

EL CONSTITUCIONALISMO ARGENTINO EN EL ÚLTIMO MEDIO SIGLO

RICARDO HARO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EVOLUCIÓN METODOLÓGICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL.—III. CUÁLES FUERON LAS MODIFICACIONES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL.—IV. DIVISIÓN Y EQUILIBRIO DE LOS PODERES.—V. PODER EJECUTIVO.—VI. PODER LEGISLATIVO.—VII. PODER JUDICIAL.—VIII. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.—IX. LAS LIMITACIONES EXCEPCIONALES A LOS DERECHOS Y GARANTÍAS.—X. EL FEDERALISMO.—XI. EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL.—XII. A MODO DE CONCLUSIÓN.—XIII. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCION

Como es de suponer, atendiendo tanto a la amplitud y envergadura del tema propuesto como al breve tiempo asignado, y dada la naturaleza que implica un *relatorio* (1), es decir, un informe o relato referenciado, evidentemente se torna imposible pretender una presentación que abarque todos los cambios ocurridos en el último medio siglo, en las variadas y trascendentales materias que comprende el Derecho Constitucional, pues ello naturalmente exigiría no una sino varias exposiciones.

En cambio, deberemos constreñirnos a mostrar en el paisaje constitucional argentino entre los años 1941 y 1991, cuáles son en nuestro criterio, algunos de los signos o señales más destacados de la evolución y los tópicos en los que se han producido variaciones o modificaciones, sin osar encapsular en este relato, una versión completa y acabada de los cambios institucionales.

Por tanto dejaremos de lado citas doctrinarias y remisiones bibliográficas, para adentrarnos de lleno en el Derecho Constitucional Federal, sin olvidar

(1) El presente relatorio fue expuesto en el IX Encuentro de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Buenos Aires, en agosto de 1992.

el Derecho Constitucional provincial que encaró un vigoroso proceso constituyente reformador en el lapso que analizamos.

Ahora bien, como la *constitución formal* en su originario texto de 1853/60, sólo ha experimentado alguna mínima reforma como la de 1957, tendremos que ir a buscar los cambios producidos en el amplio campo de la *constitución material*, ya sea desde la perspectiva de los comportamientos institucionales, como de la legislación y especialmente desde la jurisprudencia constitucional, observando qué desarrollos ha experimentado la fisiología del *poder* en la realidad del régimen político argentino.

II. EVOLUCION METODOLOGICA EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL

Uno de los aspectos en que se vislumbra con perfiles inconfundibles la evolución del constitucionalismo argentino en la última cincuentena, es el referido al método gnoseológico del Derecho Constitucional, que de antaño se había limitado generalmente a un análisis preponderantemente exegético de la Ley Fundamental, siguiendo estrictamente los parámetros correspondientes al método de la ciencia jurídica.

El homenaje a nuestro recordado amigo, el profesor César Enrique Romero, lúcido constitucionalista y distinguido académico, destacamos lo que él llamó el *realismo jurídico*, proclamando que el estudio del Derecho Constitucional, debe ser abordado desde un punto de vista *realista*, que tenga en cuenta los diversos ingredientes de la realidad social e histórica y que junto a las formas normadas en la CN, esclarezca el funcionamiento efectivo de las instituciones, la verdad del régimen político. Es preciso —decía— superar los criterios dogmáticos propios del positivismo jurídico, porque la vida —en especial cuando se asiste a tiempos de transformaciones— no puede ser captada en fórmulas puramente lógicas. Citando a Jiménez de Parga, señala que el *enfoque constitucionalista* que destaca la importancia primordial de los documentos jurídicos básicos, debemos integrarlo con el *enfoque politológico* que complementa al primero con el examen de las fuerzas políticas que ponen en funcionamiento las instituciones («Introducción al Derecho Constitucional», Zavallía Editor, Buenos Aires, 1973, pág. 11).

Si bien con diversos matices, este realismo jurídico en el Derecho Constitucional encuentra sus vertientes, entre muchas otras, en el «sociologismo jurídico o positivismo social» de León Duguit, en el «institucionalismo» de Maurice Hauriou, en la «Teoría del Estado» como «ciencia sociológica» o «ciencia de la realidad» de Hermann Heller, manifestándose en los últimos tiempos en los constitucionalistas y politólogos españoles Luis Sánchez Agesta,

Pablo Lucas Verdú, Manuel Jiménez de Parga, el malogrado Jorge Xifra Heras —entre muchos otros— y los franceses como Georges Vedel, Georges Burdeau y Maurice Duverger que ya en 1948 intituló a su cátedra como de «Derecho Constitucional y de las Instituciones Políticas», denominación que más tarde se plasmó en el Decreto del 7 de marzo de 1954 y que progresivamente va logrando ecumenidad.

Por su parte, en la doctrina italiana es preciso tener muy presente el pensamiento de Paolo Biscaretti di Ruffia quien, conciliando superadoramente la concepción normativa de Orlando con la concepción institucional de Santi Romano a quien respalda plenamente, sostiene que la ciencia del Derecho Constitucional debe estudiar el Estado más en su aspecto institucional que en su vertiente puramente normativa, examinándola en la compleja y variada estructura de sus instituciones, en su efectivo perfeccionamiento diario, en su concreta y continua actividad, y no sólo limitándose a la mera exégesis de sus textos, a la simple interpretación de las normas jurídicas particulares, sin preocuparse de la vida que hierve activamente en torno al jurista, quien no podrá marginar los aportes de las ciencias no jurídicas (política, historia, filosofía, sociología, etc.), pues a menudo son presupuestos indispensables para obtener un conocimiento mejor y cabal de aquella multiforme realidad, dentro de la cual se llama al jurista y en nuestro caso al constitucionalista para desempeñar su actividad («Derecho Constitucional», Tecnos, 1973, pág. 75).

En esta misma orientación global y realista del Derecho Constitucional, es preciso destacar el muy valioso aporte de Germán Bidart Campos quien, inspirándose en el trialismo de conducta, norma y valor en el que Werner Goldschmidt apoya lo que llama «mundo jurídico», sostiene para el Derecho Constitucional que forma parte de ese «mundo jurídico» un estudio integral del orden de las conductas o dimensión sociológica, del orden de las normas o dimensión normológica y del orden del valor o dimensión dikelógica o justicia.

III. CUALES FUERON LAS MODIFICACIONES EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

En cuanto a las modificaciones normológicas, recordemos brevemente las siguientes: *a)* En 1949 se sancionó una amplia reforma de la Constitución Nacional, si bien con pocos años de vigencia y la única reforma por convención definitivamente incorporada fue la de 1957 con el artículo 14 nuevo y el correlativo agregado al artículo 67 *inc.* 11; *b)* En 1966, mediante la Ley de Facto 17032 se ratifica el Concordato con la Santa Sede, que vino a modificar los artículos 67 *inc.* 20 y 86 *incs.* 8 y 9 CN, «arreglando el ejercicio del patronato» (art. 67 *inc.* 19); *c)* En 1972 se sancionó la Enmienda de Facto que contenía

modificaciones a la parte orgánica, referidas a la constitución y al funcionamiento de los tres departamentos del gobierno federal y que sólo tuvieron vigencia temporaria al solo efecto de la instalación de los poderes constitucionales (mandatos uniforme y completos para diputados, senadores, presidentes y vice de cuatro años; elección directa con doble vuelta para tres senadores por provincia y el presidente y el vicepresidente); d) Finalmente cabe recordar la Ley 23.054 que en marzo de 1984 aprobó el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Ley 23.313, de mayo de 1986, que aprobó los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derecho Civiles y Políticos adoptados por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

IV. DIVISION Y EQUILIBRIO DE PODERES

Si analizamos el funcionamiento del principio axil de la división y equilibrio de los poderes, se observan lógicamente modificaciones en la idealista y dieciochesca concepción montesquiana, que inspirada particularmente en el objetivo de afianzar la libertad mediante la limitación del poder para proteger debidamente los derechos y garantías individuales ha debido asumir en el complejo mundo contemporáneo otro principio, como es el de la «eficiencia gubernamental», como regla áurea del gobierno moderno al decir de Meynaud.

Esta perspectiva ya estaba prefigurada en el visionario pensamiento de Alberdi, cuando establecía como valores fundamentales de la organización nacional, la necesidad de constituirse para el orden, la libertad y el progreso.

No parece antojadizo afirmar que uno de los signos de los tiempos que no podemos dejar de advertir es el arrollador crecimiento del poder en el estado contemporáneo y que Bertrand de Jouvenel supo presentar como un minotauro «que no ha cesado de acrecentarse a un ritmo acelerado» («El Poder», pág. 26) y que ha sido asumido por los poderes oficiales, pero también disputado y compartido por los poderes de hecho (factores de poder, grupos de presión, etc.).

Este crecimiento del poder se ha experimentado, lógicamente, también en la experiencia institucional argentina, crecimiento que se ha visto coadyuvado por un proceso de concentración del poder que, si en la distribución territorial aumentó las atribuciones del Gobierno central, en la distribución funcional, dicha tendencia concentradora se dio en favor del Poder Ejecutivo, dando origen, en este doble juego de transferencias de atribuciones, a lo que hemos dado en llamar la «desfederalización» del poder en lo estatal y la «ejecutivización» del poder en lo gubernamental.

Complementariamente, no parece infundado sostener que en la evolución del sistema político argentino se advierte, en los tiempos que transcurren, que la división y equilibrio de poderes se manifiesta, en su tradicional concepción, con un tono más atenuado en algunos órganos y más vigoroso en otros. En líneas generales, podemos afirmar en reseñada sentencia, que se afianzó el Poder Ejecutivo, que el Poder Judicial acrecentó su espacio como Poder del Estado y Tribunal de Garantías Constitucionales, y que se opacó en alguna medida la eficiencia del Poder Legislativo tanto en su función legisferante, como de control político. Veamos esta tesis un poco más explícitamente.

V. PODER EJECUTIVO

Quizá una de las manifestaciones más incontestables de la llamada «elefantiasis del poder» ha sido el notable crecimiento de las atribuciones del Órgano Ejecutivo contemporáneo, con una marcada preponderancia en la dinámica interna y externa del poder y en el funcionamiento equilibrado de los poderes que integran el gobierno. Ello ha provocado el llamado «liderazgo» del PE, lo que significa que así como en los siglos XVIII y XIX mostraron al Poder Legislativo como el eje sobre el que giraba la preminencia de la función gubernativa, ese eje se ha desplazado en el presente siglo hacia el Poder Ejecutivo, tanto en el presidencialismo unipersonal como en los gabinetes colegiados del parlamentarismo.

En este punto Alberdi también fue un claro visionario que clavando su observación en los antecedentes históricos y en la realidad social que le tocó vivir, exigía un «Ejecutivo fuerte» al que había que darle todo el poder posible, pero a través de la Constitución. Coincidentemente, pero muchos años antes, Hamilton advertía que «la energía del Ejecutivo es una cualidad sobresaliente en la definición de un buen gobierno».

Con base en la «constitución formal» y por obra de la dinámica de la «constitución material» en nuestro régimen político *el presidente es el detentador más sobresaliente del poder político*. Ello se debe a diversas circunstancias que, con César Enrique Romero, podemos sintetizar de este modo: a las cuatro jefaturas clásicas —la del Estado, la de la Administración Pública, la de las Fuerzas Armadas y la de la capital de la nación—, ya de por sí altamente vigorosas, debemos agregar, entre otras, las siguientes circunstancias: la conducción de las cada vez más intensas y decisivas relaciones internacionales; las reiteradas crisis económico-sociales; la centralización del poder en detrimento del federalismo; los reiterados gobiernos *de facto* con la consiguiente asunción de las funciones legislativas; la perentoridad y complejidad de los

problemas y de las demandas sociales; el progreso técnico y científico y la necesidad de la planificación («Derecho Constitucional», Zavalía Editor, 1975, tomo I, pág. 194).

Mención especial merece el cada vez más frecuente y amplio *ejercicio de facultades legislativas*, ya sea por delegación del propio Congreso, o por el excesivo uso de los reglamentos de necesidad y urgencia.

Pero por otra parte, a estas circunstancias que inciden en el órgano institucional es preciso sumar otras dos de relevante trascendencia en el fortalecimiento del PE argentino y que se refieren al órgano persona: *a)* De un lado, la titularidad de la Presidencia por hombres con talento para la jefatura o con carisma para el liderazgo, quienes supieron concitar a su alrededor amplia y fervorosa adhesión y consenso social; *b)* de otro lado, la concurrencia agregativa a las demás jefaturas que hemos señalado, la del Partido oficialista, con lo cual consolida en una misma persona el manejo y la conducción tanto del aparato gubernamental, como de la maquinaria partidaria (2).

VI. PODER LEGISLATIVO

Paralelamente a este crecimiento del PE que hemos puesto de resalto, se advierte un consenso generalizado respecto de la declinación del Congreso, tanto en su función legisferante como en la de control, declinación que conviene señalarlo, desborda no sólo el período que analizamos y ya se observa en los tiempos anteriores (MARIO JUSTO LÓPEZ, «El Poder Legislativo en la Argentina de 1930 a 1960», Edit. Sur), sino también el ámbito nacional para manifestarse con mayor o menor intensidad en la experiencia institucional de las democracias del presente siglo. Quizá a veces se han exagerado desmedidamente, por la amplitud y la intensidad con que se han formulado las críticas. Por lo demás, la crisis del Congreso se debe a diversas causas endógenas y exógenas que no es del caso analizar aquí, pero también se nos presenta como un epifenómeno de la crisis general del país.

Lo cierto es que, por ejemplo, en su función legisferante si bien los estudios estadísticos muestran una apreciable cantidad de proyectos de los legisladores, haciendo un análisis comparativo con los enviados por el PE tanto en sus aspectos cualitativos como en el logro sancionatorio, revela en este poder una notable preponderancia toda vez que se advierte que en el PE se han origi-

(2) Respecto del PE cabe recordar la elección directa del presidente y del vicepresidente a doble vuelta (ballotage) implementada en la Enmienda de Facto de 1972 y la sustitución de la secular Ley de Acefalía núm. 252 por la Ley 20.972 de 1975.

nado mayoritariamente las leyes más trascendentales que hacen a la gestión propia del gobierno nacional y que contienen las políticas referidas a los grandes temas que demandan la acción del Estado. Y en esto, se manifiesta cabalmente la preponderancia que brinda al PE el asesoramiento de una adecuada tecnoburocracia.

No parece infundado esbozar la siguiente pauta o principio que surge del análisis del comportamiento del Órgano Legislativo: la iniciativa de las fundamentales políticas legislativas le corresponde al PE con debate y control —en la toma de decisión— por parte del Congreso, como órgano representativo y deliberante; mientras que por el contrario, los legisladores tienen mayor incidencia en la promoción de las soluciones a determinados y circunscriptos problemas.

La experiencia confirma la propuesta, ya que quizá podrán los legisladores presentar proyectos globales de decisiones políticas, pero lo cierto es que mientras el Ejecutivo no asuma la problemática, los proyectos no tendrán andamiento.

De otro lado, se observa también un considerable aumento en la *delegación de facultades legislativas* por el Congreso en favor del PE, a la vez que una peligrosa asunción por el PE de atribuciones propias del Congreso, mediante los reglamentos de necesidad y urgencia.

Es necesario entonces reformular la función del Congreso en el país contemporáneo, para examinar en qué medida la mentada crisis parlamentaria ha hecho mella en su existencia, ya sea —como bien se ha señalado— en la disfunción real, en la deslegisficación creciente con ruptura en el equilibrio tradicional de los poderes o en la desinformación-control. Para superar el atascamiento habrá que pensar también en la profundización de un proceso de apertura, tanto a las necesidades reales de la sociedad, como el asesoramiento de los expertos. En otras palabras: el conocimiento acabado de los problemas y la elaboración de las soluciones técnicas que requieren, ayudarán a *legislar mejor y a controlar mejor*. Todo ello plasmado de un profundo sentido ético, en un trabajo responsable con eficiente idoneidad.

No dudo que los estudios y propuestas que dieron origen a la Enmienda de 1972, constituyen un valioso aporte en la búsqueda de una reinserción del Congreso argentino en la dinámica del poder republicano.

VII. PODER JUDICIAL

Si analizamos ahora la actuación del Poder Judicial, pero de manera particular de la Corte Suprema como cabeza de poder, percibiremos al más superfi-

cial examen, cómo sus principales roles como *Poder del Estado* y *Tribunal de las Garantías Constitucionales* han experimentado una progresiva y vigorosa presencia en el plano institucional como «poder moderador», asumiendo nuevos ámbitos para la actuación del control de constitucionalidad y perfeñando originales institutos en el Derecho Constitucional procesal, todo ello en la búsqueda constante de su correcta ubicación en el reparto de las competencias supremas del Estado y en la «custodia de los valores que la sociedad argentina le ha encomendado» («Zamorano», 1977, 298: 441 y 685).

Viene bien, en apoyo de lo que acabamos de afirmar, la opinión de Karl Lowenstein cuando señala que uno de los fenómenos más característicos en la evolución del Estado Democrático Constitucional es el ascenso del Poder Judicial a la categoría de auténtico tercer detentador del poder, con una marcada función de control de constitucionalidad, respecto de los actos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, y como árbitro en los conflictos entre otros detentadores del poder («Teoría Constitucional», Ariel, 1965, pág. 305).

No creemos equivocarnos cuando sostenemos que es el Poder Judicial, aquel que en la tríada gubernativa ha logrado mayor inserción y protagonismo en esta dinámica evolución que estamos pautando del Derecho Constitucional en el Régimen Político Argentino. Ello es así, si recordamos con Hughes que «la Constitución es lo que los jueces dicen que es» y concordantemente con Wilson, cuando observando la continua elaboración de su jurisprudencia constitucional declaraba que «la Corte Suprema es una convención reformadora permanentemente reunida».

Confirmando lo señalado podemos destacar entre las más valiosas innovaciones producidas por el derecho judicial, las siguientes:

a) En la década de los setenta se recepta la doctrina de los *poderes implícitos* que la Corte Suprema reconoce para sí como órgano superior y cabeza de uno de los poderes del Estado, poderes que les son connaturales e irrenunciables para salvaguardar el libre ejercicio y la eficiencia de la función jurisdiccional que la CN le atribuye al Poder Judicial («Pérez Smith», 21-XII-1978, y «Berrueta», del 19-III-1979).

b) Ampliando los ámbitos de ejercicio del control de constitucionalidad, se debe poner de relieve que en el arduo tema de las *cuestiones políticas*, la jurisprudencia de la CS ha avanzado prudente pero firmemente hacia una mayor justiciabilidad, lo cual nos permite augurar reajustes promisorios para obtener, no una esquematización utópica y rígida del tema, pero sí para lograr un enmarcamiento apropiado al alto rol político de un PJ que no puede resignar su peraltada función constitucional, pero tampoco debe erigirse en el supremo y exclusivo órgano de control de todas las actividades estatales. Baste señalar el avance de la justiciabilidad producido en temas como las cuestiones electora-

les —a partir de 1965— y en todo lo relativo a la interpretación y aplicación de las leyes electorales; en el procedimiento para la formación y sanción de las leyes o en el ejercicio del veto; en la apreciación de la forma republicana de gobierno y en las autonomías provinciales por conflictos de poderes locales; respecto de la suspensión de las garantías constitucionales y las atribuciones del presidente durante el estado de sitio; en aspectos referidos al funcionamiento de los tribunales locales de enjuiciamiento de magistrados, etc.

c) Continuando con esta línea ampliatoria del control de constitucionalidad, recordemos las dos nuevas causales que alcanzaron perfil definitorio en los últimos cincuenta años como habilitantes de la instancia extraordinaria de la CS: 1) La *sentencia arbitraria* por la gravedad y entidad de los vicios que la descalifican como acto jurisdiccional válido, controlándose de este modo la constitucionalidad de la propia producción jurídica del PJ (1909 en «Rey c/ Rocha»); 2) el recurso extraordinario por *gravedad institucional*, estándar jurídico que originado en 1930, logra plena configuración conceptual a partir de la década de los sesenta («Jorge Antonio» en 1960 y «Penjerek» en 1963), y que en lo medular, siempre implica que el interés de las partes litigiosas es excedido por graves y vitales implicaciones en el interés general y que ponen en peligro frustratorio derechos de naturaleza fundacional.

d) En cuanto a la reiterada negativa a ejercer un *control de oficio de inconstitucionalidad*, es oportuno poner de resalto que la CS, en su anterior composición, experimentó una notable deserción a la unanimidad, a través de la disidencia de los ministros Fayt y Belluscio, quienes se inclinaron a favor de su procedencia, como ya lo ha receptado en varios ordenamientos el constitucionalismo provincial. Este avance y la permanencia de dichos ministros en la actual composición del Tribunal, alientan la posibilidad no muy lejana de una razonable revisión de la tradicional tesitura.

e) Pero por el contrario se observan signos que tienden, no a restringir, pero sí a colocar en sus justos términos el ejercicio del control de superlegalidad. En este sentido cabe señalar, por una parte, la novedosa tesitura de la CS expuesta entre otros, en los casos «Strada» (F. 308/1-490, del 8-IV-1986) y Di Mascio (J. A. 1988-IV-682, del 1-XII-1988) en lo que interpretando el alcance del «tribunal superior de provincia» que prescribe el artículo 14 de la Ley 48, con fundadas razones ha declarado la necesidad de que el pronunciamiento sobre la cuestión federal lo efectúe siempre, de modo previo, el tribunal cabeza de poder en sede provincial. Por otra parte, y respondiendo también a la creciente «inflación recursiva extraordinaria» y a la necesidad de reajustar los mecanismos jurisdiccionales, corresponde destacar la creación del «*writ of certorari*» cuando la Ley 23.774, al fijar el nuevo texto del artículo 280 del Cód. de Proc. Civ. y Com. de la Nación, autoriza a la CS, según su sana dis-

creción y con la sola invocación de la norma, a rechazar el recurso extraordinario por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.

f) Actualizando doctrina que había tenido alguna invocación anterior por el Tribunal, y con base en la necesidad de una ineludible y perentoria resolución de la Corte en causas judiciales en las que se ventilan cuestiones de excepcional y suma gravedad institucional, el Alto Tribunal incorporó a su competencia material el instituto del *per saltum*, que le posibilita conocer y decidir en dichas causas, superando los ápices procesales que tomarían frustratorio el control de constitucionalidad a ella confiado. Los pronunciamientos —por escasa mayoría de la actual CS— se han formulado recientemente en los *leading case* «Dromi» y «González Herman», con fecha 6 de julio y 13 de septiembre, y 27 de noviembre de 1990, todos ellos, respectivamente. Este instituto ha sido ampliamente debatido en la doctrina y en los proyectos legislativos; y más allá de los fundados reparos y opiniones favorables, lo cierto es que una vez más la CS ha debido asumir un candente tema ante la omisión de la legislación adecuada por el Congreso.

g) Finalmente destaquemos dos innovaciones que se produjeron recientemente con manifiesta incidencia en el funcionamiento del Poder Judicial. El aumento del número de ministros de la CS a nueve, aumento que fue sancionado por la Ley 23.774 invocando una mayor agilización en las tareas del Tribunal y la *autarquía financiera del PJ* dispuesta por la Ley 23.853 del 27-IX-1990, estableciéndose una asignación de recursos de rentas generales equivalente al 3,5 de los recursos tributarios y no tributarios de la Administración Central y la fijación de varios recursos económicos específicos del PJ que enumera el artículo 3.^o (tasas judiciales, producto de la venta y locación de muebles e inmuebles afectados al PJ; efectos secuestrados en causas penales; etc.).

VIII. DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES

Amén de lo ya expuesto concomitantemente en acápites precedentes, en este eminente capítulo del Derecho Constitucional que tiene por objeto nada menos que consagrar las condiciones y garantías constitucionales para el libre ejercicio de los derechos mediante los cuales, cada hombre puede lograr la mayor plenitud posible de su realización personal, es oportuno recordar de modo reseñado los siguientes hitos de una marcha progresivamente afirmativa.

1) En primer lugar, destaquemos el incipiente *constitucionalismo social* del artículo 14 nuevo, como así también las leyes que ratificaron la Convención Americana de los Derechos Humanos de San José de Costa Rica y los

Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que han venido a explicitar más pormenorizadamente los nuevos contenidos y dimensiones que la evolución histórica de la humanidad reclaman para los derechos ínsitos a la dignidad de la persona humana.

2) En segundo lugar, señalemos la creación pretoriana de la *acción de amparo* —ante el inexplicable vacío legislativo y los numerosos antecedentes en la materia— instituto de superlativa relevancia para la protección sumaria de los derechos constitucionales y que el Alto Tribunal pergeñó en los conocidos casos «Siri» y «Kot» (1957/58) y que recién logró recepción normativa —paradójicamente— en la Ley de Facto núm. 16.986 (octubre de 1966).

3) Asimismo, este progresivo avance encontró un encumbrado hito en la Ley 23.098 que ha venido a dotar de una legislación moderna y completa al *habeas corpus* como garantía y proceso constitucional, introduciendo importantes innovaciones y amplitud en su función tuitiva.

4) Fecundo desarrollo otorgó la jurisprudencia de la CS a la *doctrina de la razonabilidad*, de lo razonable que según nuestra opinión es lo axiológicamente válido según las circunstancias de persona, modo, tiempo y lugar y en una armoniosa y jerárquica interpretación de todos los valores constitucionales, de forma tal que la razonabilidad se ha erigido sin más, en un módulo de constitucionalidad y su control judicial se ha extendido a todos los actos estatales para legitimar las restricciones a los derechos y garantías constitucionales, que puedan ser impuestas por las reglamentaciones normativas ordinarias o por las que puedan surgir con contenidos extraordinarios en las situaciones de emergencia del más variado origen.

5) En este creciente proceso de protección a los derechos humanos, merece especial mención la consagración que alcanzó el *derecho constitucional a la privacidad o a la intimidad*, como un avanzado desarrollo de los confines fijados por el artículo 19 CN, cuando la CS sostuvo *in re* «Ponzetti de Balbín» en 1983, que la libertad individual protege un ámbito de autonomía individual constituida por sentimientos, hábitos y costumbres, relaciones familiares, creencias religiosas y otros aspectos de la personalidad espiritual y física, en los que la Ley sólo podrá justificar su intromisión en función de valores superiores de las personas y de la sociedad.

IX. LAS LIMITACIONES EXCEPCIONALES A LOS DERECHOS Y GARANTIAS

La doctrina de la emergencia, de ecuménica recepción en los regímenes jurídicos y originada en extraordinarias circunstancias, fue invocada ya desde la

tercera década de este siglo y no dejó de manifestarse con nuevos rostros en el período que analizamos, ya sea en la legislación como en la jurisprudencia de la CS. Bien sabemos que *la emergencia está hondamente emparentada con la historia sociopolítica de este país* —quizá por el subdesarrollo, la inestabilidad y el estancamiento general— y con inusitada gravedad en la segunda mitad de este siglo, tiñendo con sus caracteres de excepcionalidad y suma gravedad, gran parte del quehacer nacional. Es por ello que a nadie sorprende que pueda hablarse de emergencia política, social, económica, educativa, previsional, agropecuaria, locativa, sanitaria, y así podríamos detectarla en los distintos ámbitos en que se desenvuelve la recurrente crisis de la sociedad argentina.

No es del caso analizar las situaciones coyunturales que se han sucedido. Basta solamente percibir cómo, en los tiempos presentes, estamos viviendo las turbulencias de una emergencia globalizadora, que todo lo ha penetrado y que no dudo los argentinos la transitamos esperando fervorosamente que constituya las vísperas de tiempos mejores.

La legitimidad de la emergencia se sustenta en la excepcionalidad tanto de las graves circunstancias que la originan, como de las restricciones razonables que impone inexorablemente a los derechos, en salvaguardia de intereses vitales de la sociedad.

A pesar de ciertas transgresiones, debe mantenerse incólume el principio según el cual la emergencia tanto en su declaración como en las superlativas restricciones que impone, debe tener siempre raigambre legislativa, pues no puede quedar a merced de la voluntad del presidente y menos aún de los organismos inferiores de la administración.

Estos principios tienen particular aplicación en el *estado de sitio* que los constituyentes previeron para las emergencias políticas y frente al cual no podemos soslayar el desenvolvimiento sustancial y robusto que la CS realizó del control jurisdiccional de razonabilidad, en defensa de los derechos y garantías constitucionales y en especial manera frente a los abusos del PE.

La tesis amplia e incontrolable de la suspensión de los derechos y garantías constitucionales, expresada por la doctrina tradicional de la CS *in re* «Bertotto» (F. 160-164), fue sustancialmente morigerada a partir de 1959, *in re* «Sofía» (F. 243-513), estableciendo respecto de la generalidad de las medidas de ejecución del estado de sitio, el control de razonabilidad a cargo de los jueces a fin de que meriten la relación de proporcionalidad existente entre la garantía afectada, la restricción impuesta y la conmoción originaria del estado de sitio, doctrina que se profundizó y explicitó por la CS del último período *de facto* —bueno es recalcarlo por el valor que implican sus fallos— cuando ampliando la aplicación de dicho control, también declaró la irrazonabilidad de arres-

tos, de negativas de opción para salir del país o de la imposibilidad de regresar con posterioridad (casos «Pérez de Smith» F. 298-339; «Zamorano» F. 298-441; «Tinmerman» F. 300-816; «Moya» F. 303-696 y «Solari Irigoyen» F. 305-269).

X. EL FEDERALISMO

En este tópico, nos parece oportuno poner de resalto las siguientes circunstancias que con su proverbial agudeza y sobrada versación sobre el tema, Pedro J. Frías señala en magnífico resumen que viene muy al caso recordar:

1) En primer lugar, el federalismo dual resistió menos. Ya la Ley Lainez que le permitió a la Nación mantener escuelas primarias en las provincias que se acogieran a su régimen, fue una excepción realista y escrupulosa, frente a la centralización incipiente.

2) En segundo lugar, como en los Estados Unidos, la gran depresión mundial que cambió duraderamente las reglas de juego que habían sido favorables al crecimiento argentino, inspiró regulaciones que aceleraron la burocratización centralizada del país.

3) En tercer término, la incorporación al Estado de una gran infraestructura económica de gestión deficiente, descompensó el equilibrio.

4) En cuarto lugar, la primera experiencia de federalismo concertado —la coparticipación federal impositiva— dejó penetrar al gobierno central en la Administración provincial, con una profundidad desconocida, porque en efecto, gracias a una participación irrisoria para el conjunto de las provincias, el Fisco Nacional fue rico durante cuatro décadas, rico y paternal: con los fondos con que las provincias hubieran podido hacerlas por sí mismas, el Gobierno Federal construyó carreteras, hidroelectricidad, hospitales y escuelas. Esta situación se modificó en 1973 y se deterioró paulatinamente hasta ser reemplazada por acuerdos de coyuntura que son una asignatura pendiente.

5) En quinto lugar, el federalismo cooperativo, a través de la actividad interjurisdiccional, doblada en acuerdos y entes interprovinciales, y en relaciones intergubernamentales, ha sido un renovador decisivo de la consideración debida a la vida local.

Creemos con Frías, que hay buenos auspicios para la reconstrucción del federalismo. La «desfederalización» ha tocado fondo y las tendencias se revierten. La comunidad académica confirma su atención a las autonomías. El Gobierno Central no «sucursaliza» a las provincias. La descentralización territorial del poder, no compromete la destinación nacional. El ciclo constituyente provincial, manifiesta la misma energía autónoma, a través de once

nuevos textos. El Acta de Reafirmación Federal de 1990 habrá coronado la recuperación del federalismo argentino, cuando una mejor gestión pública, coincida con la política actual de reforma del Estado y se supere la emergencia económica.

XI. EL CONSTITUCIONALISMO PROVINCIAL

Salvo la provincia de Buenos Aires, todas las demás reformaron sus Constituciones en el último quinquenio. Pero ahora nos referiremos de modo especial a los once textos de los últimos cinco años, que han sido fruto de un pujante, similar y expansivo movimiento reformista como fueron los casos de Jujuy, San Luis, Santiago del Estero, San Juan, Salta, La Rioja, Córdoba, Formosa, Río Negro, Tucumán y la novísima primera Constitución de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur.

El escaso tiempo de que disponemos nos obliga a exponer sólo los rasgos más sobresalientes de este proficuo ciclo constituyente, y que de comienzos, podemos caracterizarlos de la siguiente manera (3):

- 1) *Reafirmación de una concepción personalista.*
- 2) *Inspiración en el constitucionalismo social.*
- 3) *Diseño de un nuevo modelo federal.*
- 4) *Modernización de las estructuras del poder.*
- 5) *Ampliación de una democracia participativa.*

Veamos un poco más en detalle.

1) La concepción personalista se afirma en el pleno ejercicio de los derechos, junto a la libertad, la igualdad y la solidaridad como responsabilidad social. Se garantiza el acceso de todos a la Justicia, la educación y la cultura. Reafirmando las tradicionales, se han incorporado otras garantías, que hacen a los intereses difusos, la inconstitucionalidad de oficio, la protección ecológica, el debido proceso legal. También previsiones expresas contra la subversión institucional.

2) Una particularidad muy original lo constituye la circunstancia que las provincias se organizan como Estado social de Derecho, que resulta de la conjunción del Estado de Derecho liberal con el constitucionalismo social; de la libertad con la igualdad; de la propiedad privada con función social; de la libre iniciativa con solidaridad; del sistema representativo con participación popular.

(3) En este tópico me he servido de los conceptos y apreciaciones formuladas por Pedro J. Frías en «El proceso federal argentino», Córdoba, 1988.

3) Se puede inferir, a pesar de la ambigüedad e imprecisión de ciertos textos, las reglas de una economía social de mercado, porque junto a la propiedad privada inviolable, a la libre iniciativa y a alguna función supletoria del Estado, se pone la economía al servicio del hombre; porque el capital se orienta al crecimiento de la economía en función social; porque los beneficios son distribuidos equitativa y solidariamente; se excluyen los monopolios, la usura y la especulación; existe un planeamiento indicativo y se afirma el principio de subsidiariedad del Estado y la libre competencia, no obstante algunos resabios estatistas.

4) El pluralismo es la superación de la unidad y de la diversidad. La vida social es pluriforme aunque no todas sus expresiones sean igualmente buenas o verdaderas. Llevar a la «democracia plural a ser pluralistas» por la concordancia cívica que debe tender más a la unión que a la dispersión. En la sociedad participativa, cada uno contribuye al destino común, tanto animando la representación política con una mayor proximidad a los funcionarios electivos cuanto por sistemas de consulta popular o por una participación gradual y responsable en el sector público y en el sector privado. Algunas Constituciones organizan los Consejos Económicos Sociales, y en Córdoba el Consejo Asesor de los Partidos Políticos.

5) Los poderes autonómicos de las provincias han sido redefinidos en algunas Constituciones mediante la cláusula federal —sugerida desde tiempo atrás por Pedro J. Frías— observándose la gestión internacional por las provincias en sus intereses propios, los poderes subsistentes en los establecimientos de utilidad nacional, la gestión concertada interjurisdiccionalmente. Existe una generalizada reivindicación del dominio institucional de los hidrocarburos y demás minerales. Pienso que tiene valor trascendental esta reformulación del federalismo argentino, a partir de las propias raíces provinciales y de sus textos constitucionales.

6) En cuanto al Poder Legislativo y a pesar de la consolidada opinión doctrinaria, no prosperó el unicameralismo, destacándose las previsiones en orden al derecho parlamentario ya presente en la Enmienda Nacional de 1972, como la ampliación del período de sesiones, los trámites de urgencias, la sanción en comisiones, etc. Algunas facultan a las Legislaturas para otorgar instrucciones a los senadores nacionales en temas de interés provincial (Córdoba y La Rioja) y esta última establece procedimiento con referéndum popular para solicitar al Senado Nacional la destitución del senador. En San Juan se advierte una compleja categorización de leyes que dificultará su sanción, aplicación e interpretación. El Defensor del Pueblo ha tenido generalizada aceptación.

7) El Ejecutivo, a pesar de ciertos sectores de opinión favorable a su mitigación, salió por el contrario reforzado con el liderazgo que posibilita la re-

elección en la mayoría, y con sus funciones colegislativas, con el trámite de urgencia y los reglamentos de necesidad.

8) Sólo se asentó la independencia del Poder Judicial, mediante el nombramiento de los jueces con intervención de un Consejo de la Magistratura en algunas provincias, mientras que otras (Córdoba, v. g.) mantienen el sistema tradicional del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, con el peligro de politización desmedida. Salió fortalecida en varios textos la inamovilidad, por una mayor garantía dada la diversidad en la integración de los órganos destituyentes, mientras que en Córdoba, se dejó un Jury integrado con un solo magistrado y cuatro legisladores.

9) En cuanto al régimen municipal, inició con las reformas un ciclo definitivamente autonómico, sea porque estableció la elección popular de los intendentes (Salta), sea por la importante reasignación de recursos (Córdoba), sea por la atribución de autonomía funcional con el Municipio de Carta para todos (La Rioja), para los de más de 10.000 habitantes (Córdoba) y para los de más de 30.000 habitantes (San Juan).

XII. A MODO DE CONCLUSION

De este fugaz mirar retrospectivo podemos esbozar las siguientes conclusiones:

1. La división y equilibrio de los poderes deberá computar, junto al objetivo de proteger la libertad que le dio origen fundacional, el de asegurar *la eficiencia del gobierno* para lograr la igualdad y la justicia en el disfrute del bienestar general.

2. El Poder Ejecutivo ha seguido acrecentando el liderazgo y predominio institucional. Algunos entienden que habría que realizar ciertas modificaciones en su estructura, tanto para morigerar el Ejecutivo «fuerte y cesarista», como para dar mayor estabilidad a los gobiernos. Hace falta una buena dosis de imaginación política para lograr esa *morigeración sin menoscabar la función presidencial*. Quizá el tema pase por agregar a las existentes, otras formas de control del Congreso hacia la institución ministerial.

3. Frente al decaimiento funcional, el Congreso deberá afrontar una reformulación en sus funciones legislativa y de control, adaptándolas a los nuevos roles que la dinámica del sistema político requiere de los poderes en los tiempos que transcurren. Esta reformulación supone concurrentemente, una mayor cuota de sensibilidad hacia las demandas de la sociedad, de responsabilidad en el trabajo congresional y de eficiencia con la colaboración de expertos. Se trata de *legislar mejor y de controlar mejor*.

4. Se ha vigorizado la presencia institucional del Poder Judicial como el tercer *Poder del Estado* —con cabeza en la Corte Suprema— y *Tribunal de Garantías Constitucionales*. Nuevas dimensiones ha alcanzado su alta función política moderadora de las relaciones entre las instituciones de la República, mediante el control de constitucionalidad a las posibles exorbitancias tanto de los otros Poderes Federales como de los Provinciales. La deuda que el Poder Judicial tiene con la sociedad para no debilitar aún más la creencia social sobre la vigencia del valor Justicia, es lograr la eficiencia y celeridad judicial angustiosamente reclamada.

5. La recurrente crisis del federalismo normativo manifestada contundentemente en el federalismo real, acusa una esperanzadora e insinuante tendencia hacia la *reafirmación descentralizante del poder* y el desenvolvimiento de los poderes provinciales y las integraciones regionales, todo lo cual deberá asentarse en procesos de desarrollos sociales, culturales y económicos que deben encarar cada provincia en el marco de una auténtica y difundida política de crecimiento global.

6. Se advierte una mayor protección a los derechos y garantías personales y sociales, *afianzándose el garantismo constitucional* por obra tanto de las leyes y tratados que hemos mencionado en nuestro relato, como por un fortalecido control judicial a las extralimitaciones del Poder, mediante la creación de institutos procesales, estándares jurídicos y nuevas o recreadas interpretaciones judiciales. Pareciera que la sociedad está recuperando su correcta ubicación frente al Estado.

7. El constitucionalismo social, del que en la actualidad son abanderadas las Constituciones provinciales, tendrá en un futuro que incorporarse a la Constitución Federal, pero cuidando de receptor sus principios en normas cuadros, con gran recato en su redacción y evitando el barroquismo competitivo de los «catálogos de ilusiones». Dentro de un sobrio marco constitucional, debemos ser conscientes que el *Estado social de Derecho* debe ser fundamentalmente fruto de un proceso realista y armoniosamente progresivo, que tiene como principales y vigorosos actores a los «poderes constituidos», en manera especial a las funciones legislativa y administrativa, que deben remover los obstáculos e implementar soluciones concretas que hagan de la justicia social, un permanente objetivo en el mejoramiento de las condiciones sociales y en la calidad de vida de los hombres.

XIII. REFLEXION FINAL

Estas conclusiones que sólo pretenden reseñar la exposición de nuestro relatorio, no nos impiden advertir en el trasfondo del quinquenio que hemos ana-

lizado, las graves fracturas constitucionales de los períodos *de facto* con su grave carga psicológica-social de un sentimiento recurrentemente frustratorio para la experiencia democrática argentina. Esta presencia de diversos «gobiernos *de facto*» ocupó aproximadamente la mitad de los cincuenta años que analizamos, a los que debemos agregar muchas otras manifestaciones de lo que se ha dado en llamar «los procesos de desconstitucionalización». Nadie duda que todo ello se conjugó para abortar o al menos frustrar o estancar el desarrollo de una conciencia democrática en la sociedad que sólo puede lograrse mediante la efectiva vigencia y vivencia de las instituciones republicanas. No hay democracia sin demócratas, como no puede haber camino sin caminantes, porque «se hace camino al andar».

Ahora bien, cabe la pregunta: ¿Crisis de la Constitución o crisis de la sociedad?

Sin descartar falencias constitucionales, estamos persuadidos que la que está enferma es fundamentalmente la sociedad, en sus miembros individuales y grupales, en sus clases dirigentes, en el ser y en el quehacer de los argentinos.

Es preciso que tomemos cabal conciencia de ello, y no caigamos en el «fetichismo» racional normativista de que la Reforma de la Constitución va a cambiar o transformar la sociedad. Yo no dudo que el texto 1853/60 necesita adecuaciones al final del siglo xx. Pero tampoco dudo que la Constitución no es ni ha sido la causa ni la concausa de la crisis argentina, pues a fuer de ser sinceros y honestos, ninguno podrá afirmar que la Constitución ha sido un obstáculo para el desarrollo y crecimiento moral, político, social, cultural y económico del país.

No caigamos una vez más en el «facilismo» de evadir la realidad. No convirtamos a la Constitución en el «chivo emisario» de nuestras miserias personales, sociales e institucionales. O acaso la delincuencia económica y la corrupción; la violencia de unos y de otros; la mentira y la intolerancia; la ineficiencia generalizada; la falta de premios y castigos, y todas las lacerantes deformaciones axiológicas y éticas de nuestra diaria convivencia, ¿se corregirán por obra de la reforma constitucional?

Son los comportamientos humanos e institucionales los que debemos cambiar con serio compromiso, pasión republicana y fervorosa vocación por la excelencia, cualquiera que sea la tarea que desempeñemos, desde las más encombradas, hasta las más modestas. Trabajo, honestidad, idoneidad, en fin, responsabilidad ética.

Tenemos confianza, porque a pesar de todo y desde el reencuentro con la democracia, algo está cambiando en la Argentina.

Sólo así la Constitución «será la Nación y el pueblo hecha Ley» como lo afirmaba Juan María Gutiérrez. Sólo así, con Hermann Heller podremos afir-

mar «que la Constitución es una forma abierta, a través de la cual pasa la vida, vida en forma y forma que nace de la vida».

Vivamos sus creencias políticas, sus postulados y objetivos, las razones vertebrales de nuestro ser como Nación, y entonces la Constitución dejará de ser un mero texto formal, para convertirse en una realidad existencial, ejemplarizadora tanto para gobernantes como para gobernados.

Entonces sí habremos logrado promover y afianzar la vida de un orden de convivencia justo y democrático a través de la Constitución.

JURISPRUDENCIA
Estudios y Comentarios

