toda la población.

Es por todo ello que la Constitución nacional, a partir de la reforma de 1994, impacta en los principios del derecho del consumidor, encapsula la búsqueda del ideal de justicia en el mercado y las relaciones económicas, no solo desde un enfoque regulatorio, sino también desde una perspectiva que equilibra aspectos económicos, humanos y sociales.

### REFERENCIAS

- ALEXY, R. (2009). Sobre los derechos constitucionales a protección. En R. García Manrique (Ed.), *Derechos sociales y ponderación*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ÁLVAREZ LARRONDO, F. M. (2013). Leyes de defensa del consumidor y de seguros. Una tensión constante en el derecho argentino. *Revista Prolegómenos - Derechos y Valores*, 32 (XVI).
- BIDART CAMPOS, G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada* (tomo II). Ediar.
- CORREA, J. L. (2013). Franquicia. La Suprema Corte ha consolidado su posición respecto a la validez de la franquicia y su oponibilidad al tercero demandante. *La Ley*.
- FIORINI, B. (1979). *Derecho Administrativo* (2ª ed. actualizada, tomo II). Abeledo-Perrot.
- GORDILLO, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo* (6ª ed., tomo 2). Fundación de Derecho Administrativo.

- HERNÁNDEZ, C. A. (2015). Relación de consumo. En G. A. Stiglitz y C. Hernández (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor* (tomo I). La Ley.
- IRIGOYEN, R. (1994). Fundamento de la cláusula constitucional sobre defensa del consumidor. *La Ley*, 1994-E.
- JAYME, E. (1995). Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours*, Vol. 251. Académie de Droit International de la Haye.
- MORELLO, A. M. (2000). El acceso del consumidor a la justicia. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*, 3. Juris.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2004). *Los derechos fundamentales*. Tecnos.
- QUAGLIA, M. C. (2006). La obligación de seguridad y el deber de información en la relación de consumo. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley
- QUIROGA LAVIÉ, H., BENEDETTI, M. Á. y CENICACELAYA, M. de las N. (2001). *Derecho Constitucional Argentino* (tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- RUSCONI, D. (13 de septiembre de 2012). Ponencia dirigida a la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, Audiencia Pública. Rectorado de la Universidad Nacional de La Plata. [http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/21\\_DANTE\\_RUSCONI.pdf](http://ccycn.congreso.gov.ar/export/hcdn/comisiones/especiales/cbunificacioncodigos/ponencias/laplata/pdfs/21_DANTE_RUSCONI.pdf)
- STIGLITZ, G. A. (2015). Derechos de los consumidores. Reconocimiento internacional. Incidencia de los Tratados. En G. A. Stiglitz y C. Hernández (dirs.), *Tratado de Derecho del Consumidor* (tomo I). La Ley.
- STIGLITZ, G. A. y SAHIÁN, J. H. (2020). *El nuevo derecho del consumidor*. La Ley.
- TAMBUSSI, C. E. (2009). *El consumo como derecho humano*. Universidad.
- TAMBUSSI, C. E. (2014). Nuevos mecanismos de garantías en el derecho del consumo. Primer abordaje a la ley 26.993. *La Ley*.



# DERECHO COMPARADO



**LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994  
Y SU LUGAR EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO**

*Felipe Paredes*

**Revista Jurídica - Universidad Nacional del Oeste: ISSN 3008-8062**

**Año: 02/ nro. 3 - Diciembre 2024**

**Recibido: 11/08/2024**

**Aprobado: 26/09/2024**



## LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994 Y SU LUGAR EN EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

### THE ARGENTINE CONSTITUTIONAL REFORM OF 1994 AND ITS PLACE IN LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Por Felipe Paredes<sup>1</sup>

Universidad Austral de Chile, Chile

**Resumen:** Este artículo explora el impacto de la reforma constitucional argentina de 1994 en el constitucionalismo latinoamericano. A pesar de las críticas iniciales y de una atención académica menor de parte de quienes estudian el derecho comparado, la importancia de esta reforma en el fortalecimiento del constitucionalismo social en la región requiere una nueva evaluación después de tres décadas de vigencia. Con sus fortalezas y debilidades, la reforma de 1994 fue menos disruptiva que otros cambios constitucionales en la región. Sin embargo, en retrospectiva, sus resultados fueron cruciales para consolidar nuevos derechos fundamentales e incorporar el derecho internacional de los derechos humanos en el país.

**Palabras clave:** reforma constitucional, Argentina, constitucionalismo latinoamericano

**Abstract:** This article explores the impact of the 1994 Argentine constitutional reform on Latin American constitutionalism. Despite initial criticism and relatively less attention from comparative law scholars, the significance of this reform in strengthening social constitutionalism in the region requires a fresh evaluation after three decades in force. With its hits and misses, the Argentine constitutional reform of 1994 was less disruptive than other constitutional changes in the region. However, in hindsight, its results were crucial in consolidating new fundamental rights and incorporating international human rights law in the country.

**Keywords:** constitutional reform, Argentina, latin american constitutionalism

---

<sup>1</sup> Abogado (Corte Suprema de Chile). Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Austral de Chile). Máster avanzado en Ciencias Jurídicas (Universidad Pompeu Fabra, España). Doctor en Derecho (UPF). Profesor asociado del Instituto de Derecho Público de la UACH. Prodecano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UACH. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0232-1919>. Correo electrónico: felipe.paredes@uach.cl

## I - INTRODUCCIÓN

La conmemoración del trigésimo aniversario de la reforma constitucional argentina de 1994 representa una excelente oportunidad para mirar retrospectivamente el debate sobre el cambio constitucional en Latinoamérica. Por supuesto, hoy nadie podría desconocer la importancia de tal reforma. Dadas sus características –v. gr., origen pactado y alcance parcial–, esta solo encuentra algún parangón en la reforma mexicana de 2001. En cualquier caso, está lejos de ser el episodio más representativo y comentado de los procesos de cambio constitucional en el continente.

Por el contrario, la literatura se ha sentido mucho más atraída por los procesos de cambio constitucional del denominado *nuevo constitucionalismo latinoamericano*. Estos, en lo que respecta a la manera en que se han diseñado e implementado dichos procesos, han abrazado una aproximación maximalista del cambio constitucional, fuertemente inspirado en la idea de poder constituyente originario y dirigido a la generación de un texto *ex novo*.

Si bien inicialmente existió un gran optimismo con el modelo propuesto por el nuevo constitucionalismo latinoamericano, más recientemente también han surgido importantes críticas, las que se han extendido a su metodología para promover el cambio constitucional, sobre todo en contextos cruzados por limitaciones como la existencia de una gran polarización social o élites resistentes al cambio. El proyecto constitucional chileno de 2022, rechazado por la ciudadanía en el plebiscito del 4 septiembre de dicho año, resulta un interesante caso para estudiar el comportamiento de estrategias maximalistas. El fracaso de este proyecto, denominado por *The New York Times* como “la Constitución más progresista del mundo”, hace volver a mirar con atención procesos menos ambiciosos, como el argentino de 1994, cuyo impacto puede ser valorado más equilibradamente con la perspectiva de ya tres décadas transcurridas.

## II - EL MODELO DE CAMBIO CONSTITUCIONAL EXPRESADO EN LA REFORMA ARGENTINA DE 1994

La redacción original de la Constitución argentina data de 1853, aunque con posterioridad fue reformada en varias ocasiones (1860, 1866, 1898, 1949, 1957 y 1972), además de que su vigencia ha sido interrumpida por regímenes de facto. En gran medida, el texto vigente al año 1994 provenía de la reforma de 1957, aprobada durante la autodenominada “Revolución Libertadora”, régimen dictatorial que gobernó la República Argentina entre 1955 y 1958.

Luego de la recuperación de la democracia, en 1983, se produjo un debate entre los partidos políticos sobre la necesidad de una reforma constitucional que diera pie a una

configuración institucional más apropiada para la vida democrática, aunque en ese momento no existieron los consensos para avanzar en esa dirección. En 1985, durante la presidencia de Raúl Alfonsín, comenzó a gestarse un movimiento que propiciaba la reforma constitucional para limitar el periodo presidencial a cuatro años, admitiendo la posibilidad de una reelección. La iniciativa influyó para que varias provincias reformaran sus constituciones admitiendo la reelección de los gobernadores; sin embargo, la propuesta fracasó en el plano nacional debido a la crisis económica y a los resultados que obtuvo su partido en las elecciones legislativas de 1987 (Natale, 2000, p. 219).

Luego de varios intentos, la idea comenzó a materializarse en 1993. Ese año se presentó un proyecto ante el Senado sobre contenidos, y otro para modificar el procedimiento de reforma que a la postre no vería la luz. Se intentó convocar a una consulta popular, la que tampoco prosperó, pero a esa altura ya existía claridad sobre el respaldo a la reforma. El camino se allanó con el Pacto de Olivos, celebrado entre los dos representantes de los mayores partidos políticos, el expresidente Raúl Alfonsín y el presidente de la época Carlos Menem, el 14 de noviembre de 1993. El pacto obligaba a ambos partidos a votar autorizando la reforma y luego a aprobar en la Convención Constituyente el denominado "Núcleo de Coincidencias Básicas". Como señalan Pegoraro y Zulkovsky (2011, p. 95), dicho acuerdo operó como la fuente instrumental a través de la cual se llegó al acto constituyente. Por la forma como se negoció y por sus resultados, estos autores afirman que dicho pacto, celebrado entre el justicialismo y el radicalismo, condicionó muy importantemente al poder constituyente originario, no solo porque se acordó el señalado Núcleo de Coincidencias Básicas, sino también porque el acuerdo se completó con la introducción de lo que se dio en llamar "cláusula cerrojo".

De conformidad con el artículo 30 de la Constitución argentina, que regula su reforma, el 29 de diciembre de 1993 se dictó la Ley 24.309, denominada "de Necesidad de la Reforma Constitucional", que justamente impulsó la reforma parcial de la carta magna de 1853, instrumentando el Pacto de Olivos y, principalmente, el ya señalado Núcleo de Coincidencias Básicas. Los contenidos comprendidos en el pacto debían ser aprobados o rechazados en bloque por la Convención, según lo dispuso el artículo 5º de la citada ley, al que se llamó "cláusula cerrojo" (Haro, 1999, p. 469). Además, la lista taxativa de puntos autorizados para la modificación, y también otros habilitados discrecionalmente para su debate en las sesiones, estaba protegida por la cláusula del artículo 6º de la misma ley: "serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración".

Con la elección de los 305 miembros de la Convención Constituyente, el 10 de abril Argentina entró en la segunda fase del procedimiento de enmiendas. Dentro del marco

establecido por el Congreso, la Convención debía decidir dentro de los noventa días de su instalación sobre el contenido definitivo de las enmiendas. Aunque, como se mencionó antes, con una gran limitación: le estaba prohibido cambiar las cláusulas del núcleo básico; debía aceptarlo o rechazarlo en su totalidad (Lhoëst, 1995, p. 160). La asamblea inició sus sesiones el 25 de mayo de 1994 y concluyó el 22 de agosto de 1994. En su mayor parte, sesionó con su propio sistema de reglamento para la votación del paquete previsto en la ley de convocatoria, en la que el consenso previsto estaba en el Pacto de Olivos (Sagüés, 1996, p. 49).

Desde el punto de vista de sus resultados, la reforma constitucional de 1994 se caracterizó por seis ideas fuerza: la intención de atenuar el presidencialismo; la modernización y el fortalecimiento del Congreso; la garantía de la independencia del Poder Judicial; el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; el otorgamiento de un nuevo estatus a la ciudad de Buenos Aires; y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales (Hernández, 2010, p. 182).

En la literatura que ha estudiado esta reforma aparece en un comienzo una importante discusión acerca de su legitimidad. Según Badeni (2014, p. 11), se trató de un proceso político cuyas anomalías resintieron seriamente la legitimidad de la reforma, que, solamente con el transcurso del tiempo y el acatamiento de la ciudadanía, será posible revertir. El mismo autor objeta que el Pacto de Olivos fue concertado sin debate previo, sin publicidad, sin conocimiento de la ciudadanía, e incluso a espaldas de los partidos políticos que Alfonsín y Menem representaban.

Sin embargo, esta objeción ha comenzado a disminuir en la medida que se van observando sus efectos con el tiempo. Para Sabsay (2014, p. 59), la reforma ha sido clave para la consolidación de un constitucionalismo social, ya que operó ampliamente sobre el sistema de derechos y garantías, por ejemplo: incorporando una serie de nuevos derechos y garantías, la asignación de rango constitucional a una serie de tratados internacionales, o la imposición al Congreso de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad de oportunidades.

Lo cierto es que el balance tiene no solo de dulce, sino también de agraz. Probablemente el aspecto más criticado sea el fortalecimiento del presidencialismo y el debilitamiento de los controles. Para Negretto (2014, pp. 5-6), la falta de eficacia de la reforma en crear un nuevo equilibrio de poderes no debe encontrarse en sus orígenes ni en sus contenidos, sino en el contexto político e institucional en el que se implementó. En particular, fueron las condiciones de gobierno existentes desde su aprobación y las decisiones de la Corte Suprema las que determinaron el predominio de un uso "presidencialista" de las nuevas instituciones. No obstante, lo cierto es que, en las décadas sucesivas, Gobiernos con escaso contrapeso político tuvieron una responsabilidad importante en las convulsiones políticas que aquejaron al país.

### III - EL MODELO DE CAMBIO CONSTITUCIONAL DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO

La primera oleada de reformas constitucionales o procesos constituyentes en Latinoamérica tuvo lugar durante la década de 1980 –Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, la reforma constitucional chilena en 1989, por ejemplo–. Estas cartas tuvieron como objetivo hacer posible la transición a la democracia, dejando atrás el legado de regímenes autoritarios que proliferaron en el continente en el período inmediatamente anterior (Uprimmy, 2011, p. 109). Dichas constituciones suelen compartir una visión tradicional sobre el constitucionalismo, que se resume en la adopción de una democracia representativa y un amplio consenso en el liberalismo económico (McCoy, 2008, p. 19).

De ahí que la narrativa que se intenta imponer con el nuevo constitucionalismo latinoamericano haya sido radicalmente distinta. Para Salazar (2013, p. 348), el nuevo constitucionalismo latinoamericano es la denominación con la que han sido bautizados los procesos constituyentes y el resultado de los mismos en algunos países de América Latina en los últimos años del siglo XX y la primera década del XXI. Hay que reconocer que los contornos del fenómeno no son claros, ya que este ha sido complejo en manifestaciones, al mismo tiempo que ha generado un acalorado debate con acérrimos partidarios y detractores. De todas formas, se suele señalar que el primer antecedente de este paradigma es la Constitución colombiana de 1991, y ejemplos clásicos serían la Constitución venezolana de 1999, la Constitución ecuatoriana de 2008 y la Constitución boliviana de 2009.

De acuerdo con Viciano y Martínez Dalmau (2010), el nuevo constitucionalismo latinoamericano se origina como consecuencia de los fallos del constitucionalismo clásico en la región, que ha operado como “un constitucionalismo incapaz de promover transformaciones radicales” (p. 9). Es por esta razón que impulsará procesos constituyentes que buscarán profundizar la democracia como forma de participación en la elaboración del texto y que, además, sean capaces de reflejar la diversidad de sus respectivas sociedades y hacer frente a la profunda exclusión que ha aquejado a los países de Latinoamérica.

Resulta evidente que los objetivos trazados por el nuevo constitucionalismo latinoamericano son ambiciosos. No es el propósito de este trabajo evaluar si dichas promesas se han materializado o no en la práctica. La cuestión no tiene que ver con sus resultados, sino que lo que aquí interesa es cómo enfrentan los dilemas propios de un proceso de cambios constitucionales significativos.

Al respecto, se puede mencionar que el nuevo constitucionalismo latinoamericano comparte dos importantes características. En primer lugar, reivindica como uno de sus principales activos su profundo carácter democrático, aunque, por supuesto, tratándose de un concepto tan debatido, asume una visión particular de la democracia basada en su

carácter social y participativo. Por esto, en sus procesos se observa una gran participación de los movimientos sociales y de una variada cantidad de demandas que representan intereses largamente postergados que se buscan articular en un todo. Precisamente, las demandas de reconocimiento son las que otorgan unidad y coherencia al proceso. Evidentemente, estas reivindicaciones son motivo de conflicto, pues tensionan los límites del sistema; de ahí que identidad, reconocimiento y política estén íntimamente conectados como una pretensión de no subordinación al sistema político (Muñoz, 2016, p. 98).

Lo anterior se encuentra unido a un segundo rasgo: una visión particular de la teoría del poder constituyente fundada en la invocación del poder constituyente originario, poseedor de una potencia ilimitada para refundar el espacio político (Colón-Ríos, 2012, p. 91). Tal como lo ha expresado la Corte Suprema de Colombia en la Sentencia 138/90, que validó la convocatoria a una asamblea constituyente especial, órgano no contemplado por la Constitución de 1886:

En pocas pero trascendentes palabras, el Poder Constituyente Primario, representa una potencia moral y política de última instancia, capaz, aun en las horas de mayor tiniebla, de fijar el curso histórico del Estado, insurgiendo como tal con toda su esencia y vigor creativos.

Si bien algunos autores han mencionado la reforma constitucional argentina de 1994 como una manifestación del nuevo constitucionalismo latinoamericano, al menos desde la perspectiva aquí tratada, esta presenta más rasgos del constitucionalismo clásico. Caso distinto ha sido el de la propuesta constitucional chilena de 2022, que se perfila más claramente en la senda de las constituciones antes mencionadas, y por lo mismo resulta una interesante experiencia para evaluar los rendimientos del modelo de cambio constitucional explicado en esta sección.

#### IV - EL CASO DEL PROYECTO CONSTITUCIONAL CHILENO DE 2022

Una buena manera de valorar las posibilidades del cambio constitucional en América Latina, ya entrada la tercera década del siglo XXI, es observar los aprendizajes que se pueden obtener de la experiencia del proyecto constitucional chileno de 2022. En este proceso, por distintos motivos, la discusión decantó en un modelo de cambio que compartía rasgos esenciales con los del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Este camino pareció en un comienzo auspicioso, gozando de un alto nivel de apoyo ciudadano, pero terminó con el rechazo de la propuesta emanada de la Convención Constitucional en el plebiscito de septiembre de 2022.

El debate en Chile comenzó durante la transición del país a la democracia. La Constitución de 1980 fue promulgada durante la dictadura de Augusto Pinochet e incluía fuertes políticas económicas neoliberales y limitadas libertades democráticas. La dictadura

fue derrotada inesperadamente en el referendun de 1988, lo que permitió a la oposición negociar un pacto para ponerle fin y recuperar la democracia. Estas negociaciones llevaron a reformas constitucionales en 1989, ratificadas por una mayoría del 91,25 % en un nuevo referendun. Las reformas incluyeron 54 enmiendas al texto original, como la eliminación de restricciones al pluralismo ideológico y la incorporación al ordenamiento jurídico de tratados internacionales de derechos humanos, pero sin claridad respecto de sus efectos. La transición a la democracia impuso un proceso de toma de decisiones negociado entre las dos coaliciones políticas, sin la participación directa de la ciudadanía (Heiss y Navia, 2007). Este período más tarde se conoció como la era de la "democracia de los acuerdos".

El pacto transicional entre la coalición de izquierda Concertación de Partidos por la Democracia y los partidarios del pinochetismo permitió a la primera, que gobernó Chile entre 1990 y 2009, tener un mínimo de control sobre el proceso político, pero aceptando importantes limitaciones. En la práctica, el acuerdo aseguró la supervivencia de los rasgos esenciales de la Constitución de 1980 a cambio de una transición pacífica, lo que explica por qué la Concertación renunció a tener mayoría en el Parlamento para implementar reformas estructurales. Este acuerdo significó mantener la influencia de Pinochet en la todavía frágil democracia y desacelerar la investigación y reparación de las violaciones de derechos humanos cometidas por la dictadura (Bresnahan, 2003, pp. 5-6). La frase del presidente Patricio Aylwin "justicia en la medida de lo posible" es recordada como otro cliché de ese período. El complejo panorama durante la transición llevó a la decisión de mantener la Constitución de 1980. En la década de 1990, la teoría de los "enclaves autoritarios" ganó fuerza, centrándose en reformas específicas para abordar las críticas a la legitimidad. Este largo proceso duró más de quince años y finalmente resultó en la reforma constitucional de 2005.

La reforma de 2005 abarcó temas esenciales, como la eliminación de los senadores no electos, la posibilidad de remover a los comandantes en jefe de las fuerzas armadas y la derogación del papel de estas últimas como "garantes del orden constitucional". Estos cambios generaron un debate sobre si tenían mérito suficiente para cerrar la transición (Fuentes, 2015, p. 100). El presidente Ricardo Lagos afirmó que este texto debía llamarse Constitución de 2005. Sin embargo, no se abordaron todos los temas relacionados con el legado de la dictadura. Por ejemplo, se mantuvieron las leyes supermayoritarias y no hubo consenso sobre la mejora de los mecanismos de participación ciudadana o el impulso de los derechos sociales, lo que dejó estos aspectos cruciales sin resolver.

Una década después, el debate constitucional se reactivó en medio de las manifestaciones contra el primer gobierno del presidente Sebastián Piñera, en 2011. Estas protestas se centraron en la demanda de derechos sociales y pusieron de relieve la incapacidad de la Constitución para escuchar las voces de los ciudadanos, exponiendo importantes



fallos en la democracia chilena. Tras ser reelegida para un segundo mandato, la presidenta Michelle Bachelet inició un proceso que buscaba involucrar a los ciudadanos en la redacción de una nueva Constitución en 2016 (Heiss, 2017). Sin embargo, los partidos de oposición decidieron no participar y la propuesta recién salió a la luz en los últimos días del mandato de Bachelet. El segundo gobierno de Piñera retiró el proyecto del Congreso, afirmando que otros temas tenían prioridad sobre la reforma constitucional.

En octubre de 2019, la serie de protestas contra el Gobierno de Piñera desencadenó una grave crisis política, que recibió en la prensa el nombre de "estallido social" y que culminó un mes más tarde, el 19 de noviembre, con la firma del Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución. Este acuerdo delineó un marco para la discusión constitucional. Como parte del plan, los partidos políticos firmantes eligieron una comisión técnica asesora, compuesta por catorce expertos, cada uno de los cuales representaba a un partido que había firmado el acuerdo. El 6 de diciembre, la comisión presentó una propuesta de reforma constitucional al Congreso, que incluía un itinerario detallado para el proceso constituyente. Esta estructura comprendía un plebiscito de entrada voluntario, la elección de la Convención Constitucional, y concluía con una ratificación ciudadana mediante un plebiscito de salida obligatorio.

En el plebiscito de entrada, de octubre de 2020, el 78 % de los votantes se mostró a favor de redactar una nueva Constitución y el 79 % a favor de una Convención Constitucional electa. El diseño de la Convención Constitucional incluía reglas para alentar la participación de independientes, lograr la paridad de género y reservar escaños para los pueblos indígenas. Las cuotas de género e indígena garantizaron que las mujeres constituyeran el 50 % de los delegados y los indígenas el 12 %. La Convención resultó notablemente de izquierdas, joven, feminista e inexperta, y se identificó prontamente con la idea del poder constituyente originario, afirmándose en su interior, en reiteradas ocasiones, que el nuevo texto se escribía sobre una hoja en blanco. Como resultado, el borrador propuesto enfatizaba fuertemente la autodeterminación indígena y la protección del medio ambiente, desmantelando el sistema altamente privatizado de derechos de agua y promoviendo la igualdad de género y el respeto por la diversidad sexual. Sin embargo, se multiplicaron las acusaciones desde la derecha de que el texto era demasiado extremo y refundacional, lo que gatilló una estrategia de guerra sucia en los medios, ampliamente controlados por los sectores que llamaban a rechazar.

En septiembre de 2022, la propuesta de Convención Constitucional fue rechazada en el referéndum de salida por un amplio margen de 61,89 %. En pocas palabras, se ha argüido en varios análisis que la razón del rechazo radicó en el carácter maximalista del texto, que abarcaba una amplia gama de temas sobre los que no había consensos en la sociedad chilena, lo que contribuyó a aumentar la polarización (Titelman y Leighton, 2022).



## V - REFLEXIONES FINALES: ¿EXISTE UN ÚNICO MODELO PARA EL CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO?

La reforma constitucional argentina de 1994 se generó como una respuesta realista y pragmática dentro del contexto de la posdictadura. Es evidente que su resultado fue un subóptimo y que también produjo efectos nocivos, como la vigorización del presidencialismo. Tal como expresa Gargarella (2014, p. 20), esta reforma dirigió muchas de sus energías a la cuestión de la reelección presidencial, y en ese sentido podría decirse que esta nació con un grave defecto de legitimidad de origen.

No obstante, por otro lado dio origen a progresos innegables en áreas como la garantía de los derechos o la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, operando en esta materia como un dique que divide las aguas. Por una parte, permitió dejar definitivamente atrás el legado de la dictadura; por otra, contribuyó a generar las condiciones para el desarrollo de un constitucionalismo social con resultados no tan distintos que otros procesos en el continente, los que, en principio, parecían mucho más transformadores.

Si hubiera que elegir una gran lección de la reforma de 1994, probablemente sería que esta permite visualizar un aspecto que la doctrina ha soslayado en términos generales: el delicado equilibrio entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio. Siguiendo a Negretto (2014, p. 4), así como hay constituciones con orígenes auspiciosos y desarrollos desastrosos, las hay también cuyas deficiencias de origen fueron superadas por prácticas e interpretaciones posteriores a su sanción. En Latinoamérica, probablemente por la propia historia reciente, la literatura académica se ha dejado seducir mucho más por la idea de la legitimidad de origen y ha prestado poca atención a la legitimidad de ejercicio. Sin embargo, esta perspectiva ha sido criticada en un plano global, en el sentido de que la idea de legitimidad no debe ser entendida de una forma tan monolítica, pues este es un concepto en constante evolución (D'Aspremont, 2005, p. 880). Ello permitiría entender, por ejemplo, cómo procesos que en un comienzo fueron legítimos desde la óptica democrática luego cayeron en una deriva autoritaria y viceversa.

Por lo mismo, parece sensato que dentro del constitucionalismo latinoamericano puedan tener cabida distintos modelos, pues lo que ha funcionado en algunos países no necesariamente debe funcionar en otros. El ejemplo chileno muestra cómo en un contexto poco propicio un modelo maximalista como el del nuevo constitucionalismo latinoamericano fue un factor importante en el bloqueo de la discusión constitucional que se generó luego del plebiscito de septiembre de 2022.

Los textos constitucionales a veces tienden a independizarse de sus autores. Eso es precisamente lo que ha ocurrido con el texto argentino de 1994, donde la praxis ha ido encontrando soluciones no previstas por quienes acordaron e implementaron el Pacto de

Olivos. Desde luego, ello no significa que la discusión constitucional se encuentre cerrada en Argentina. Las sociedades evolucionan y sus constituciones deben hacerlo en consecuencia. En efecto, a tres décadas de la reforma, parecen existir motivos para retomar dicha discusión a fin de adaptar la Constitución a los desafíos propios del siglo XXI.

## REFLERENCIAS

- BADENI, G. (2014). Reforma constitucional de 1994. *Pensar en Derecho*, 5.
- BRESNAHAN, R. (2003). Chile since 1990: The contradictions of neoliberal democratization. *Latin American Perspectives*, 30 (5).
- COLÓN-RÍOS, J. (2012). *Weak Constitutionalism: Democratic legitimacy and the question of constituent power*. Routledge.
- D'ASPREMONT, J. (2005). Legitimacy of Governments in the Age of Democracy. *New York University Journal of International Law and Politics*, 38.
- FUENTES, C. (2015). Shifting the status quo: Constitutional reforms in Chile. *Latin American Politics and Society*, 57 (1).
- GARGARELLA, R. (2014). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994. *Pensar en Derecho*, 5.
- HARO, R. (1999). Lineamientos fundamentales de la reforma constitucional Argentina de 1994. *Pensamiento Constitucional*, 6 (6).
- HEISS, C. (2017). Legitimacy crisis and the constitutional problem in Chile: A legacy of authoritarianism. *Constellations*, 24 (3).
- HEISS, C. y NAVIA, P. (2007). You win some, you lose some: Constitutional reforms in Chile's transition to democracy. *Latin American Politics and Society*, 49 (3).
- HERNÁNDEZ, A. M. (2010). A tres lustros de la reforma constitucional de 1994. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 60 (254).
- LHOËST, B. F. (1995). Constitutional reform in Argentina. *Verfassung und Recht in Übersee/Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, 28 (2,2).
- MCCOY, J. L. (2008). Democratic Transformation in Latin America. *The Whitehead Journal of Diplomacy and International Relations*, 9.
- MUÑOZ, M. A. (2016). Movements Towards the People: A Proposal to Think of Political Subjects in Bolivia and Argentina. En E. Betances y C. Figueroa (Eds.), *Popular Sovereignty and Constituent Power in Latin America. Democracy from Below*. Palgrave Macmillan.
- NATALE, A. (2000). La reforma constitucional argentina de 1994. *Cuestiones constitucionales*, 2.
- NEGRETTO, G. (2014). Origen y efectos de la reforma de 1994: una reflexión en torno a la atenuación del presidencialismo. *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 15(2).

- PEGORARO, M. y ZULCOVSKY, F. (2011). El juego anidado de la reforma constitucional argentina. *Colección*, 21.
- SABSAY, D. A. (2014). A 20 años de la reforma constitucional, ¿se han cumplido sus objetivos? *Pensar en Derecho*, 5.
- SAGÜÉS, N. P. (1996). An Introduction and Commentary to the Reform of the Argentine National Constitution. *The University of Miami Inter-American Law Review*, 8(1).
- SALAZAR, P. (2013). El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). En L. R. González Pérez y D. Valadés, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- TITELMAN, N. y LEIGHTON, T. (2022). ¿Por qué ganó el rechazo a la nueva Constitución chilena? *Nueva Sociedad*, 301.
- UPRIMMY, R. (2011). Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. En C. Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Siglo XXI.
- VICIANO, R. y MARTÍNEZ DALMAU, R. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista Ius*, 4 (25).



# ENTREVISTAS



**“LA REFORMA LABORAL APROBADA POR LA DENOMINADA  
LEY DE BASES, ES REGRESIVA Y CONSAGRA UN ORDEN SOCIAL  
INJUSTO Y CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN NACIONAL”  
ENTREVISTA AL DR. HÉCTOR PEDRO RECALDE<sup>1</sup>**

*Por Pablo Perel y Lucía Colombo*



– Muchas gracias, Dr. Héctor Recalde, por acompañarnos en este tercer número de la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste. En esta oportunidad, la temática que nos convoca es la conmemoración de los treinta años de la reforma constitucional de 1994. En ese marco, nos interesaría contar con una reflexión suya respecto a este hecho histórico que reforzó –con la inclusión del artículo 36 y otros tantos– la

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad de Buenos Aires). Fue profesor titular por concurso de la cátedra de Derecho en el CBC, adjunto en la cátedra de Derecho del Trabajo y Seguridad Social y titular por concurso en la cátedra de Derecho Administrativo del Trabajo (Facultad de Ciencias Sociales, UBA). Se desempeñó como presidente de la Comisión de Derecho del Trabajo de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, y como miembro del Consejo Consultor de la Asociación de Abogados Laboralistas. Fue abogado de la Confederación General del Trabajo y asesor letrado de diversas organizaciones sindicales. Más tarde se desempeñó como jefe de asesores letrados de la Confederación General del Trabajo. Diputado de la nación por la provincia de Buenos Aires por dos periodos. Actualmente se desempeña como consejero del Consejo de la Magistratura de la Nación, presidiendo la comisión de disciplina.

## **defensa de la democracia a diez años de su recuperación.**

— Gracias a ustedes por la invitación. Siempre es un placer conversar y compartir experiencias con una universidad pública, gratuita y de calidad. Felicito a la Universidad y a los directores de la revista, porque es fundamental la producción del conocimiento desde el espacio público.

La reforma constitucional de 1994 tuvo varias implicancias. Por un lado, ha tenido zonas grises. Es una reforma que tiene un contexto y un marco temporal que es la década del noventa. Una década tomada por la mutilación de las capacidades estatales y la expansión del capital transnacional. Una década de retroceso de los derechos sociales. En ese sentido, podemos mencionar algunos temas críticos de la reforma: la provincialización de los recursos del suelo y subsuelo, la mala implementación de un sistema eficiente de coparticipación de impuestos, entre otros.

Sin embargo, rescatando lo más valioso, tenemos la dimensión institucional. Reformas como la creación del Consejo de la Magistratura para la selección y remoción de jueces; la organización de los fiscales y defensores en el Ministerio Público, con autonomía funcional y jerarquía constitucional; la creación de la Auditoría General de la Nación como órgano de control externo del sector público, en el ámbito del Congreso; la creación de la Defensoría del Pueblo; el tercer senador por la minoría; la creación de la figura del jefe de gabinete; la eliminación del colegio electoral y el sistema de elección directa; la institución de la segunda vuelta en la elección presidencial; la reducción del mandato presidencial a cuatro años y la posibilidad de reelección; la autonomía de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En fin, estos son solo algunos de los institutos incorporados o modificados en la reforma.

En este capítulo también encontramos los nuevos derechos y garantías que vienen a fortalecer el sistema democrático. Esto tiene un valor sustancial por la historia de interrupción constitucional que ha sufrido nuestro país.

En otro orden, podemos hablar de la dimensión liberal en tanto reconocimiento de los derechos individuales. Ahí contamos con la constitucionalización de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el artículo 75 inciso 22. Instrumentos como la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que incorporaron el principio de progresividad; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); o la Convención sobre los Derechos del Niño, han constituido un avance decisivo en el posicionamiento de la Argentina en el derecho internacional de los derechos humanos.

Aquí también contamos con un mandato constitucional pocas veces explorado, que es el del artículo 75 inciso 19 de la reforma. La Constitución habla de progreso con justicia



social, y esto tiene que ser un faro para los operadores jurídicos y una referencia ineludible para el Gobierno nacional actual, que aborrece el concepto de justicia social.

En ese mismo plano tenemos los nuevos derechos humanos. Y en esta dirección, los derechos de usuarios y consumidores o los derechos de protección del medioambiente, la consagración de la acción de amparo, el habeas data y el habeas corpus.

**– En aquella ocasión se incorporaron diez tratados internacionales de derechos humanos en el artículo 75 inciso 22, entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ¿Cuál es su opinión en relación con el principio de progresividad y prohibición de regresividad en materia de derechos fundamentales?**

– La importancia que ha tenido la incorporación del PIDESC a nuestro sistema jurídico sin duda merece una especial reflexión. En particular, en lo que refiere al principio de progresividad, establecido explícitamente en su artículo 2°, que instituye la obligación de cada Estado de adoptar todas las medidas que se encuentren a su alcance con el objeto de lograr la protección y ampliación de los derechos humanos en pos de obtener su plena efectividad. Este principio impacta directamente en el orden público laboral, y garantiza que las y los trabajadores obtengan cada vez más mayores beneficios; y que, una vez que estos fueron adquiridos, se conviertan en obligatorios e inderogables. Es una barrera que tiende a proteger a la parte más vulnerable de la relación laboral.

Y aquí quisiera hacer mención de algunas previsiones de la reforma laboral de la Ley de Bases, que no hacen ni más ni menos que avanzar ilegítimamente sobre derechos adquiridos de la clase trabajadora. En estos casos, las y los jueces que tengan a su cargo la resolución de planteos judiciales sobre estas cuestiones deberán realizar un test de constitucionalidad.

Dicha ley a todas luces resulta inconstitucional e inconvencional, toda vez que no solo viola el principio de progresividad sino de un sinnúmero de derechos garantizados por la Constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos del artículo 75 inciso 22 de la misma.

**– En el marco de un análisis constitucional, ¿cuál es su posición acerca de la reciente reforma laboral?**

– Bueno, en este tema les pido me concedan la posibilidad de extenderme, atento a la vastedad de derechos que destruye o deteriora la Ley de Bases.

Existe una concreta pretensión de implementar medidas regresivas que reduzcan los derechos de los trabajadores, lo cual contradice tratados internacionales, infringe el artículo 14 bis de la Constitución nacional y niega las cláusulas de desarrollo y progreso económico con justicia social establecidas en los incisos 19 y 23 del artículo 75 de la misma

Constitución, que obligan al Congreso a legislar y promover acciones positivas para garantizar la igualdad real de oportunidades, el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.

La interpretación del artículo 14 bis de la Constitución nacional y de las normas que en su consecuencia se dicten debe respetar el contenido social de la Constitución, complementado por los tratados internacionales de derechos humanos. En el contexto actual, es esencial interpretar la Constitución y los tratados internacionales de manera que no se vuelvan ineficaces o inoperantes.

La reforma laboral regresiva aprobada mediante la llamada Ley de Bases establece un orden social injusto en el ámbito laboral, contrario a la Constitución nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos, que exigen el respeto a la dignidad de los trabajadores.

En primer lugar, lejos de su objetivo declarado, esta ley incentiva el empleo no registrado y beneficia a los empleadores que no cumplen con la normativa, eximiéndolos de responsabilidad penal y perdonándoles las infracciones, multas y sanciones por empleo no registrado. Además, suprime las multas establecidas por la Ley 24.013 para casos de empleo no registrado o deficientemente registrado, que favorecen a los trabajadores. Medidas como estas solo aumentarán la ya elevada informalidad laboral, ya que la posibilidad de imponer multas actúa como un disuasivo para los empleadores.

Además, la reforma facilitará el fraude en las relaciones laborales, ya que desarticula la previsión de la Ley de Contrato de Trabajo que establece que los trabajadores contratados por un tercero para prestar servicios en otra empresa serán considerados empleados directos de la empresa usuaria. Con la nueva redacción del artículo 29 de la Ley de Contrato de Trabajo, si una gran empresa utiliza a una persona física o jurídica –a menudo insolvente– para proveerse de personal, no tendrá ninguna responsabilidad directa sobre esa relación laboral, sino que solo será responsable solidaria

Una de las modificaciones más evidentes –aunque no por ello ingenua– es la autorización para contratar hasta tres trabajadores sin registrar, bajo la figura de “colaborador”, en el contexto de un emprendimiento productivo. Para evitar confusiones, la norma especifica que este régimen se basará en una relación autónoma, sin vínculo de dependencia entre los colaboradores y las personas que contraten sus servicios u obras.

Aunque es loable ofrecer facilidades a los emprendedores, la lógica indica que cuando un emprendedor necesita tres trabajadores para desarrollar su negocio se convierte en un empresario común y corriente, según la Ley de Contrato de Trabajo. La modificación busca desmantelar el sistema de protección del derecho laboral, fundamentado en el artículo 14 bis de la Constitución y en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional. El sistema de protección laboral es de orden público, lo que significa que no

puede ser reemplazado por la voluntad de las partes del contrato. La definición de contrato de trabajo es clara: existe siempre que una persona se compromete a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios para otra, bajo su dependencia y a cambio de una remuneración. Se da prioridad a la verdad material sobre cualquier acuerdo entre las partes. Además, la Ley de Contrato de Trabajo establece que las cláusulas del contrato, en cuanto a forma y condiciones de la prestación, están sujetas a disposiciones de orden público (art. 21).

Además, se considera nulo cualquier contrato en el que las partes actúen con simulación o fraude a la ley laboral, ya sea aparentando normas contractuales no laborales o mediante la interposición de personas. En tales casos, la relación se regirá por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 14).

En resumen, la figura del colaborador sin relación de dependencia introducida en la Ley de Contrato de Trabajo contradice todo el sistema de protección laboral y el orden público, y solo legitima el fraude. Esta figura es tan legalmente insostenible que no sería sorprendente que el Poder Judicial la declare inconstitucional en breve. Esta es la verdadera inseguridad jurídica que el sector empleador tendrá que enfrentar.

Bajo el pretexto de "aumentar el empleo", se introduce un período de prueba excesivamente largo, que puede durar de seis meses a un año. Esto significa que, si el empleador termina el contrato durante este período, no tendrá que pagar indemnización por antigüedad. De esta manera, se vulnera el derecho a la protección contra el despido arbitrario que garantiza la Constitución y se facilita la contratación continua de trabajadores bajo la modalidad de período de prueba para cubrir puestos con necesidades permanentes.

El nuevo período de prueba impactará la estabilidad de los trabajadores, ya que solo después de seis, ocho o doce meses podrán acceder a los mismos derechos que tienen los empleados permanentes.

En cuanto al despido discriminatorio, se introduce una nueva forma de discriminación hacia los trabajadores, ya que se les exige probar el acto discriminatorio cuando alegan que un despido tuvo connotaciones discriminatorias. Igualmente se tarifa una miserable indemnización mínima por el daño causado. En efecto, los actos discriminatorios suelen tener lugar de manera solapada y a veces a modo de sanciones encubiertas. Además, los testigos de estas situaciones rara vez quieren declarar contra el empleador por miedo a represalias. La reforma ignora la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo "Pellicori c. CPACF") y obstaculiza a los trabajadores en el ejercicio de derechos consagrados por normas como la Ley 23.592, el Convenio 190 de la Organización Internacional del Trabajo y la CEDAW, entre otros.

Por otra parte, la Ley de Bases intenta instituir a través de la autonomía colectiva la sustitución de la indemnización por antigüedad por un fondo o sistema de cese laboral, habilitando la posibilidad de contratar un sistema privado a su costo, a fin de solventar la in-

demnización. Como manifesté en anteriores oportunidades, los intentos por desconocer la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario vienen desde hace tiempo.

No obstante, en sectores como el de la construcción, donde se aplica el fondo de cese laboral, se observan elevados niveles de informalidad.

Las estadísticas oficiales indican que los sectores con mayor nivel de empleo no registrado son el trabajo en casas particulares (75 %), la construcción (67,8 %) y la agricultura y ganadería (55 %). Además, estos sectores son los que presentan los salarios más bajos.

Esto nos indica que cambiar el sistema indemnizatorio no genera empleo formal ni proporciona "certezas" al sector empresarial. Por el contrario, fomenta la evasión.

La implementación de estas figuras, en comparación con la indemnización por despido vigente, violaría el derecho de propiedad de los trabajadores (art. 17, CN), el derecho a la protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis, CN) y el principio de progresividad y no regresividad que nos compromete como país (art. 75, inc. 23, CN).

La compensación no solo sería menor –ya que se pagaría por unos pocos meses, por ejemplo, hasta que se consiga un nuevo empleo–, sino que el monto se abonaría en cuotas y no como un pago único, privando al trabajador/acreedor de su disponibilidad. En conclusión, no se puede permitir un avance inconstitucional del Poder Legislativo. La Constitución nacional y los tratados internacionales que nos obligan como país no son neutros y deben ser respetados.

**– Con respecto a la incorporación del Consejo de la Magistratura en el proceso de designación de aspirantes a la magistratura, y teniendo en consideración su desempeño actual como consejero de dicho organismo, nos interesaría conocer el balance que le merece el funcionamiento del organismo en estos últimos años.**

– Bueno, en la actual composición del Consejo, que tiene veinte miembros luego de un fallo insólito en términos jurídicos, en donde se declaró inconstitucional la Ley 26.080 y se repuso una ley derogada de la década del noventa, yo soy uno de los representantes del estamento de los abogados y las abogadas de todo el país. En ese carácter, considero que la creación del Consejo ha significado un avance institucional en la designación de los jueces federales, teniendo en cuenta que, previo a la reforma del 94, los magistrados eran designados sin concurso.

Ahora bien, parte del problema del Consejo de la Magistratura se arrastra desde aquel entonces, toda vez que el convencional constituyente no definió con claridad qué significa el equilibrio de la representación de cada estamento, conforme lo prescribe el artículo 114 de la Constitución nacional. Las prioridades del Consejo de la Magistratura deben ser: la cobertura eficiente de las vacantes, la transparencia en el manejo de los recursos

del Poder Judicial, el acceso de la ciudadanía a la información pública que produce el Consejo y el poder disciplinario sobre magistrados y magistradas que no cumplen su función con rectitud.

**– ¿Cuáles considera que son los desafíos actuales en la designación de magistrados y magistradas nacionales?**

– Principalmente, la cobertura rápida de las vacantes. La demora en la cobertura viola el principio de juez natural, ahoga al estado de derecho y perjudica la imagen y credibilidad del Poder Judicial.

Naturalmente, los cuerpos colegiados requieren edificar consensos para avanzar en los objetivos, y eso es una tarea que demanda principalmente tiempo. Asimismo, el Consejo debe fortalecer la Justicia federal con asiento en las provincias, fundamentalmente donde se persigue el delito complejo, como el narcotráfico. Por ello trabajamos.

**– Estimado Dr. Recalde, ha sido un placer escucharlo sobre estas temáticas actuales que preocupan e interpelan directamente a repensarlas en un marco de respeto por los derechos humanos. Muchas gracias.**

– El placer ha sido mío, y lo será siempre el compartir espacios de reflexión en el ámbito de la universidad pública y gratuita. Les agradezco a ambos, y en su persona a todo el equipo de la *Revista Jurídica* de la Universidad Nacional del Oeste.



**“LA REFORMA DE 1994 ES UN EJEMPLO DE QUE LA POLÍTICA  
ES CAPAZ DE ENCONTRAR PUNTOS DE CONSENSO MÍNIMOS  
ENTRE QUIENES PIENSAN DISTINTO”  
ENTREVISTA AL DR. MARCELO ENRIQUE FELIÚ<sup>1</sup>**

*Por Pablo Perel y Lucía Colombo*



— Estimado senador, Dr. Marcelo Enrique Feliú, agradecemos que nos reciba y dedique su valioso tiempo a brindarnos una reflexión respecto de los treinta años de la reforma constitucional de 1994. En primer lugar, queríamos consultarle qué significó para usted, en términos personales, haber participado, en carácter de asesor jurídico del Bloque Justicialista, de la Convención Nacional Constituyente?

— Fue una experiencia única y, seguramente, irrepetible. En aquel entonces tenía veinticuatro años, con solo dos años de recibido de abogado. Pensemos que me apasionaba el derecho constitucional y, por supuesto, la política, por lo que no había mejor lugar que

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Licenciado en Psicología (Universidad de Palermo). Profesor adjunto de Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público (Universidad Nacional del Sur). Es senador provincial de la provincia de Buenos Aires y presidente de la Comisión de Presupuesto de la Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires. Se desempeñó como asesor letrado del Bloque Justicialista en la Convención Nacional Constituyente de 1994.

una reforma constitucional nacional que pudiera vincular todo en un mismo lugar y al mismo tiempo. Es por eso por lo que nunca me canso de agradecer a quien fuera convencional constituyente nacional de aquella reforma, Olga Abraham, por haberme permitido integrar el cuerpo de asesores letrados del Bloque Justicialista. Fueron tres meses de ser un testigo privilegiado de cómo las principales figuras políticas del país diseñaron el instrumento jurídico más importante de un estado de derecho, como lo es su Constitución nacional. Una experiencia única, la combinación, la interacción necesaria entre la teoría constitucional y la praxis política.

**– En el marco de su visión jurídica, como docente universitario en la cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional del Sur, ¿qué significó?**

– Si bien en la actualidad podríamos argumentar que aún quedan cuestiones pendientes a tratar –como es el caso de la modificación de la Ley de Coparticipación Federal–, la reforma constitucional nacional de 1994 trajo consigo una legitimidad significativa, alcanzada tras profundos debates, y siendo votada por todos los partidos políticos. Un suceso que no podemos dejar de destacar, si lo comparamos con otras reformas constitucionales nacionales.

Yo destacaría, entre otras modificaciones, la incorporación, con rango constitucional, de tratados internacionales de derechos humanos, dotando y sumando de una visión ecuménica a nuestra Constitución. Ratificó la debida convivencia jurídica constitucional de la defensa de la libertad y la igualdad, complementándolas, permitiendo y propiciando la convivencia política de las diversidades ideológicas dentro de un marco democrático. Además, se incluyeron normas protectoras del medioambiente, del sistema democrático, del amparo, del habeas corpus y habeas data, de consumidores y usuarios, así como una mayor representatividad de las provincias en el Congreso, el dominio originario de estas de sus recursos naturales, el reconocimiento de las autonomías municipales y el carácter irrenunciable del reclamo de la soberanía sobre nuestras islas Malvinas.

Se trató de una Convención que, además, evidenció que es posible lograr consensos políticos mínimos entre quienes piensan distinto. Sin dudas, siempre resulta propicio recuperar aquellos ejemplos históricos que demuestran lo que somos capaces de llevar adelante, más aún en la actual coyuntura. Creo que fue el último gran acuerdo político de nuestro país, que tal vez debiera reeditarse para avanzar con los temas pendientes de nuestra joven y consolidada democracia.

**– Usted señala un balance positivo de la reforma constitucional, pero también asignaturas pendientes. ¿Podría puntualizar concretamente?**

– Creo que la decisión de no modificar la Ley de Coparticipación Federal, con los crite-



rios que la reforma indicó, es una de las asignaturas pendientes, y que sigue siendo una de las causas recurrentes de las disputas políticas en nuestro país, más allá de que se usó una fórmula de modificación que anticipaba una casi imposibilidad de cumplimiento. La fecha límite establecida era 1996, y estamos en el 2024... Otro tema es la función de atenuar las competencias/responsabilidades del presidente a través de la figura del jefe de Gabinete, que tampoco logró su objetivo. Tal vez la cultura presidencialista no permitió el despliegue de la nueva figura, sino todo lo contrario: podría decirse que la terminó incorporando como un apéndice más del presidente.

**– El momento de la reforma estuvo atravesado muy fuertemente por la polémica que significaba la modificación de lo que a la postre significó la reelección del presidente Carlos Menem. ¿Cómo analiza usted ese hecho histórico?**

– Todas las reformas tienen una coyuntura política innegable, que las termina impulsando o, de alguna manera, condicionando. La de 1994 no fue la excepción, pero, más allá de eso, trascendió a aquella realidad política circunstancial, dotando de un sistema constitucional nuevo que fue el basamento de nuevas y mejores normas constitucionales, que derivaron en cambios jurisprudenciales positivos, ubicando nuestra Constitución a la vanguardia de un nuevo constitucionalismo, en especial con la incorporación en su cuerpo y con rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

**– En la actualidad, el funcionamiento de los decretos de necesidad y urgencia son el centro de la discusión jurídico-política. ¿Qué mirada tiene, a la luz del espíritu constitucional de 1994?**

– La Constitución argentina previa a 1994, la de 1853-1860, con el objeto de garantizar el sistema republicano de gobierno y la división de poderes, a través del artículo 29 fulminó con la nulidad insanable la posibilidad de que el Congreso le conceda al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público.

La reforma constitucional de 1994 pretendió reafirmar este propósito estableciendo en el artículo 99 inciso 3 que el Poder Ejecutivo no podrá bajo ningún caso emitir disposiciones de carácter legislativo, bajo pena de nulidad absoluta e insanable. La regla constitucional es clara y concreta: el Congreso no puede transferirle al Poder Ejecutivo la capacidad de legislar otorgada por la Constitución, ni el Poder Ejecutivo puede legislar soslayando al Congreso.

Pero debe reconocerse que los convencionales constituyentes del 94, con el objetivo de limitar lo que en la práctica ocurría, y con espíritu de establecer frenos al avance del presidencialismo, legislaron estableciendo excepciones de aquella regla republicana prevista, las cuales deben siempre ser interpretadas y aplicadas de forma restrictiva, tal como señala la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

**– Dr. Feliú, usted señaló avances jurisprudenciales de la Corte Suprema a partir de la última reforma. ¿Quisiera puntualizar algunos?**

– Me refiero, por ejemplo, a la inconstitucionalidad de las leyes de indulto, de Obediencia Debida y Punto Final, la apertura de los juicios por delitos de lesa humanidad, la solución del corralito, la interpretación de la emergencia económica, la protección constitucional del contrato, la protección del ambiente, los alcances de la legitimación amplia, los alcances del aborto no punible –previo a la actual legislación vigente–, el derecho al agua potable, la protección del haber jubilatorio, la constitucionalidad del límite de edad de 75 años para los jueces, la validez de una suba tarifaria –que exige un criterio de gradualidad y que su determinación debe ser conmensurada con los niveles de ingreso de los usuarios–, los criterios de encuadre para el denominado “derecho al olvido” frente al derecho de libertad de prensa, entre muchos otros.

**– A modo de cierre, ¿cómo cree que debería ser una interpretación dinámica e histórica del espíritu constitucional en su totalidad, no solo en el marco puntual de la reforma de 1994?**

– Los constituyentes de 1994 resolvieron inteligentemente eventuales necesidades de interpretación constitucional, ya que tenían vedado por la ley declarativa de la necesidad de la reforma modificar la parte dogmática, por lo que decidieron, y muy bien, que lo incorporado debe ser interpretado como complementario de lo normado en la parte dogmática de nuestra Constitución, nunca como contradictorio. Por lo que la interpretación debe ser integral y que incluya los tres constitucionalismos: el liberal, el social y el ecuménico, utilizando la terminología de quien fue convencional constituyente nacional de aquella reforma y es actual presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Dr. Horacio Rosatti.

En definitiva, aquella reforma significó importantes avances en materia de derechos y modernización institucional. Y, a pesar de asignaturas pendientes, la valoro como un importante avance y donde la Política, con mayúsculas, estuvo a la altura de las circunstancias.

**– Muchas gracias, senador Marcelo E. Feliú, por su excelente predisposición para recibirnos. Ha sido un verdadero placer.**

– Les agradezco a ambos la invitación a participar de este tercer número de la *Revista Jurídica*, y quisiera hacer extensivo mi agradecimiento a la Universidad Nacional del Oeste, en persona del rector Mg. Roberto Gallo y su vicerrector, Dr. Gustavo Soos.

# **PUBLICACIONES DE INTERÉS**



## LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA COMO IDENTIDAD NACIONAL

Por Maximiliano Abad<sup>1</sup>

Honorable Senado de la Nación, Argentina



**Resumen:** La autonomía universitaria, en tanto principio constitutivo del sistema de educación superior de nuestro país, adquirió su rango constitucional en la reforma de la carta magna de 1994. Tres décadas después sigue teniendo un papel sostenido en las controversias y en el debate público que se estructuró a partir de la sanción de la Ley de Financiamiento Universitario y el posterior veto presidencial.<sup>2</sup> Comparto aquí un recorrido por los antecedentes históricos, el impulso de la reforma constitucional de 1994 y su validez actual.

### I - AUTONOMÍA: PRINCIPIO CONSTITUTIVO DE LA EDUCACIÓN SUPERIOR

Resulta interesante contemplar la repentina visibilización de la autonomía universitaria como rasgo organizacional y edificador de las casas de estudio argentinas, y al mis-

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata). Senador nacional por la provincia de Buenos Aires y desde 2021 presidente de la Unión Cívica Radical (UCR) de la provincia de Buenos Aires. Fue presidente de la Federación Universitaria Argentina (2004), concejal del distrito de General Pueyrredón (2007-2015), diputado de la provincia de Buenos Aires por dos períodos, convirtiéndose, en el último de ellos, en presidente del Bloque de Juntos por el Cambio (2015-2023). Militó desde sus catorce años en la UCR.

<sup>2</sup> La Ley 27.757, sancionada el 12 de septiembre de 2024, obtuvo veto total por parte del Poder Ejecutivo mediante el Decreto 879/24.

mo tiempo verificar la conflictividad creciente que desatan los intentos del Gobierno nacional de avanzar en un proceso de auditorías a través de organismos dependientes del propio Poder Ejecutivo, como la Sindicatura General de la Nación.

Ahora bien, esta tensión entre el Poder Ejecutivo Nacional y las universidades públicas no tiene nada de original ni de novedoso. Es un conflicto con densidad histórica y con ciertas líneas de continuidad que nos remiten a los orígenes y la consolidación del Estado moderno de Argentina, a la Reforma Universitaria de 1918, a los intentos sostenidos por quebrar la independencia institucional, al proceso de normalización de las universidades que impulsó el presidente Raúl Alfonsín y a la reforma de la carta magna acaecida en 1994, para citar las etapas más relevantes que, a mi juicio, explican esta relación compleja entre el Estado nacional y las universidades públicas.

Si bien la Convención Constituyente de 1994 intentó resolver esta discusión con la jerarquía constitucional impresa en su articulado, no podemos obviar que sigue siendo una facultad jaqueada, discutida y en tensión permanente, desde la propia promulgación de la Constitución vigente.

Por todo ello, resulta necesario indagar en la historicidad del principio rector de la autonomía en nuestro país, en su consagración institucional y su deriva actual. En otras palabras, y asistidos por las preguntas que precisan el abordaje que quiero compartir: ¿cómo se institucionalizó la autonomía universitaria en Argentina?; ¿qué implicancias tuvo el proceso de la Reforma Universitaria en su proyección institucional?; ¿cuáles fueron sus principales amenazas y restricciones?; ¿de qué forma se restablece el principio de la autonomía en la recuperación de la democracia?; y, por sobre todas las cosas, ¿cómo adquiere y que genera su rango constitucional?

Planteados los interrogantes, el espejo retrovisor nos deposita en los embriones de la estatalidad de nuestro país.

En primer lugar, la propia construcción del Estado moderno se expresó en "la conformación de una instancia política que articuló la dominación en la sociedad y la materialización de esa instancia en un conjunto interdependiente de instituciones"(Oszlak, 1997, p. 16) que permitieron su estructuración en la segunda mitad del siglo XIX.

La sanción de la denominada Ley Avellaneda, en el año 1885, no solo reflejó una incipiente voluntad estatal de acompañar e institucionalizar las universidades de Córdoba y de Buenos Aires, sino que reveló la intencionalidad de "controlarlas". Un primer paso en la dirección de validar ciertos niveles de autonomía universitaria, aunque con restricciones y vigilancias para su ejercicio.

Un segundo mojón, reconocido, valorado y –podríamos decir hoy– "virilizado" a escala continental y luego en territorio europeo, fue el movimiento de la Reforma Universitaria de Córdoba de 1918. Allí sobresalió el impulso democratizador intra y extrauniversitario que protagonizaron los estudiantes, como así también la búsqueda de autonomía y de eman-

cipación de las universidades. En otras palabras, la Reforma del 18 impulsó una visión expandida de la autonomía universitaria no solo anclada en la relación con el Poder Ejecutivo, sino también ligada a la autonomía institucional en las funciones esenciales de la Universidad, esto es, en la docencia, la investigación y la extensión.

El tercer período en este abordaje necesariamente abreviado de la historicidad, constitucionalidad y proyección de la autonomía nos remite al largo período de inestabilidad institucional y a la matriz golpista que azotaron a nuestro país entre 1930 y 1983. En dicha temporalidad podemos situar tensiones vinculadas a los designios disciplinadores y represivos de las dictaduras cívico-militares que atentaron contra los Gobiernos populares de Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón, Arturo Frondizi y Arturo Humberto Illia, –contemplando la distorsión que presupone la proscripción del peronismo en estos dos últimos ejemplos– pero también se pueden verificar en la profundización de los conflictos en algunos períodos democráticos, como se trasluce en la relación esquiva entre las Administraciones peronistas y las autoridades y las representaciones gremiales de las universidades. Las intervenciones, las designaciones de rectores interventores y la anulación de concursos, por citar algunos ejemplos, pusieron en evidencia las dificultades para conciliar el decisionismo estatal con la autonomía universitaria.

Podemos expresarlo de otro modo: los reiterados intentos de “manejar” lo inmanejable, de incluir de manera mecánica a las casas de estudio como un engranaje más de la Administración del Estado, chocaron con una autonomía política, cultural y social con mucha presencia en el mundo universitario desde la gesta de Córdoba, luego extendida al resto del país.

Es más, la creación de la Universidad Obrera Nacional –hoy Universidad Tecnológica Nacional– y la consagración de la gratuidad de la educación superior al suspenderse el cobro de aranceles,<sup>3</sup> que se institucionalizaron en este ciclo, se tradujeron en un alcance mayor y en oportunidades para sectores sociales que nunca habían podido acceder a estudiar, pero no aplacaron la tensión entre la comunidad universitaria y el Gobierno, que intentaba vanamente controlarlas.

A este tercer período tumultuoso podemos agregarle un cuarto momento, acotado en el tiempo pero fecundo en su impacto. Me refiero al pequeño interregno de 1958 a 1966, en donde las universidades públicas alcanzaron un reconocimiento internacional a partir del fortalecimiento de sus propias capacidades y el liderazgo académico y político de sus autoridades, al mismo tiempo quedel impulso decidido de la autonomía institucional y un presupuesto acorde a las necesidades de expansión de la cobertura estatal del derecho a la educación.

La Noche de los Bastones Largos y la violencia creciente nos permiten describir un nuevo período atravesado por el éxodo de los mejores docentes e investigadores y el en-

---

<sup>3</sup> Decreto 29.337, del 22 de noviembre de 1949.

frentamiento entre la comunidad universitaria y las sucesivas intervenciones que inclusive abarcan la última experiencia democrática antes del 24 de marzo de 1976.

El terrorismo de Estado, el arancelamiento, la censura y la persecución ideológica conforman el cuadro desolador que se cristalizó en la última dictadura militar. Estudiantes, docentes, investigadores y nodocentes desaparecidos, torturados y exiliados son testimonio lacerante de las atrocidades que se perpetraron en el período más oscuro de nuestra historia. La Universidad pública languideció en este período y se oprimieron las capacidades universitarias, especialmente en la investigación y en la vinculación con la comunidad.

En este sentido, la recuperación de la democracia no solo selló el contrato entre la ciudadanía y la Constitución, sino que dio impulso a una nueva fase en la relación entre el Estado y las universidades. Si bien comprendió una temporalidad que se enmarca en el trienio 1983-1986, su proyección institucional llega hasta nuestros días. A través del Decreto 154, del 13 de diciembre de 1983 –tan solo tres días después de asumir–, el presidente Ricardo Alfonsín dispuso una serie de medidas que pusieron en valor la gesta de la Reforma Universitaria de 1918 y de la experiencia de gobierno de Illia, además de establecer las bases para la arquitectura basal del sistema público de universidades.

Siguiendo a Linares (2023), con el decreto referido, el sistema universitario se transformó radicalmente en comparación con su configuración en tiempos de terrorismo de Estado. A saber:

- Se recuperaron los estatutos universitarios vigentes al 29 de julio de 1966, para que luego cada universidad adoptase de manera autónoma su propio estatuto.
- Se constituyeron los órganos de cogobierno autónomo de carácter provisorio hasta la realización de las asambleas universitarias correspondientes.
- Se suspendieron los concursos realizados en la dictadura.
- Se reconocieron y legalizaron los Centros de Estudiantes, las Federaciones Universitarias Regionales y la Federación Universitaria Argentina.
- Se eliminaron las disposiciones discriminatorias y proscriptivas existentes para el acceso a los cargos docentes y nodocentes y se promovió la reincorporación de docentes y nodocentes expulsados en las etapas anteriores.

Este impulso democratizador impactó de manera sustantiva en la conformación de un sistema universitario autónomo, con ingreso directo, gratuito, cogobernado, con concursos para docentes e investigadores y con la extensión universitaria como vector de desarrollo y de interacción con la sociedad.

Del modelo restrictivo, arancelado, vigilado y censurado de la última dictadura militar, pasamos a contar con un modelo de Universidad autónoma, con un irrefrenable aumento de su matrícula, con una activa participación de todos sus claustros y con la rápida articulación de un entramado con la sociedad civil y el Estado en todos sus niveles.



Es cierto que las dificultades para el financiamiento del Estado generaron conflictos en el sistema universitario, pero no es menos cierto que las universidades crecieron y se consolidaron a partir de la institucionalización de sus estatutos y del esfuerzo de la comunidad universitaria como de todas sus representaciones.

Por último, y en la etapa previa a la modificación de la carta magna, la presidencia de Carlos Menem se destaca por la implementación de políticas universitarias consonantes con el proceso de privatizaciones, achicamiento del Estado e intentos por socavar la autonomía de las casas de estudio, al calor de las recomendaciones del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional. Fueron años donde se propalaron fuertes cuestionamientos al financiamiento público, la autonomía institucional ampliada y la autarquía financiera del sistema universitario.

Al respecto, y para ingresar en lo acaecido en 1994, podríamos afirmar que la reforma constitucional de 1994 se constituye en una *rara avis* para el clima de época reinante en buena parte del mundo occidental. Lejos de las tesis neoliberales y del Consenso de Washington, la modificación del texto constitucional no solo reedifica las competencias de cada uno de los poderes del Estado, sino que también se expresa en una ampliación de derechos a través de la adhesión a pactos y convenciones internacionales.

En dicha orientación, y vehiculizadas a través del núcleo de coincidencias básicas que tejieron, las dos fuerzas mayoritarias de ese entonces –el Partido Justicialista y la Unión Cívica Radical– coincidieron en otorgarle rango constitucional a la autonomía y a la autarquía universitarias.

## II - IMPLICANCIAS POLÍTICAS, INSTITUCIONALES Y CULTURALES A PARTIR DE LA CONSAGRACIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

En primer lugar, y siguiendo a Álvarez (2023), podemos aseverar que la integración al texto constitucional vino a resolver décadas de conflictos y enfrentamientos entre las universidades y el Estado en términos estructurales. El pasaje de los decretos y las leyes a la jerarquía constitucional plantea una instancia de superación de las tensiones y los enfrentamientos.

En segundo lugar, los acuerdos políticos que cimentaron la reforma constitucional le otorgaron espesura y validez a un fenómeno poco usual en la historia argentina. Estamos hablando del denominado “Núcleo de coincidencias básicas”, y a la vez estamos señalando un acuerdo puntual en la manera de concebir la relación entre el Estado y las universidades, tras décadas de enfrentamientos entre ambas identidades políticas.

En tercer término, la autonomía reconocida en el texto constitucional, vino a descomprimir una porción importante de los conflictos al producirse el traslado de funciones de contralor y de auditoría pública al ámbito del Poder Legislativo.

En cuarto lugar, la autonomía universitaria consagrada en el artículo 75, inciso 19, de la Constitución nacional no solo refiere a la autonomía institucional, sino que comprende un concepto de autonomía multidimensional, esto es, autonomía política, institucional, académica, económica y financiera. Una autonomía efectiva.<sup>4</sup>

Por último, y aquí radica su mayor impacto en el tiempo, la naturaleza de la redacción y de la aprobación del texto constitucional exhibió que las políticas de Estado en Argentina no son imposibles ni descabelladas. Que es necesario concebirlas, idearlas, discutir las y llevarlas a la práctica si pretendemos construir una nación con modernización y desarrollo sustentable. Las políticas de Estado trascienden administraciones, ordenan jurídicamente y nos habilitan a poner el acento en las problemáticas que nos aquejan. Por eso, me parece un ejercicio pedagógico recordar y destacar el papel sustantivo que se le imprimió a la autonomía universitaria en el texto constitucional y, al mismo tiempo, revalorizar los acuerdos intra e interpartidarios para la gestión pública.

En democracia, es imperioso respetar y hacer respetar todas las diferencias y, al mismo tiempo, revalorizar y potenciar lo que nos une (Dubet, 2017).

## REFERENCIAS

- Oszlak, O. (1997). *La formación del Estado argentino. Origen, progreso y desarrollo nacional*. Planeta.
- Linares, R. (2023). *La normalización universitaria (1983-1986). Una gesta colectiva*. <https://fcpolit.unr.edu.ar/la-normalizacion-universitaria-1983-1986-una-gesta-colectiva/>.
- Álvarez, G. (2023). *Misión cumplida. Cómo la Reforma Universitaria llegó a la Constitución Nacional*. Eudeba.
- Dubet, F. (2017). *Lo que nos une. Cómo vivir juntos a partir de un reconocimiento positivo de la diferencia*. Siglo XXI.

---

<sup>4</sup>"Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y auctoría de las universidades nacionales".

## **JUNTA FEDERAL DE CORTES-REFLEJAR**

### **POLÍTICAS DE COORDINACIÓN E INTERCAMBIO EN LA JUSTICIA ARGENTINA**

*Por Alejandra Elizabeth Barrionuevo<sup>1</sup>*

Instituto de Capacitación Judicial REFLEJAR, Argentina

**Resumen:** En el presente trabajo se realiza un recorrido por distintas actividades que desarrolla el Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (REFLEJAR) en el ámbito de la Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia (JU.FE.JUS.) en pos de generar un impacto positivo en la Justicia argentina.

#### **I - PALABRAS PRELIMINARES**

La modificación en la designación de magistradas y magistrados con la incorporación del Consejo de la Magistratura, la consagración de derechos de tercera y cuarta generación, la jerarquización de los tratados internacionales de derechos humanos, la autonomía del Ministerio Público; en síntesis, las reformas incorporadas en nuestra Constitución de 1994 fueron el pilar en el que se sentaron las bases de nuestra sociedad actual. Un pilar que reflejó las demandas de una ciudadanía mucho más consciente de la importancia de las instituciones democráticas. Pero la realidad siguió mutando durante estos últimos treinta años.

Los constantes cambios de paradigma convierten la capacitación continua en una necesidad esencial para el desarrollo profesional en todos los ámbitos, incluido el campo de la Justicia. Los desafíos actuales, que se expresan a través de la renovada complejidad de los casos, el rápido desarrollo y transformación de las leyes, como así también la exigencia ciudadana de un servicio de calidad, demandan a las y los operadores jurídicos una constante actualización de sus conocimientos y habilidades.

En este contexto, las escuelas judiciales desempeñan un rol primordial. Junto a los co-

---

<sup>1</sup> Abogada y magíster en Derecho Judicial (Universidad Austral). Secretaria académica del Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (REFLEJAR). Secretaria administrativa del Centro de Capacitación y Gestión Judicial de Misiones.

nocimientos que brindan las universidades como ámbitos académicos específicos de formación profesional, proporcionan un espacio para adquirir las competencias que redunden en un servicio de justicia confiable, eficiente, ético y responsable.

De esta manera se destaca que, en Argentina, gracias al esfuerzo y la labor constante de los Poderes Judiciales provinciales y Consejos de la Magistratura, contamos con una amplia red de escuelas e institutos de capacitación judicial. Esto permite que, con una mirada heterogénea en cuanto a características de formación, se detecten necesidades comunes a la vez que se construye coordinadamente y de forma horizontal una malla curricular mucho más flexible y orientada a mejorar la respuesta al usuario del servicio de justicia.

La colaboración es un aspecto crucial para potenciar el intercambio de conocimientos, experiencias y recursos, y fortalecer los programas de formación en pos de generar un mayor impacto.

Esta es una ventaja que debemos valorar, ya que nos nutre con una doble mirada: por un lado, la particular de cada provincia, y, por el otro, la global, posibilitando así el abordaje y la actuación desde la posición más adecuada en cada caso.

La Junta Federal de Cortes y Superiores Tribunales de Justicia de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (JU.FE.JUS.), como órgano rector que nuclea a representantes de los más altos tribunales provinciales, desempeña un papel fundamental en la promoción de la colaboración entre las escuelas judiciales. A través del Instituto de Capacitación Judicial de las Provincias Argentinas y Ciudad Autónoma de Buenos Aires (REFLEJAR), brazo ejecutor de las políticas de capacitación judicial, se contribuye a la formación de operadores ejerciendo un rol de coordinador y referente de las demás instituciones de educación judicial, facilitando el intercambio e impulsando la conjunción de esfuerzos y la optimización. Su enfoque integral, basado en la colaboración, la innovación y la accesibilidad, lo convierte en una herramienta fundamental para afianzar el sistema judicial del país.

Sumado a la amplia oferta formativa, que incluye una variedad de cursos, talleres y programas en diversas áreas del derecho, tanto el desarrollo de liderazgo y habilidades emocionales como la innovación son otro aspecto distintivo. Aspecto que se proyecta en el uso y la promoción de herramientas digitales de vanguardia para ofrecer una experiencia de aprendizaje interactiva y dinámica que facilite el acceso a la capacitación judicial sin necesidad de desplazarse. Gracias a estas prácticas, se garantiza la calidad de la formación impartida mediante la implementación de mecanismos de evaluación, a la vez que se democratiza la experiencia de aprendizaje a través de encuestas de satisfacción que nos permiten escuchar a los usuarios.

Como la profesionalización y el perfeccionamiento son una responsabilidad que cada

operador interviniente en el servicio de justicia debe asumir, sin distinción de rol y cargo, se deben fomentar instancias de formación constantemente.

Es así que, con intención de estimular la participación y el compromiso, la Dra. Emilia María Valle, presidenta JU.FE.JUS. y jueza del Superior Tribunal de Justicia de Chaco; la Dra. María del Carmen Battaini, presidenta de REFLEJAR y vocal del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; la Dra. Claudia Mizawark, presidenta mandato cumplido de REFLEJAR; los miembros de las juntas directivas y los diferentes equipos de trabajo generan e impulsan actividades brindando un espacio donde magistrados y funcionarios puedan afianzar sus conocimientos. Entre las actividades propiciadas en los últimos años se destaca el Ciclo de Perfeccionamiento de Jueces, vigente desde 2020, con la participación de ministros y ministras de Cortes de todo el país, destinado a la formación en las competencias transversales y el perfil del juez. Ciclo que inspiró que, en 2023, junto al Dr. Sergio Barotto, juez del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, se coordinara la edición del libro *Perfeccionamiento de jueces. Perfil y formación jurídica* (Thomson Reuters, La Ley), con artículos condensados a partir de aquella experiencia y cuya segunda edición se encuentra en desarrollo para este año.

Igualmente, el lenguaje claro es y ha sido otro pilar en el desarrollo de la formación judicial, asumido por REFLEJAR y por el Foro de Lenguaje Claro de la JU.FE.JUS. Tal es así que, bajo la coordinación del Dr. Roberto Germán Busamia, vocal del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, durante el año 2023 se llevó adelante el curso "Lenguaje claro, lectura fácil y producción de textos jurídicos", con la participación de especialistas nacionales e internacionales.

En esta misma dirección se resalta la problemática ambiental como otro de los temas abordados por el Instituto. Con la organización y coordinación del curso "Formación en procesos ambientales", en colaboración con la Dra. Silvia Nonna, secretaria ejecutiva del Centro de Formación Judicial de CABA, siguiendo en la temática, se ha producido material que obra disponible en [www.reflejar.gob.ar](http://www.reflejar.gob.ar), que sirve de soporte para los cursos que se organicen desde las provincias, vinculados a la formación en Ley Yolanda (Ley 27.592).

Por otra parte, en temática de derechos humanos contamos con un extenso desarrollo, habiendo sido el conversatorio "La Justicia ante los derechos humanos del nuevo siglo" la incorporación más reciente. Coordinado por el Dr. Eduardo Llugdar, vicepresidente primero del Superior Tribunal de Justicia de Santiago del Estero y vicepresidente segundo de REFLEJAR, el conversatorio es un espacio de debate que propicia el diálogo y la reflexión en diversas problemáticas que afectan a los derechos humanos actualmente.

## II - EL SABER, UN PUNTO DE ENCUENTRO

El impacto de REFLEJAR ha trascendido las fronteras argentinas, consolidándose

como un referente global en materia de capacitación judicial, fomentando el intercambio y la colaboración entre las escuelas judiciales de la región, impulsando la armonización de criterios y el desarrollo de buenas prácticas.

Así, se han venido propiciando actividades en forma conjunta con la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ), especialmente en cuanto a régimen penal juvenil, material que, al igual que los demás contenidos con que contamos, obra en el canal de YouTube de REFLEJAR.

Este año nos encontramos trabajando junto al Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), consolidando acciones en pos de la formación de magistrados en habilidades socioemocionales, en particular, en los procesos que involucran a niños, niñas y adolescentes.

### III - CAPACITACIÓN FRENTE A LAS CONDENAS Y COMPROMISOS INTERNACIONALES

En un entorno donde las condenas internacionales a la Argentina ponen de relieve la necesidad de robustecer la independencia judicial y el acceso a la justicia, la labor de formación continua de los operadores jurídicos en materia de derechos humanos, perspectiva de género, entre otras, resulta indispensable para dar respuesta a los desafíos del presente y construir un futuro más justo para todos.

Es aquí donde JU.FE.JUS. asume el compromiso en la consecución de sus objetivos junto a otros Poderes del Estado a través de sus programas y acciones, crucial para que el sistema judicial pueda dar respuesta a las exigencias de las condenas y compromisos internacionales, especialmente a partir de las acciones promovidas ante el sistema interamericano.

Bajo estos lineamientos, y dando cumplimiento a la condena por el caso "Mendoza", hemos trabajado en la capacitación "La Justicia Penal Juvenil desde el enfoque de derechos", dirigida a los integrantes del fuero penal y desarrollada por cohortes desde el 2023 hasta la fecha junto al Dr. Omar Palermo, vocal de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza; la Dra. María Milagros Noli, directora de la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia del Poder Judicial de Mendoza; con la colaboración de ilustres expertos y de los Dres. Alejandro Chain, ministro del Superior Tribunal de Justicia de Corrientes; Pablo Alejandro Barbirotto, juez penal de Niños y Adolescentes de la provincia de Entre Ríos; Víctor del Río, ministro del Superior Tribunal de Justicia del Chaco; el Ministerio de Justicia de la Nación y el Ministerio Público de Defensa.

Del mismo modo, se ha trabajado desde la Escuela Judicial de la provincia de San Juan en el curso "Derechos humanos y salud mental: estándares del derecho internacional de los derechos humanos", vinculado a la solución amistosa propuesta en la causa "Senem de Buzzi", con la elaboración de contenidos adaptables a las distintas plataformas de las escuelas judiciales de cada provincia.

Por su parte, junto al Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires y la Escuela Judicial del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, última incorporación a REFLEJAR, y en el marco del acuerdo de cumplimiento del caso "Galván", se ha dictado el curso "Derecho a la revisión del fallo condenatorio", destinado a magistrados y funcionarios de los Poderes Judiciales de las provincias argentinas y desarrollado en cohortes desde marzo de 2024. La actitud generosa y colaborativa de esta Escuela Judicial, poniendo a disposición su plataforma educativa y el producto de alta calidad académica, refuerza la red del Instituto con acciones positivas, al punto de que ya se han proyectado nuevas ediciones de este curso.

Para finalizar, queremos decir que nuestro objetivo es democratizar el conocimiento con todos los operadores jurídicos. Nuestros destinatarios específicos son los integrantes de los Poderes Judiciales, a ellos nos debemos, pero mantenemos activas nuestras redes sociales Facebook e Instagram, al igual que la página web, para que se pueda acceder a los contenidos.

JU.FE.JUS. y REFLEJAR son actores clave en la construcción de un sistema judicial argentino más justo, independiente y eficaz. Por ello, los invitamos a ser parte de esta construcción participando de nuestra oferta formativa.





## CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES: DEBE GARANTIZARSE SU PROTECCIÓN

Por Gabriela Demaría<sup>1</sup>

Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** El presente artículo analiza la evolución de la protección de los consumidores hipervulnerables en Argentina, la jurisprudencia y las normas del Mercosur, nacionales y provinciales, dictadas como herramientas que garantizan y mejoran la defensa de este tipo de consumidores y que justifican la necesidad de un régimen de protección específico y más intensivo.

### I - INTRODUCCIÓN

En el ámbito del derecho argentino existe consenso prácticamente unánime sobre la vulnerabilidad inherente de los sujetos consumidores,<sup>2</sup> respecto de los proveedores, como un elemento básico de las relaciones de consumo. Este reconocimiento ha sido un pilar fundamental para la instauración de un robusto régimen protectorio que encuentra su fundamento en la Constitución nacional (a partir de la reforma de 1994), la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor (y sus múltiples reformas), las disposiciones pertinentes del Código Civil y Comercial, así como en una vasta variedad de normativas nacionales, provinciales y municipales.

También es destacable la labor llevada a cabo por gran parte de la jurisprudencia y los organismos administrativos competentes, que, con el paso del tiempo, han dictado numerosos fallos y actos administrativos con un sentido protectorio cada vez más marcado en favor de las personas consumidoras.

Estos marcos legales no solo regulan las relaciones de consumo desde múltiples fa-

---

<sup>1</sup> Abogada (Universidad Atlántida Argentina). Senadora de la provincia de Buenos Aires. Presidenta de la Comisión de Usuarios y Consumidores. Consejera titular por el Poder Legislativo en el Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Secretaria técnica administrativa del Consejo Superior de la Universidad Atlántida Argentina. Se desempeñó como docente, secretaria de Protección Ciudadana y Ordenamiento Urbano, directora general técnica administrativa, directora de Personal y Recursos Humanos y relatora letrada de la Municipalidad de la Costa.

<sup>2</sup> En el presente artículo se utilizan los términos "sujetos consumidores" o "personas consumidoras" de manera indistinta, ya que los considero más abarcadores que otras denominaciones.

cetas, sino que fundamentalmente buscan equilibrar la asimetría de poder entre proveedores y consumidores, reconociendo a estos últimos como el eslabón más débil en dicha relación.

El reconocimiento del estatus de derechos humanos a los derechos de los consumidores<sup>3</sup> impone, además, la aplicación de principios fundamentales en esa materia, como son el principio de progresividad y no regresividad. Esto significa que la legislación y las políticas públicas en materia de consumo no solo deben mantener los niveles de protección alcanzados, sino que necesariamente deben ser mejoradas continuamente. En este sentido, cualquier retroceso en las garantías y protecciones otorgadas a los sujetos consumidores es inaceptable desde un punto de vista jurídico, y también contraviene los compromisos asumidos por el Estado argentino en el ámbito internacional.

Este artículo se propone analizar la evolución de la protección de los consumidores hipervulnerables en Argentina. Un grupo que, por sus características específicas, requiere de una tutela reforzada. Se examinará cómo la reciente Disposición 137/2024, dictada por la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, ha afectado esta protección y se enfatizará la necesidad imperiosa de garantizar y mejorar la defensa de estos colectivos de personas consumidoras, lo cual constituye una obligación del Estado.

## II - LA VULNERABILIDAD ESTRUCTURAL DE LOS CONSUMIDORES

La vulnerabilidad inherente de las personas consumidoras en el marco de las relaciones de consumo ha sido definida por distintos autores como una vulnerabilidad estructural (Garzino, 2022). Esto se refiere a la situación de desventaja inherente que enfrentan los consumidores en sus relaciones con los proveedores de bienes y servicios. Este concepto reconoce que, en la dinámica de consumo, los consumidores están estructuralmente en una posición inferior debido a varios factores, como la asimetría en el acceso a la información, la desigualdad en el poder de negociación y la falta de conocimientos técnicos o jurídicos necesarios para comprender plenamente los términos de los productos y servicios que adquieren.

Esta vulnerabilidad es estructural porque no depende de las características individuales de los consumidores, sino que es una condición inherente a la relación de consumo misma. Es decir, todos los consumidores, independientemente de su situación personal, están en una posición de inferioridad frente a los proveedores, quienes suelen contar con mayores recursos, conocimientos y acceso a la información.

El derecho argentino ha reconocido esta vulnerabilidad estructural como un fundamento para la protección del consumidor. El artículo 42 de la Constitución nacional<sup>4</sup>, la

---

<sup>3</sup>Cf. Tambussi (2009), entre otros autores, tanto del ámbito nacional como internacional.

<sup>4</sup>El artículo 42 de la Constitución, incorporado en la reforma de 1994, consagra los derechos de los consumidores a la

Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la profusa normativa existente en la materia establecen un marco legal diseñado para equilibrar esta relación desigual.

La sanción del Código Civil y Comercial de la Nación en el año 2015 marcó otro hito significativo en la protección de los consumidores en Argentina. Este nuevo código incorporó y consolidó muchos de los principios del derecho del consumo que antes se encontraban dispersos en diferentes leyes y jurisprudencia. Entre las innovaciones más importantes introdujo el concepto de relación de consumo como eje central, ampliando así el ámbito de aplicación de las normas protectorias. Además, estableció reglas específicas para la interpretación de los contratos de consumo, reforzó el deber de información de los proveedores y consolidó el principio de interpretación más favorable al consumidor. También incorporó disposiciones sobre prácticas abusivas, cláusulas abusivas en los contratos y responsabilidad por daños en las relaciones de consumo.<sup>5</sup>

En el ámbito judicial son abundantes los fallos que se ocupan de distintas temáticas relacionadas con el derecho del consumo, donde la tendencia ha sido claramente progresiva en el sentido de garantizar la protección de los derechos de las personas consumidoras, tanto en su faceta individual como colectiva. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene numerosos precedentes.<sup>6</sup>

El carácter de la vulnerabilidad estructural, presente en todas las relaciones de consumo –y que, por tanto, alcanza a todas las personas consumidoras–, ha sido el motor para el desarrollo de un régimen protectorio que en parte busca corregir la desigualdad y garantizar que los consumidores puedan ejercer plenamente sus derechos.

### III - EVOLUCIÓN HACIA LA IDENTIFICACIÓN DE CONSUMIDORES HIPERVULNERABLES

Con la evolución del derecho del consumo en nuestro país se fueron identificando circunstancias en las que se evidenció cómo ciertos sujetos o grupos de sujetos se encontraban en situaciones particularmente vulnerables en el marco de sus relaciones de consumo, lo cual provocaba una mayor afectación a sus derechos.

Si bien en un primer momento estas situaciones no provocaron la clasificación de di-

---

protección de su salud, seguridad e intereses económicos, y a recibir información adecuada y veraz, imponiendo al Estado la obligación de intervenir para corregir las desigualdades inherentes a las relaciones de consumo.

<sup>5</sup>Esta integración del derecho del consumo en el código de derecho privado no solo amplió su reconocimiento legal, sino que también facilitó una aplicación más coherente y sistemática de la protección en todos los ámbitos del derecho civil y comercial.

<sup>6</sup>Para un análisis pormenorizado del tema, Corte Suprema de Justicia de la Nación (2023). Por ejemplo, en el fallo caratulado "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Prevención, Asesoramiento y Defensa del Consumidor c/ BankBoston N.A. s/ Sumarísimo" (Fallos 340:172), del 14 de marzo de 2017, la Corte señala que "La norma contenida en el art. 42 de la Constitución Nacional revela la especial protección que el constituyente decidió otorgar a los usuarios y consumidores en razón de ser sujetos particularmente vulnerables y este principio protectorio juega un rol fundamental en el marco de los contratos de consumo donde el consumidor se encuentra en una posición de subordinación estructural".

chos grupos como una categoría diferente de consumidores, sí dieron lugar al dictado de sentencias o textos normativos de carácter particularmente tuitivo.<sup>7</sup>

También existe normativa protectoria específica en favor de ciertos sujetos que fue dictada previamente al proceso de reconocimiento expreso de la hipervulnerabilidad. Solo a modo de ejemplo menciono la Ley 14.564 de la provincia de Buenos Aires, la cual establece la obligatoriedad de brindar atención prioritaria a mujeres embarazadas, personas con discapacidad y mayores de setenta años.<sup>8</sup>

De este modo, la evolución hacia el reconocimiento de consumidores hipervulnerables comenzó con la identificación de que ciertas características personales, como la edad avanzada, la discapacidad, la condición socioeconómica o la pertenencia a minorías étnicas o culturales, colocan a ciertos consumidores en una situación de mayor indefensión. Estos factores, combinados con la ya existente vulnerabilidad estructural, justifican la necesidad de un régimen de protección específico y más intensivo.

Numerosos instrumentos internacionales dan cuenta de esa circunstancia y sirven como fundamento para la creación de normativa a nivel local en ese sentido. Esta circunstancia también se fue plasmando en el trabajo doctrinario de múltiples autores en el ámbito iberoamericano.<sup>9</sup>

En nuestro país este proceso encontró un hito significativo el 27 de mayo de 2020, con el dictado de la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior, que incorporó al ordenamiento jurídico positivo por primera vez en Argentina el concepto de "consumidor hipervulnerable". La resolución define a estos consumidores como aquellos que enfrentan circunstancias adicionales que agravan la vulnerabilidad estructural inherente a cualquier relación de consumo.<sup>10</sup>

Destaco que esta resolución definía un régimen protectorio a cargo de la propia Administración Nacional en vez de centrarse en obligaciones en cabeza de los proveedores. De este modo regulaba cuestiones en favor de las personas consumidoras hipervulnerables relacionadas con la promoción de procedimientos eficaces y expeditos para la re-

---

<sup>7</sup> Un caso destacado en la jurisprudencia que refleja esta evolución es "Machinandiarena Hernández Nicolás c/ Telefónica de Argentina s/ reclamo contra actos de particulares" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 2), de 2009. Si bien este caso es considerado un *leading case* en la materia de la aplicación del daño punitivo, me parece importante considerar que en él se ponderó particularmente no solo la calidad de consumidor del demandante, sino también su situación de discapacidad, lo que llevó al tribunal a ampliar la tutela otorgada, reconociendo la necesidad de proteger a los consumidores que enfrentan vulnerabilidades adicionales.

<sup>8</sup> A través de los proyectos de ley E 374 2022-2023 y E 8 2024-2025, de mi autoría, presentados en el Senado de la provincia de Buenos Aires, se plantea la reforma de la Ley provincial 14.564, de modo de actualizar y ampliar su protección, sustituyendo los sujetos alcanzados por: personas embarazadas, personas con discapacidad, personas mayores de sesenta años y personas acompañadas por niños o niñas menores de seis años. Además, se incluyen los modos de atención por vía telefónica o web.

<sup>9</sup> Una reseña detallada sobre este tema puede consultarse en Barocelli (2024a).

<sup>10</sup> Según la norma, estas circunstancias podían incluir la edad, el estado de salud, la condición socioeconómica, el género, la orientación sexual o la pertenencia a colectivos minoritarios, entre otros factores, y se encontraba abierta a incluir otros sujetos que reunieran los requisitos.

solución de conflictos, el adecuado acceso a la justicia, el asesoramiento y la asistencia, entre otras.

En 2021, la protección de los consumidores hipervulnerables recibió un nuevo impulso con la Resolución 1015/2021 de la Secretaría de Comercio Interior, que incorporó al ordenamiento jurídico argentino la Resolución 11/21 del Mercosur. Esta normativa regional refuerza la protección de los consumidores hipervulnerables en los países miembros del Mercosur, alineando las políticas nacionales con los estándares internacionales de derechos del consumidor.<sup>11</sup>

Otras resoluciones dictadas en ese tenor por la Secretaría son, por ejemplo, la 1040/2021, por la cual se aprobó la "Guía de Buenas Prácticas en las Relaciones de Consumo con perspectiva de géneros y diversidades", y la 236/2021, vinculada con la protección de niñas, niños y adolescentes.

#### IV - EXPANSIÓN DE LA REGULACIÓN EN LA MATERIA

La normativa dictada a nivel nacional por la Secretaría de Comercio Interior, y las medidas de acción que en consonancia llevó a cabo la Dirección Nacional de Defensa del Consumidor y Arbitraje del Consumo, generaron un efecto expansivo por el cual múltiples jurisdicciones implementaron normativas y acciones orientadas a la protección de las personas consumidoras hipervulnerables, adaptando los principios y directrices establecidos a nivel nacional a las realidades locales.<sup>12</sup>

De ese modo, en muchas provincias las Autoridades de Aplicación con competencia en Defensa del Consumidor realizaron la adhesión a la Resolución 139/2020.<sup>13</sup>

En el marco de mi labor como senadora de la provincia de Buenos Aires y presidenta de la Comisión de Usuarios y Consumidores, consideré que era necesario instaurar un marco protectorio de las personas consumidoras hipervulnerables en la legislación provincial. Ello propició la elaboración de un proyecto de ley que fue trabajado y debatido en el ámbito de las comisiones y posteriormente en el pleno del Senado y la Cámara de Diputados de la provincia, y, tras ser votado en cada instancia por la unanimidad de los legisladores, fue sancionado el 15 de diciembre de 2022 como Ley provincial 15.410.

De ese modo, Buenos Aires se convirtió en la primera provincia en incorporar a su legislación la figura de los consumidores hipervulnerables e instaurar un régimen ampliamente protectorio en su favor.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Es importante destacar que, como consecuencia de la adopción interna de la Resolución 11/21 del Mercosur, este texto normativo cuenta con estatus supralegal en nuestro país y se encuentra plenamente vigente en la actualidad.

<sup>12</sup> Un análisis detallado sobre este tema puede verse en Barocelli (2024b).

<sup>13</sup> Fue el caso, por ejemplo, de la provincia de Buenos Aires con la Resolución 36/2021 del Ministerio de Producción, Ciencia e Innovación Tecnológica.

<sup>14</sup> A su vez, mediante esta ley se solucionó un problema de larga data al actualizarse el monto que puede imponerse co-

La Ley provincial 15.410, a través de la modificación e incorporación de artículos en la Ley provincial 13.133, establece que el Gobierno provincial debe formular políticas enérgicas de protección al consumidor que deben acentuarse en favor de los consumidores hipervulnerables que pertenezcan a colectivos sociales desfavorecidos o en desventaja, tales como niños, niñas y adolescentes, adultos mayores, personas enfermas o con discapacidad, entre otros, que se vean afectados por circunstancias que provoquen especiales dificultades para ejercer con plenitud sus derechos como consumidores.

El texto normativo además indica que la acción gubernamental de protección a los consumidores y usuarios tendrá como uno de sus objetivos la implementación de políticas de inclusión y mayor protección en favor de los colectivos de consumidores hipervulnerables. Por lo tanto, se instaura la protección de estos sujetos como una política de Estado para la provincia.

Además, con el objetivo de fijar medidas de protección concretas en los procesos y dotar de herramientas efectivas a quienes deban juzgar los incumplimientos, se incorpora como novedad en la legislación argentina la posibilidad de duplicar las sanciones que se pueden imponer a los proveedores si al verificarse la existencia de infracción se constata además que fue cometida en contra de un consumidor hipervulnerable o colectivos de consumidores hipervulnerables. El sentido de esta norma es disuadir conductas abusivas en contra de los sujetos más vulnerables.<sup>15</sup>

## V - RETROCESO NORMATIVO: LA DISPOSICIÓN 137/2024

El 30 de mayo de 2024, la Subsecretaría de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, dependiente del Ministerio de Economía, dictó la Disposición 137/24 por la cual se deroga la Resolución 139/2020 de la Secretaría de Comercio Interior. La disposición instaura la denominación de "consumidor en situación vulnerable y de desventaja" referida a toda persona humana que, en atención a su edad, género, condiciones de salud u otras circunstancias sociales, económicas o culturales, sea o pueda ser en forma inminente pasible de cualquier afectación a sus derechos como consumidor en razón de su particular condición. A su vez, la norma reglamenta un nuevo procedimiento de actuación para el tratamiento de los casos de consumidores en situación vulnerable y de desventaja.

Es dable tener en cuenta que el dictado de esta disposición se da en un contexto en el

---

mo multa a los proveedores que vulneren los derechos de los consumidores, que pasó de entre 100 y 500.000 pesos a la suma móvil de 0.5 a 5.000 salarios mínimos, vitales y móviles.

<sup>15</sup>En este ámbito también es dable destacar que los múltiples proyectos de Código de Defensa del Consumidor que han sido presentados en el Congreso nacional contienen el reconocimiento y distintas disposiciones en favor de los consumidores hipervulnerables. Actualmente, el proyecto de ley nacional 3160-D-2024, de la diputada Inés Yutrovic, tramita en la Cámara de Diputados de la Nación y replica algunas de las disposiciones de la Ley provincial 15.410, con el objetivo de modificar la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor incorporando la figura de los consumidores hipervulnerables con una fórmula similar, y previendo la posibilidad de duplicar las sanciones ante los incumplimientos cometidos en contra de esos sujetos.

cual se produjo la derogación de copiosa normativa que tenía por objeto la protección y defensa de las personas consumidoras; tal como sucedió, por ejemplo, con el dictado de la Resolución 51/2024 de la Secretaría de Comercio del Ministerio de Economía el 29 de enero de 2024, por la cual fueron derogadas 69 normas relativas a ese ámbito.

En primer lugar, considero que desde un punto de vista formal habrá que analizar detenidamente si es válida, desde la óptica del derecho administrativo, la derogación de una norma que tiene el rango de resolución por otra que es una disposición.

Con independencia de las cuestiones formales, creo que el contenido de la Disposición 137/2024 contiene previsiones que son claramente regresivas desde una perspectiva de protección de los derechos de las personas consumidoras y usuarias. Y esto se da precisamente en un ámbito que no admite tal regresión, tal como fue oportunamente expuesto.

Creo que reemplazar el concepto de "consumidor hipervulnerable" con la más amplia y menos precisa categoría de "consumidor en situación vulnerable y de desventaja" implica un retroceso en la protección de los consumidores más vulnerables, ya que diluye la especificidad y el enfoque dirigido que ofrecía la Resolución 139/2020. Al no definir con precisión las características que determinan esta "vulnerabilidad y desventaja", se corre el riesgo de que muchos consumidores que previamente eran reconocidos como hipervulnerables queden ahora sin la protección especial que les era garantizada.

Debo enfatizar, una vez más, que todos los consumidores se encuentran en situación de vulnerabilidad y desventaja debido a la vulnerabilidad estructural que está presente en todas las relaciones de consumo.

Por otro lado, desde un punto de vista pragmático, me parece totalmente inconveniente reemplazar una denominación que ya está ampliamente reconocida y extendida en todo el país, tanto en el ámbito normativo como en el jurisprudencial y doctrinario. Sumado a ello, hay que tener en cuenta que aún se encuentra vigente la Resolución 1015/2021, que incorpora a nuestro ordenamiento la Resolución 11/21 del Mercosur, y ambos textos normativos contienen la denominación de "consumidores hipervulnerables".

Además, la Disposición 137/2024 elimina algunas de las obligaciones más estrictas impuestas a los proveedores bajo la Resolución 139/2020, como el deber reforzado de colaboración que debían prestar (previsto en el art. 4° de la derogada resolución).

Si bien es cierto que el procedimiento de actuación previsto en la disposición puede resultar de utilidad para el trámite de ciertos reclamos, considero que hubiera sido totalmente compatible con las previsiones de la Resolución 139/2020, y que de hecho lo podría haber potenciado. No se advierte la necesidad de eliminar una normativa ya arraigada con el propósito de implementar un procedimiento de características similares a las previstas en la norma que deroga y otras aún vigentes.



## VI - CONCLUSIÓN

A modo de breve conclusión solo resta reiterar la premisa que titula el presente artículo: debe garantizarse la protección de los consumidores hipervulnerables.

Esto es una obligación legal del Estado nacional, por cuanto el reconocimiento normativo de estos sujetos está amparado por el principio de progresividad propio de los derechos humanos, y porque su estatus y régimen protectorio tienen carácter supralegal por imperio de la Resolución 11/21 del Mercosur, que fue adoptada internamente mediante la 1015/2021 de la Secretaría de Comercio Interior.

También es un compromiso asumido por un gran número de jurisdicciones locales, tanto en el ámbito provincial como municipal, que han dictado normas adhiriendo o regulando específicamente medidas de protección en favor de estos sujetos.

Dicha labor es compartida por muchos magistrados que han desarrollado una jurisprudencia tuitiva, atendiendo a las particulares características y dificultades que tienen las personas para ejercer sus derechos como consumidoras.

Y, fundamentalmente, es una obligación moral de todos los que consideramos que la defensa de las personas consumidoras no es otra cosa que la defensa de todos los ciudadanos; y, por lo tanto, la protección de los consumidores hipervulnerables significa velar por aquellos que más lo necesitan.

## REFERENCIAS

- BAROCELLI, S. S. (2024a). Hipervulnerabilidad en las relaciones de consumo y en las políticas públicas de protección. Experiencia argentina y proyección internacional. *La Ley*, AR/DOC/520/2024.
- BAROCELLI, S. S. (2024b). Hipervulnerabilidad en las relaciones de consumo y en las políticas públicas de protección de los consumidores. A propósito de la disposición 137/2024 (SSDCyLC). *La Ley* 136.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (2023). Derecho de los consumidores y usuarios. Corte Suprema de Justicia de la Nación. <http://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/74/documento>
- GARZINO, M. C. (2022). Elementos estructurales de la categoría jurídica de consumidor en el derecho español y argentino. Definición legal y supuestos controvertidos de la condición de consumidor. <https://ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=b37e840fcc094a6a812b2017601c3fcb>
- TAMBUSSI, C. E. (2009). *El consumo como derecho humano*. UBA.



## A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA DE 1994

Por María Victoria Lorences<sup>1</sup>

Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, Argentina

**Resumen:** Un nuevo aniversario de la reforma constitucional argentina nos convoca a reflexionar sobre el impacto que han tenido en nuestro sistema jurídico-político todas aquellas modificaciones incorporadas.

### I - LA CONQUISTA REFORMISTA

Se cumplieron ya tres décadas desde la última reforma constitucional sellada en el Palacio San José, en Entre Ríos, que vino a plasmar la consolidación de los principios fundamentales que deben regir la legislación de nuestro país. Tres décadas desde el momento en que no solo los convencionales constituyentes reunidos en la provincia de Santa Fe decidieron –fruto del acuerdo– el fortalecimiento de los derechos y garantías ya consagrados constitucionalmente, sino la ampliación de estos por medio de la incorporación de nuevas bases. Aquellas que en materia institucional, política, organizativa, civil y jurídica han venido a demarcar un nuevo límite que no puede ser vulnerado por ningún Gobierno y que debe ser defendido de manera responsable por todos los que habitamos este suelo.

La "conquista reformista", o conquista producto de la reforma –sin entrar en detalles acerca del motivo que podría haber dado origen a la reforma, en un momento tan especial de nuestra historia y en el contexto de una democracia joven, incipiente, que debía defenderse con la herramienta más poderosa que cualquier nación puede tener, que es una carta magna que plasme la defensa de la misma–, debe obligatoriamente, a mi juicio, ser leída y valorada como el fruto del consenso político y jurídico más trascendente de los últimos tiempos.

---

<sup>1</sup> Abogada. Presidenta del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Lomas de Zamora. Profesora titular de Elementos de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora). Consejera titular mandato cumplido del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires, en representación del estamento de abogados de la matrícula provincial.

Una década después de la vuelta a la democracia, y en el marco de una región también víctima de enormes atropellos, nuestra nación debía dar muestras cabales de la consolidación del sistema democrático. Así fue que, a partir del artículo 37<sup>2</sup>, se manifestó uno de los principios constitucionales más emblemáticos y fundantes. El sistema democrático adquirió carácter firme, expreso, concreto, visible, convirtiéndose en base y en límite infranqueable para la protección de la misma Constitución, de los derechos y garantías que ella consagra y de las instituciones de la vida política. Nada de ello podría haber encontrado la luz sin el acuerdo de distintas voluntades, ideas y razones que, seguramente tras no pocas discusiones, han sabido interpretar la necesidad de un camino común.

Cada uno de los convencionales constituyentes que relatan su paso por ese momento de nuestra historia reciente subrayan el consenso como el elemento central que permitió la ampliación de derechos y la legitimidad del sistema institucional y político.

A partir de 1994, la legislación de nuestro país entró en una nueva etapa que marcó el rumbo de la legislación actual, la modernización del Estado y el derecho público argentino.

Si bien en un primer momento los ojos de todos se posaron en la cuestión vinculada a la elección directa del presidente de la nación y la posibilidad de reelección por un período, junto con el acortamiento de la duración del mandato presidencial y la consagración de la posibilidad de una segunda vuelta, los ejes centrales de la reforma fueron plasmados en la consolidación institucional. Junto al nuevo bloque de derechos y garantías<sup>3</sup> y a la inclusión de los tratados internacionales, se sumaron la atribución de autonomía a la ciudad de Buenos Aires, la incorporación de figuras como el jefe de Gabinete y el defensor del pueblo, la conformación del Consejo de la Magistratura y la Auditoría General de la Nación, la independencia del Ministerio Público, entre otros.

Merece realmente una mención aparte el compromiso expreso con los derechos humanos en respuesta a las violaciones cometidas por la dictadura, plasmado en la atribución de la jerarquía constitucional otorgada a los tratados internacionales sobre la materia, compromiso que nos valió el reconocimiento internacional y que, a través de las figuras del habeas corpus y habeas data terminaron de sellar una nueva y respetada impronta.

Como parte de los principios fundantes de esta nueva etapa posterior a la reforma, muchos han sido los aciertos producto del consenso indispensable en cuestiones tan trascendentes y fundantes para una nación. Entre estos cabe destacar que la letra de la actual carta magna, leída e interpretada a treinta años de su última modificación, ha logrado ir más allá del tema de discusión central de ese entonces –la reelección presi-

---

<sup>2</sup>"Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio".

<sup>3</sup>El reconocimiento expreso del derecho a un ambiente sano y a la sustentabilidad en materia ambiental, como así también el tratamiento expreso de la federalización de los recursos naturales, la protección a usuarios y consumidores, la acción de amparo, la igualdad de oportunidades, de posibilidades y de trato, y la no discriminación.

dencial— y ha envuelto a la Constitución en un sentido no solo democrático, sino también ampliamente igualitario.

En el camino también han quedado deudas pendientes, cuestiones que no han sido resueltas en su totalidad o han sido aplicadas de manera tal que no lograron la armonía que se pretendía entre el cuerpo normativo y el objetivo de contrarrestar el sentido verticalista de nuestra organización de poder. Ejemplo de ello son la Jefatura de Gabinete, la Auditoría General de la Nación, el Consejo de la Magistratura y la Defensoría del Pueblo. Más allá de la incorporación y el diseño de distintas figuras institucionales, la Constitución de 1994 mantuvo una organización de poder centralizada de la que no pudo desprenderse en la práctica, sin terminar de plasmar los ideales de un poder más distribuido que sepa contribuir a un sistema de mayores contrapesos.

## II - A MODO DE CIERRE

Las cuestiones que aún no fueron saldadas o las materias pendientes son justamente las que deben mantenernos alertas y activos a quienes tenemos la responsabilidad de conducir instituciones que agrupen a profesionales del derecho, como los Colegios de Abogados, promoviendo la utilización de las herramientas jurídicas que la reforma nos ha regalado.

Estamos obligados a aportar ideas constructivas a la hora de entender y respetar las funciones constitucionales asignadas a los órganos de poder, sin desvirtuar el sentido y el espíritu de la ley suprema y tendiendo a una interpretación siempre articulada del todo visto como una unidad.

Debemos también, en nuestra función formadora, dar a conocer y transmitir los logros y las deudas que nos ha dejado la reforma, producto de un contexto histórico singular.

Tenemos la responsabilidad de ser quienes nos animemos a efectuar aportes para el mejoramiento de las instituciones que consagra, y debemos ser los mismos que exijamos el no retroceso en cuando a los derechos y garantías adquiridos, ante cualquier intento normativo, poniendo en conocimiento y enfatizando que la letra de la Constitución habilita nuevos límites inquebrantables producto de nuestra propia historia.

El espíritu de diálogo, el consenso y la posibilidad de aunar esfuerzos en pos de superar diferencias que no permiten avanzar son, sin dudas, el mayor legado de la reforma de 1994.



## LA AUTONOMÍA MUNICIPAL EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, UNA DEUDA HISTÓRICA

Por Matías Duarte<sup>1</sup>

Honorable Senado de la provincia de Buenos Aires, Argentina

**Resumen:** El presente trabajo busca visualizar una deuda que nuestra provincia tiene en lo que respecta al reconocimiento efectivo de la autonomía municipal, generando un enorme desequilibrio entre recursos y funciones asumidas, además de un sinfín de conflictos de poder ante la incursión del Municipio en espacios de competencia del Gobierno provincial.

### I - INTRODUCCIÓN

La elección de este tema surge de la convicción de que los Municipios cumplen un rol fundamental en lo que respecta a la gestión pública en el ámbito local, dado que son actores indispensables en el desarrollo y el crecimiento de las comunidades. Es por ello que, para que su accionar sea satisfactorio e impacte de manera positiva en la vida de las personas, debe ser acompañado por una normativa que dote de herramientas concretas a quienes administran la comuna a fin de llevar adelante su tarea de manera eficaz, eficiente y transparente. Solo a partir de ello se podrá dar respuesta a las demandas de quienes viven allí y que día a día requieren la cercanía de un Estado presente.

Es innegable la transformación que en los últimos años ha modificado la vida del Municipio como institución de gobierno. Quienes hemos crecido en comunidades pequeñas del interior bonaerense sabemos que el Gobierno local, habitualmente denominado el mostrador más cercano, se ha ido complejizando y cargando de múltiples y amplias responsabilidades, muy diferentes de las que le dieron origen.

El Municipio de la década del setenta u ochenta, de una enorme simpleza administrativa y escasas responsabilidades, pasó a tener un lugar preponderante y decisivo en la vida cotidiana de las personas. Al punto de que nos cuesta distinguir, como ciudadanos,

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especializando en Finanzas (Facultad de Ciencias Económicas, UNLP). Diplomado internacional en Derecho Constitucional y Magistratura (Universidad Nacional del Oeste). Diplomado en Gestión Legislativa (Senado de la Nación Argentina, en convenio con la UNLP). Secretario legislativo de bloque (Honorable Senado de la provincia de Buenos Aires).

cuáles son las tareas que deben llevar adelante nuestros intendentes y cuáles son responsabilidades de otros estamentos, ya sean de competencia provincial o nacional.

Esto en gran parte se debe a que, más allá de las responsabilidades históricas que dieron inicio a las Administraciones municipales, estas han asumido en los últimos años tareas muy disímiles. Entre ellas, cuestiones relativas al comercio, el turismo, la cultura, el deporte, la educación, la seguridad, el ambiente y el desarrollo sostenible, obras y servicios públicos, el creciente consumo problemático, los sectores industriales planificados y tantísimos temas más, muchos de los cuales, más allá de que los plexos normativos los coloquen bajo estricta responsabilidad de la órbita provincial, en la práctica se encuentran dentro de las tareas que el Municipio debe afrontar.

Ahora bien, lo preocupante de esta enorme transformación es que todas estas nuevas responsabilidades, a partir de la transferencia de tareas, se han asumido en la mayoría de los casos sin recibir por ello más recursos económicos y con marcos regulatorios que datan de épocas muy distantes y requieren de una actualización inmediata.

En este punto es necesario hacer una mención breve de la reforma constitucional de 1994, con la cual se avanzó en el reconocimiento expreso del carácter autónomo de las Administraciones municipales, consagrando tal principio en el artículo 123, haciendo lugar a lo resuelto en numerosos planteos judiciales suscitados en la década del ochenta.

El artículo 123 debe conjugarse con el 5. En consecuencia, se interpreta la autonomía municipal como parte de la garantía federal.

Este avance en la autonomía municipal –institucional, política, administrativa, económica y financiera– intentaba consolidar la democracia en el ámbito local y optimizar la administración de los asuntos públicos a nivel municipal.

La reforma en lo que respecta a este instituto estableció que cada provincia, a través de su Constitución, establezca el alcance de dicha autonomía. Hecho que, si bien se dio en la mayoría de las provincias, lamentablemente no sucedió en Buenos Aires, dejándonos por treinta años en mora de esta necesaria reforma que cambiaría por completo la realidad de nuestros municipios y, por sobre todas las cosas, la de quienes vivimos en ellos.

Es decir que, cuando hablamos del marco normativo en nuestra provincia en lo que respecta a las Administraciones municipales, hacemos referencia a la sección séptima, "Del Régimen Municipal", que prevé nuestra Constitución. Redacción que data de la década del treinta, complementada por la llamada Ley Orgánica de las Municipales, que es un decreto ley de la década del cincuenta que ha sufrido decenas de modificaciones, perdiendo su sistematicidad, además de regular institutos que son anacrónicos.

## II- SITUACIÓN ACTUAL

La Constitución de la provincia de Buenos Aires es la única que, a diferencia de sus pares, se rige por un sistema de gobierno municipal autárquico. Este surge claramente del

análisis de los artículos 190 a 197, que establecen un esquema fuertemente restrictivo respecto de las atribuciones comunales. Así, podemos encontrar que su régimen institucional, político, administrativo, económico y financiero se ve predeterminado por el nivel provincial. En el aspecto institucional, el diseño de las instituciones municipales corresponde a la provincia, por ejemplo, al determinar los órganos deliberativos y ejecutivos.

Sin intención de hacer una exhaustiva muestra del régimen autárquico en la provincia, algunos casos permiten graficar las restricciones normativas con las que se encuentran estos Municipios, ya que, por ejemplo, sus funciones y atribuciones políticas vienen determinadas por la Legislatura provincial.

En lo referido al régimen municipal establecido en la Constitución de la provincia de Buenos Aires, es de destacar que no registra modificaciones desde 1934 y es organizado mediante la Ley Orgánica de las Municipalidades, Decreto ley 6769/58. En este sentido, los Municipios bonaerenses se ven impedidos de ejercer una autonomía formal, aunque por sus actividades diarias se puede observar que distan mucho de ser simples organizaciones administrativas territoriales.

Cabe mencionar que a lo largo de estas tres décadas desde que se produjo la reforma de la Constitución nacional se han suscitado diversos problemas que han dado fundamento a innumerables iniciativas legislativas de reforma constitucional provincial. Incluso a planteos judiciales, como los presentados durante la pandemia de covid-19 por algunos intendentes. Todo ello, con un único objetivo: lograr que los jefes comunales tengan mayor autonomía y, por consiguiente, más recursos que les permitan gestionar las soluciones a los problemas que día a día enfrentan. Porque, en definitiva, el Municipio es el Estado que se toca, es el primer mostrador al cual todo vecino acude.

Todo hasta aquí da cuenta de que nuestra provincia desde hace tiempo se encuentra inmersa en un proceso de debate público en torno a una necesaria e impostergable reforma política. Algunos plantean que es inviable continuar así, sugiriendo que la solución a gran parte de los problemas sería la división de la provincia. Otros apelan a la regionalización para fomentar y potenciar la producción, el crecimiento económico y el turismo.

Lo cierto es que esos debates requieren de un enorme consenso para lograr acuerdos políticos institucionales sumamente importantes. Un primer y fundamental paso sería dotar a los Municipios de mayor autonomía, permitiendo que cada uno, dentro de ciertos parámetros, pueda establecer sus reglas, toda vez que es muy poco razonable pretender que se imponga una misma normativa, diseño institucional y estructura a municipios en donde habitan millones de personas –cualquiera de los distritos que integran el conurbano bonaerense– y a otros con algunos miles –como los municipios del interior–. No solo la densidad poblacional de esos distritos hace que requieran de una normativa diferente, sino que también poseen realidades sociales muy distintas, diferentes recursos económicos, matrices productivas y promociones culturales, y una idiosincrasia muy diversa.

Todo ello permite aseverar la enorme necesidad y conveniencia práctica de flexibilizar las instituciones de acuerdo con las circunstancias de cada municipio y, de forma simultánea, de trabajar en la reestructuración de competencias municipales, comenzando a transitar un camino hacia una efectiva descentralización tributaria.

Sin lugar a dudas, hablar de autonomía municipal es hablar de asignación de recursos, por ello, es necesario desarrollar las implicancias que tiene la descentralización entendida como un proceso de reorganización de los espacios de poder de los Estados. La descentralización es un asunto que se encuentra pendiente de discusión en nuestro país –consecuentemente, en nuestra provincia– y que está muy presente en la agenda de los países de la región.

En las últimas décadas hemos sido testigos de que el estilo de política que ha caracterizado a nuestros Gobiernos ha sido mantener una fuerte concentración del poder, lo que ha tenido como resultado la desjerarquización de los Municipios y el consecuente empobrecimiento de la cultura democrática.

Dicho centralismo no solo tiene lugar por la retención excesiva de facultades, sino también porque muchas veces los procesos de descentralización se han llevado adelante sin un estudio previo de las competencias que realmente se deben poner en cabeza del Municipio. Por ello, cada decisión que implique la municipalización de determinadas competencias debe estar precedida de un severo análisis de los factores reales en los que se desenvuelven las Administraciones municipales. Es decir que el desafío no solo está en la simple descentralización, sino también en preparar a las comunas para recibir el cambio que implica la asunción de nuevas competencias tributarias.

### III - CONCLUSIÓN

La reforma de la Constitución nacional de 1994 trajo aparejado un nuevo régimen municipal que recogió los cambios que se venían expresando en las constituciones provinciales, la jurisprudencia y la doctrina. Este cambio quedó plasmado en el artículo 123, donde se reconoció la autonomía municipal, condicionando adjetivamente a los Municipios reconocidos previamente en el artículo 5.

No cabe duda de que el nuevo artículo 123 consagra explícitamente la identidad de un nuevo sujeto federal, el Gobierno municipal, con el alcance autonómico y constituyente que el precepto le atribuye. Nos encontramos desde aquel entonces frente a una oportunidad decisiva de ensanchar y enriquecer la efectiva descentralización del poder y de esa manera aportar una nueva dinámica a nuestro sistema.

Casi la totalidad de las provincias reconocieron este régimen, ya sea con anterioridad a la reforma o posteriormente, modificando sus constituciones, con la excepción de la provincia de Buenos Aires: desde el punto de vista formal, su Constitución todavía establece que los Municipios son autárquicos.



A pesar de estas limitaciones, en el plano material, los Municipios han generado políticas que exceden lo prescripto en la ley, y es por ello que resulta necesario y urgente proyectar la reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires para cumplir con la garantía federal expresada en el artículo 5 de Constitución nacional. Resulta un imperativo ético sentar las bases para el fortalecimiento de los Gobiernos locales y el inicio del nuevo tiempo de desarrollo local con participación ciudadana y equidad social.



## LA CUESTIÓN MALVINAS Y SU RANGO CONSTITUCIONAL

Por Sergio Gabriel Luaces<sup>1</sup>

Universidad Nacional del Oeste, Argentina

*La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.*

Constitución nacional argentina,  
Disposición transitoria primera

**Resumen:** A treinta años de que la cuestión Malvinas adquiriera rango constitucional a través de la Disposición transitoria primera de nuestra carta magna, reformada en 1994, compartimos una reflexión desde el seno del Proyecto de Investigación de la Universidad Nacional del Oeste denominado "Estrategia geopolítica del Estado nacional argentino, en función de la soberanía del territorio y los recursos económicos de las islas Malvinas, islas del Atlántico Sur y Mar Argentino. Período 2012-2027".

### I - INTRODUCCIÓN

La cuestión Malvinas refleja la disputa de soberanía entre nuestro país y el Reino Unido a partir de la ocupación ilegal británica en el territorio de las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares, ocurrida a partir del 3 de

---

<sup>1</sup> Abogado. Profesor titular de Derecho Internacional Público e Integración Regional (Universidad Nacional de José C. Paz). Profesor adjunto de Derecho Internacional Público y Privado (Universidad de Morón). Profesor adjunto de Universidad, Ciencia y Sociedad (Universidad Nacional del Oeste). Investigador en Soberanía y Malvinas como causa nacional (UNO). Maestrando en Investigación Científica (UM). Diplomado en Educación Superior (UNPAZ).

enero de 1833. Desde ese acontecimiento, Argentina reclama y afirma que la recuperación constituye un objetivo irrenunciable.

En el Instituto de la Cultura Popular y Pensamiento Nacional, esta línea de investigación se viene abordando desde diversas perspectivas. El objetivo es profundizar la difusión y concientización sobre las estrategias geopolíticas del Estado nacional argentino, buscando entender cómo estas impactan en la defensa de la soberanía. A continuación comparto algunas consideraciones al respecto.

## II - LA CUESTIÓN DE LAS ISLAS MALVINAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1994

La Disposición transitoria primera, incorporada por la reforma constitucional de 1994, establece la imprescriptibilidad del reclamo que nuestro país sostiene sobre las Malvinas, por ser parte integrante del territorio nacional. Ello obedeció a la necesidad de reforzar la visión integral y multidisciplinaria de una causa que nos une como nación y que debe trascender las ideologías de los Gobiernos de turno.

A efectos de abordar el origen constitucional de la Disposición, considero oportuno hacer un breve repaso de algunos puntos del discurso del presidente de la Convención Constituyente a instancias de dar tratamiento a esta temática, único orador que se refirió al tema:

No es ésta una mera declamación voluntarista ni una declaración rutinaria; se trata de una expresión genuina y legítima del pueblo argentino, a través de su máxima instancia legislativa como lo es esta Convención Nacional Constituyente ... Lo que hacemos en la primera parte del dictamen es ratificar nuestra legítima e imprescriptible soberanía sobre las islas, y luego, en la segunda parte, fijamos como objetivo irrenunciable del pueblo argentino la recuperación de ellas de acuerdo con los principios del Derecho Internacional y respetando el modo de vida de sus habitantes ... Pero esta norma no solo es para adentro; es también para afuera. Estamos notificando a todos los países del mundo que no vamos a claudicar jamás en nuestra reivindicación sobre las Islas Malvinas.<sup>2</sup>

En esa línea, es importante señalar que la cuestión Malvinas debe asumir una perspectiva integral desde el ámbito interno, sin interrupciones, y desde la dimensión regional, promoviendo su expansión continua, donde la Universidad participe activamente en el análisis de estas temáticas. Esta visión debe reflejar una causa colectiva que abarque a todos los argentinos, sin distinción de orientaciones políticas y sin fracturas en nuestros idearios. Por consiguiente, es fundamental mantener un examen de los aspectos relevantes de la política interna que han sido tratados por los diferentes Gobiernos en

---

<sup>2</sup>Disponible en: [https://www2.hcdn.gob.ar/export/hcdn/secparl/dgral\\_info\\_parlamentaria/dip/archivos/Extracto.pdf](https://www2.hcdn.gob.ar/export/hcdn/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/archivos/Extracto.pdf)

relación con las estrategias geopolíticas y la explotación de los recursos en las áreas circundantes.

En esta deliberación sobre la soberanía, no debemos considerar la economía como un aspecto separado de la política, dada la importancia del territorio en el desarrollo de una nación y sus repercusiones en la región latinoamericana. Esta perspectiva política y económica debe complementarse con un análisis de los aspectos jurídicos, tanto del ámbito nacional como del internacional, en el que todas las visiones se interrelacionen en pos de los mismos objetivos.

Subrayamos la necesidad de que las universidades contribuyan a visibilizar esta cuestión, comenzando con una perspectiva interna que oriente nuestras políticas exteriores hacia la recuperación de la soberanía sobre los territorios perdidos y sus áreas circundantes, evitando las antinomias que surgen en los Gobiernos de corte neoliberal, que, en lugar de atender a una causa del pueblo y cumplir con una disposición constitucional, generan el efecto contrario y desatienden la historia que representa el sentir de una nación.

Asimismo, es fundamental adoptar una perspectiva integral desde lo regional que se expanda en la mayor medida posible, de modo que se reconozca como un reclamo supranacional capaz de promover la cooperación de diversos sujetos y actores de la comunidad internacional, tanto de la región como de otras áreas afines. Esto se debe a que representa un caso contemporáneo de neocolonialismo, prohibido por las normativas internacionales. Por lo tanto, sostenemos la necesidad de transformar progresivamente la visión de la cuestión de la soberanía hacia una concepción que aborde la problemática desde un enfoque latinoamericano.

Desde la óptica universitaria que aborda la cuestión Malvinas como un compromiso ineludible, dado que la ciencia también conlleva aspectos de soberanía, el Instituto de la Cultura Popular y el Pensamiento Nacional de la Universidad Nacional del Oeste se plantea los siguientes objetivos en sus proyectos:

- Investigar y describir los programas y acciones implementados por los Gobiernos de la República Argentina en el marco de la soberanía económica sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares, las islas del Atlántico Sur, el mar Argentino y la Antártida durante el período de análisis.

- Caracterizar y evaluar la importancia de los recursos naturales del territorio estudiado en relación directa con la soberanía argentina sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares, las islas del Atlántico Sur y el mar Argentino.

- Detallar las políticas públicas relacionadas con la investigación, el desarrollo y la innovación tecnológica (I+D+i) orientadas a fortalecer la soberanía económica sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares, las islas del Atlántico Sur, el mar Argentino y la Antártida.

– Describir las acciones de la política exterior argentina (Cancillería, relaciones bilaterales, Mercosur, Parlasur, Unasur y Celac) en torno al fortalecimiento de la cuestión Malvinas como un asunto que involucra a todos los países periféricos de la región latinoamericana.

– Comparar las políticas públicas implementadas por los diferentes Gobiernos de la República Argentina desde el retorno de la democracia en 1983.

– Investigar la dinámica reciente de otros conflictos similares en América y el mundo que puedan servir como antecedentes para negociaciones relacionadas con la recuperación de la soberanía y el logro de criterios doctrinales y jurisprudenciales internacionales.

En una primera evaluación de las diversas rupturas en la política exterior en relación con la defensa de la cuestión Malvinas, podemos observar que el acuerdo Foradori-Duncan representó un respaldo a las ambiciones británicas, al eliminar los obstáculos para la explotación de los recursos en las islas –hidrocarburos, pesca, navegación y comercio–. No es casual que anteriormente, durante la década de los noventa, tampoco se haya mantenido un compromiso con la causa Malvinas desde la política exterior; por el contrario, se fortalecieron las relaciones de entrega de nuestros recursos a través de políticas de apertura económica y vínculos con otras potencias, por encima de la soberanía nacional en disputa.

Al enfocarnos en los antecedentes recientes de violaciones unilaterales y uso abusivo por parte del Reino Unido de las declaraciones conjuntas y acuerdos de entendimiento celebrados, que transgreden el espíritu y los objetivos de dichos acuerdos, podremos posicionarnos como una nación soberana en una mejor situación para cumplir con las numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>3</sup> y del Comité de Descolonización, que desde 1989 hasta la fecha aprueba anualmente una resolución en términos semejantes a las de la Asamblea General<sup>4</sup> que instan a las partes a negociar de acuerdo con las normas del derecho internacional respecto de la soberanía sobre el territorio en cuestión.

### III - PALABRAS FINALES

Es fundamental que, a treinta años de la incorporación de la disposición transitoria que otorgó rango constitucional a la cuestión Malvinas, continuemos fortaleciendo nuestra ciencia, investigación y desarrollo en esta causa. Esto implica articular con diversos sujetos y actores de la sociedad civil, tanto a nivel local como regional e internacional, a fin de reforzar nuestra política interna y su correspondiente marco normativo.

---

<sup>3</sup>Resolución 2065 (XX), de 1965; 3160 (XXVIII), de 1973; 31/49, de 1976; 37/9, de 1982, que se reiteró mediante las resoluciones 38/12, 39/6, 41/21, 41/40, 42/19 y 43/25.

<sup>4</sup>Véase: [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/folleto\\_la\\_cuestion\\_malvinas.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2021/12/folleto_la_cuestion_malvinas.pdf)

A su vez, es crucial evitar que políticas partidarias socaven el espíritu de la disposición a través de pactos y medidas antisoberanas e inconstitucionales que carecen del consentimiento del pueblo. Estas acciones, en lugar de cumplir con lo estipulado en la gran cantidad de resoluciones de la Asamblea General y el Comité de Descolonización, pueden permitir que el Reino Unido lleve a cabo acciones unilaterales de explotación de recursos, alejándonos así del imperativo de negociar sobre la controversia de soberanía sobre el territorio y perpetuando la situación colonial que lo afecta.

Las Malvinas fueron, son y serán argentinas.





# AUSPICIAN



Directrices para autores

