

# REVISTA DE DERECHO UNS

AÑO IV N° ESPECIAL



DEPARTAMENTO DE DERECHO  
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL SUR



ISSN 2314-0747

REVISTA  
DE DERECHO  
UNS AÑO IV N.º ESPECIAL

A 20 AÑOS DE LA REFORMA  
CONSTITUCIONAL



2015

**DIRECTORA:** María Laura Monterubbianesi  
**VICEDIRECTORA:** Patricia Sotile  
**SECRETARIO DE REDACCIÓN:** Leandro Kunusch

**CONSEJO DE REDACCIÓN**

Fernández Peña, Marcos  
Mondino López, Fiorella

**COORDINADORES DOCENTES**

Arruiz, Sebastián G.  
d'Empaire, Eduardo

**COMITÉ ACADÉMICO**

***Miembros externos***

Alvarez, Gonzalo (UBA)  
Amaya, Amalia (UNAM- México)  
Beloff, Mary (UBA)  
Bullain, Iñigo (Universidad del País Vasco)  
Cafferatta, Nestor (UBA- Instituto Planeta Verde)  
Candelario Macías, María Isabel (Universidad Carlos III de Madrid)  
Caumont, Arturo (Universidad de la República de Uruguay)  
Ciuro Caldani, Miguel Angel (UNR)  
Clérico, María Laura (UBA)  
Frustagli, Sandra (UNR)  
Giosa, Laura (UNICEN)  
Gomez Ligüerre, Carlos (Universidad Pompeu Fabra)

Hernandez, Carlos (UNR)  
Márquez, José Fernando (UNC)  
Nadalini, Gustavo (UNR)  
Otero, Juan Manuel (UNRN)  
Pou Gimenez, Francisca (ITAM- México)  
Seguí, Adela M. (Universidad Nacional de Tucumán)  
Sieckmann, Jan

***Miembros locales:***

Acciarri, Hugo Alejandro  
Ares, José Luis  
Arruiz, Mario  
Bouzat, Andrés  
Conghos, Eduardo  
Cortazar, María Graciela  
d'Empaire, Eduardo  
Irigoyen Testa, Matías  
Isoardi, Gastón  
Iuale, Corina  
López Camelo, Guillermo  
Martella, Ariel  
Navarro, Pablo  
Pazos Crocitto, Guillermo  
Peralta Mariscal, Leopoldo  
Zelaya, Mario

---

**Revista de Derecho UNS, ISSN 2314-0747, Año IV, N° Especial, 2015**  
Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur

Diagramación interior y tapa: Fabian Luzi



**Editorial de la Universidad Nacional del Sur**  
Av. Alem 925 - Tel.: 54-291-4595173 - Bahía Blanca  
ediuns@uns.edu.ar | [www.ediuns.uns.edu.ar](http://www.ediuns.uns.edu.ar)



Red de Editoriales de  
Universidades Nacionales

Bahía Blanca, Argentina, noviembre de 2015.  
©2015 Ediuns



## PRÓLOGO

La crónica de gestación y evolución de nuestra Constitución Nacional ha transitado por ríos de tinta y sangre derramados por doquier, deambulando por épocas de paz y también por otras de fuertes pujas de poder. Lo cierto es que los ciento veintinueve artículos que en la actualidad componen nuestra Ley Fundamental no son otra cosa más que el mismísimo producto de la historia social y política de nuestro país, comprendida por una pluralidad de períodos concatenantes.

Los primeros y sucesivos gobiernos patrios y la oleada de estatutos y reglamentos que entre medio de prósperos acuerdos, desencuentros, escisiones, y amenazas del exterior –caída de Napoleón, restauración de Fernando VII, conformación de la Santa Alianza- desembocaron en la declaración de independencia de la Liga de los Pueblos Libres -1815- y de las Provincias Unidas del Río de la Plata -1816-, y en la sanción de las primeras Cartas Constitucionales –en 1819 y 1826-, dieron cuenta del nacimiento del constitucionalismo en territorio argentino, de la mano de fuertes rivalidades entre monárquicos, republicanos, unitarios y federales. Esta pugna fue más tarde ganada por republicanos y federales, instalándose con vigor la causa federal de la mano de los caudillos López y Ramírez en Cepeda –batalla que desembocó en la caída de la unitaria Buenos Aires, precipitó la consolidación del constitucionalismo provincial, y provocó una disolución nacional signada por una política pactista interprovincial de unión federal-, y consolidándose bajo el ala rosista por medio del Pacto Federal y de los sucesivos sofocamientos de sublevación unitaria.

En este escenario de alianzas, desacuerdos y cruentas batallas que marcaron el destino del país y construyeron lentamente la unidad nacional con los aciertos, vicisitudes y particularidades que aun hoy en día presenta, el antagonismo de intereses y la dilación de la ansiada unión nacional llevaron al levantamiento de Urquiza frente a Rosas, desembocando la victoria del entrerriano en la sanción de la Constitución Nacional republicana, representativa y federal de 1853. Esta *Magna Charta* reconoció como directas influencias los pactos y ensayos constitucionales preexistentes –mencionados en el Preámbulo-, la Constitución estadounidense, la Constitución chilena de 1833, las Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina –Juan Bautista Alberdi-, El Federalista de *Publio* –Hamilton, Madison y Jay-, y Democracia en América –Alexis de Toqueville-. Pero no fue sino hasta 1860,

con las reformas propuestas por Buenos Aires como *conditio* para su incorporación a la unión, que adquirió plenitud de vigor la Constitución Nacional con vigencia en todo el territorio de la república.

Las cinco décadas que le siguieron no tardaron en convertirse en la piedra basamental en lo que refiere a la consolidación de las nacientes instituciones de la República y la construcción de una identidad nacional, tarea llevada a cabo por las figuras del Partido Autonomista Nacional. Este período, a su vez, fue protagonista de dos reformas constitucionales efectuadas con prontitud: la primera, en el año 1866, en virtud de la necesidad de asegurar el goce de los derechos aduaneros a la Nación –reservados previa y provisoriamente a la provincia de Buenos Aires-, y la segunda, en 1898, motivada por el alarmante aumento demográfico que se reflejaba en un inoperante aumento de la cantidad de representantes de la población en el Congreso. Mientras tanto, sendas tomas coactivas del sillón gubernamental fueron intentadas en este período –como la liderada por Tejedor tras las elecciones de 1880, y la intentada por la naciente Unión Cívica en 1890 con motivo de la maquinaria electoral fraudulenta de los conservadores firmes en el poder- aunque ninguna de ellas con éxito final.

Un nuevo período en la historia constitucional argentina no tardó en llegar. El Siglo XX, cargado de renovados ideales, fue testigo en sus inicios del ocaso de la cuestionada maquinaria electoral de los conservadores –por medio de la Ley Saenz Peña-, dando el gobierno acogida al radicalismo. Una oleada de proyectos de reforma de nuestra Ley Fundamental se avizoró en las primeras tres décadas del mentado Siglo, siendo los más relevantes los presentados por el socialismo –de la mano de Juan B. Justo-, el radicalismo –por Hipólito Yrigoyen y Marcelo T. de Alvear- y el Partido Demócrata Progresista –comandado por Lisandro de la Torre-. Sin embargo, ninguno de ellos obtuvo concreción en nuestro orden constitucional.

Mas el orden democrático no habría de durar. Se acrecentaron los rumores sobre una posible interrupción a su vigencia, mientras sectores militares y opositores planificaron lo que se convertiría en el primer golpe de Estado exitoso en nuestro país. Amaneció así el 6 de Septiembre de 1930 con nuevos integrantes en la cúpula gubernamental, y con ellos un cuestionado proyecto de reforma al Texto Supremo –que finalmente no obtuvo aprobación- que buscaba tanto reemplazar el régimen de democracia liberal por un régimen representativo corporativista como culminar con el voto universal, dando ropaje a un sistema de voto calificado.

Culminado este período de interrupción del orden democrático, y tras un fugaz retorno de los conservadores al poder, llegó el peronismo a la Casa Rosada, fuerza que no tardó en promover y concretar una profunda reforma al Texto Supremo en el año 1949, impregnando en ella los lineamientos que reflejaban su ideología en las esferas política, económica y social. Pero el territorio argentino fue pronto escenario de una segunda interrupción al orden democrático y constitucional –año 1955– que derogó la reforma efectuada ocho años antes, primero por decreto del Ejecutivo Nacional, y luego por medio de una Convención Constituyente cuya constitucionalidad fue cuestionada por haber sido las elecciones convocadas con proscripciones. Esa Convención, antes de su disolución, logró la inserción del valioso artículo 14bis a la restaurada Constitución de 1853.

A su turno, tras el retorno a la vida democrática de la mano del radical Frondizi, y luego de un infructuoso y tragicómico intento de tomar el gobierno por parte de sectores militares liderados por el General Poggi, llegó en el año 1966 una nueva interrupción a la vida democrática y constitucional del país que subordinó por decreto nuestra Ley Fundamental a los documentos emanados del grupo revolucionario –constituyendo estos el nuevo orden legal supremo-. En el ocaso de este golpe de Estado, y luego del trabajo de una Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Constitucional, en el año 1972 se enmendó provisoriamente la Constitución –con fecha de vencimiento de la reforma- a los efectos de regular por ella el llamado a elecciones del próximo año. Pero la restauración de la democracia y la renovada vigencia de la Constitución fue efímera: en el año 1976 se concretó un nuevo golpe de Estado que subordinó su imperatividad a los documentos del nuevo gobierno.

Desde 1983, la democracia y la vigencia de nuestra Ley Fundamental han retornado, y parecería ser que esta vez lo han hecho para quedarse. Han pasado ya más de tres décadas sin interrupciones ni efectivas ni frustradas al orden constitucional, habiendo acaecido en su transcurso crisis de las más variopintas, algunas profundas y otras no tanto, que pusieron a prueba la fortaleza de su vigencia. Pero la vuelta de la democracia trajo consigo una Constitución malherida, dañada por décadas de reformas y derogaciones de cuestionada constitucionalidad, y por un indiscriminado manipuleo de su vigencia, circunstancias que por entonces llevaron a muchos a la fuerte impresión de que en el clásico ejemplo del traje de Loewenstein, nuestra Constitución nos quedaba holgada. Es por ello que no sorprende que entre 1983 y 1990, más de una veintena de proyectos de reforma constitucional hayan coloreado un naciente y renovado fenómeno reformista.



Es en este contexto que llegamos a la reforma de la Constitución Nacional realizada en el año 1994, previa coalición en la Residencia Presidencial de Olivos entre los líderes de los dos partidos con mayor caudal de votos para ese entonces: Raúl Alfonsín, por la Unión Cívica Radical, y Carlos Saúl Menem, por el Partido Justicialista. Las bases sentadas esa jornada fueron solidificadas poco más tarde por medio del Pacto de la Casa Rosada, donde se establecieron Temas Habilitados para la discusión de su reforma o inclusión constitucional en el seno de la Convención Constituyente, y un Núcleo de Coincidencias Básicas, disponiendo la ulterior ley declarativa de la necesidad de reforma –sancionada por el Congreso Nacional- que el plexo de reformas integrantes de dicho Núcleo debía votarse por la Convención Constituyente por sí o por no, sin posibilidad de aprobaciones parciales –limitación de dudosa constitucionalidad-. Finalmente, la Convención Constituyente cumplió su labor en las ciudades de Paraná y Santa Fe, entre el 25 de Mayo y el 22 de Agosto de 1994, fecha última en la cual se sancionó la Constitución Nacional actualmente vigente en nuestro territorio.

Este brevísimo repaso histórico de nuestro Texto Constitucional, sus bases y sus raíces, no es producto de un capricho sin sentido, sino un paso previo e indispensable si lo que se busca es analizar con espíritu crítico las instituciones que hacen a la médula espinal de ese gran esqueleto que constituye nuestra organización nacional. Se trata, en definitiva, de conocerse a uno mismo, puesto que no es desacertado aseverar que el hombre es –al menos en parte- producto de su nación, y que ésta –al igual que su Constitución- es producto de su historia.

La presente edición especial de la Revista de Derecho UNS, motivada por el cumplimiento del 20avo aniversario de la última reforma de nuestra *Magna Charta*, pretende precisamente alcanzar modestamente ese objetivo; busca poner el acento, en forma analítica y crítica, sobre algunos aspectos centrales de la mentada renovación. Fruto del esfuerzo de las autoridades del Departamento de Derecho, de los profesores integrantes del Comité Académico, de los autores que elaboraron sus trabajos, y de aquellos alumnos que formamos parte de la dirección de la Revista, queda la presente obra a disposición del público más exigente: el lector.

Leandro Kunusch

Secretario de Redacción  
Bahía Blanca, septiembre de 2015

## INDICE

### »DOCTRINA«

#### **El Consejo de la Magistratura en la Constitución Nacional: blindaje al sistema de justicia y control constitucional**

Federico D. Arrué ..... 23-26

### »ENSAYOS«

#### **La Reforma Constitucional de 1994 y sus proyecciones sobre el acceso a la justicia administrativa**

Facundo Bayer..... 29-37

#### **La protección al consumidor en el vigésimo aniversario de la reforma constitucional: Mecanismos De Protección y garantización de los derechos**

Marcos Fernández Peña ..... 39-47

#### **El acceso a la justicia y el reclamo por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

Gastón Alejandro Zoltko ..... 49-57

#### **El Futuro Constitucional**

Paola González ..... 59-62

### »ENTREVISTA«

#### **La implementación del juicio por jurados en nuestro sistema procesal penal: entrevista al Dr. Alberto Binder**

Leandro Kunusch ..... 65-73

**Indicaciones para el autor** ..... 75-76

...

**Reglas de estilo** ..... 77-78

...



»DOCTRINA«



**EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA  
EN LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:  
BLINDAJE AL SISTEMA DE JUSTICIA  
Y CONTROL CONSTITUCIONAL**

Federico D. Arrué\*

*SUMARIO: 1. Introducción. 2. Constitución y Democracia. 3. Los posibles guardianes de la Constitución. 4. El sistema argentino y sus controversias. 5. Conclusión*

## **I. Introducción**

Entre los debates que marcaron la agenda política argentina del año 2013 sin dudas se encuentra el concerniente a la reforma del sistema de elección de los jueces nacionales. A las controversias en torno a la sanción de la ley han de sumárseles las suscitadas por la decisión de la Corte Suprema de declarar inconstitucional la esencia de la reforma. La polémica en cuestión es una arista de la conocida disputa entre democracia y Constitución vinculada al conflicto a veces manifiesto entre dos poderes del Estado: el legislativo y el judicial.

Desde este breve trabajo intentaremos organizar algunas líneas centrales del referido debate con referencia puntual al sistema argentino y la gran prudencia que, a veinte años de la Reforma Constitucional, demostró haber sido la constitucionalización de las pautas de selección de los integrantes del Consejo de la Magistratura.

---

\* Abogado, Magíster en Derecho y Especialista en Derecho Penal (UNS, 2009, 2014 y 2015). Docente de las cátedras de Filosofía del Derecho y de Ciencias Políticas, U.N.S. Profesor del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires y de las Escuelas Medias de la UNS. Letrado del Ministerio Público Fiscal de la Provincia de Buenos Aires.

## II. Constitución y Democracia

### II.1. La Constitución como imitación a las decisiones mayoritarias y base para el aumento del poder relativo de las minorías

En una democracia el conjunto del pueblo gobierna a partir de la aceptación de un sistema de mayorías. Sin embargo en las democracias modernas dicho gobierno suele estar limitado por una Constitución de modo tal que la mayoría no puede decidir libremente sobre algunas cuestiones del Estado.<sup>1</sup>

Entonces cuando existe una Constitución creada a partir de la voluntad ciudadana estamos frente a una autolimitación. Es decir, por mayoría se ha determinado que algunas cuestiones no serán ya decididas por la mayoría sino que serán quitadas del debate político.<sup>2</sup>

En relación a los derechos recogidos en la Constitución se construye un *coto vedado*. Sobre ellos no puede avanzar la mayoría, representada por el legislador electo. Esos derechos están, puede decirse, *atrincherados*.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, cuando una Constitución recoge que *nadie está obligado a declarar contra sí mismo* le está diciendo a la mayoría que aunque sea su deseo manifiesto no puede legislar de modo tal de hacer surgir dicha obligación.

<sup>2</sup> Sin embargo puede entenderse que no corresponde hablar de una autoinhabilitación en sentido estricto pues la sociedad que sanciona la Constitución –la que se autolimita– no es exactamente la misma que se ve limitada por ella. No hay una identidad de sujetos. El pueblo constituyente, desde el pasado, afecta el gobierno de los ciudadanos presentes al restringirlos. Y este “gobierno de los muertos” no puede tampoco justificarse aludiendo a que el pueblo constituyente contaba con una situación excepcional de lucidez que lo eleva por sobre el pueblo constituido. Por el contrario muchas Constituciones han sido sancionadas en épocas de crisis e incertidumbre.

De allí que pueda negarse que la constitucionalización sea una expresión de la llamada “estrategia de Ulises”. El rey de Ítaca, para oír el canto de las sirenas, ordenó ser atado al palo mayor de su nave no debiéndosele soltar aunque él posteriormente así lo ordenara. Porque mientras escuchara a las sirenas estaría fuera de sí y su deseo de soltarse sería para arrojarse al mar y morir. A diferencia de lo que ocurre con el pueblo constituyente y el constituido, Ulises era el mismo sujeto antes y después de la autoinhabilitación, y claramente al momento de realizarla estaba en mejores condiciones síquicas que al someterse a ella.

<sup>3</sup> De un análisis más profundo surge que el impedimento que crea la constitución en relación a algunas cuestiones no es absoluto sino relativo. Es una cuestión procedimental, dado que la mayoría de las Constituciones modernas pueden ser modificadas por un procedimiento especial. Entonces no es correcto decir que un derecho consagrado en una Constitución sea inamovible, sino que se debe entender que puede ser modificado haciendo un paso previo. Quienes, por ejemplo, en la Argentina afirman que la pena de muerte no puede ser instaurada en el país porque lo impide el Pacto de San José de Costa Rica –que posee jerarquía constitucional– incurrir en un error. La pena de muerte puede ser instaurada perfectamente en la Argentina previa denuncia del mencionado Pacto por el proceso que la misma Constitución

Lo que podría ser entendido sólo como una dificultad de índole temporal –por el tiempo que implicaría cambiar la Constitución- no es tal dado que para que exista una reforma constitucional generalmente son requeridas mayorías especiales. Esta exigencia le da un papel central a la minoría democrática en todo cuanto refiera a los derechos constitucionales.<sup>4</sup> Se distorsiona así la idea de igualdad.

## II.2. Los beneficios de la Constitución

Cuando una sociedad se incapacita o se inhabilita para determinadas cuestiones la limitación no debe ser entendida solamente como una autolimitación de la sociedad a la sociedad misma. Es decir: no sólo debe verse como un sujeto que se restringe a sí mismo sino que los diferentes individuos que componen la sociedad se restringen mutuamente. Renuncian a parte de sus derechos para obtener seguridad y poder actuar con algún tipo de conocimiento del futuro.<sup>5</sup>

---

prevé. La imposibilidad de aplicar la pena de muerte, pues, no es una imposibilidad de carácter jurídico. A lo sumo es una imposibilidad relativa y desde una perspectiva pragmática: en atención a las consecuencias a nivel internacional que acarrearían la derogación del mencionado Pacto de San José.

En contra de lo antes dicho pueden ubicarse quienes argumentan a favor de la existencia de determinadas *cláusulas pétreas* en la Carta Magna, aunque ésta no hace referencia a tales.

<sup>4</sup> Porque las minorías pasan a ser necesarias para formar un “grupo ganador” que pueda modificar la Constitución. Tiene por lo tanto un poder de veto que ejercen con sólo negar su apoyo para la conformación de la mayoría especial necesaria para la reforma.

Veámoslo con un ejemplo simplificado. Si el partido “A” tiene el 70 % de los votos, y por lo tanto de los escaños en un Congreso o Parlamento, y el partido “B” tiene el 30%; si para modificar un derecho recogido por la constitución se necesita una mayoría del 75%; entonces, -siempre que haya disciplina partidaria- para esa cuestión, los dos partidos tienen el mismo poder. Porque ninguno puede nada sin el otro. El partido “B”, que es la minoría claramente, tiene poder de veto. Situaciones mucho más complejas e interesantes podrían darse analizando las formaciones parlamentarias y las mayorías necesarias para tomar las decisiones, a través del índice de Banzhaf. Este cálculo fue inventado por el matemático inglés Lionel Penrose en 1946 y reformulado por el abogado y matemático norteamericano John F. Banzhaf III en 1965. Permite calcular el poder relativo de cada persona o conjunto deliberante. –por ejemplo, un grupo de accionistas, o grupos parlamentarios-. Cada cual, tendrá más o menos poder según las combinaciones de mayorías a las que pueda hacer ganar con su apoyo. En el ejemplo anterior, por demás simplificado, los partidos “A” y “B” tendrían cada uno un poder de 1, porque sólo podrían legislar uniéndose al otro partido. Tendrían una sola posibilidad cada uno. Y, generalmente, el cambio constitucional requiere también de algún procedimiento especial, que, dependiendo de su complejidad, contribuye a dificultar dicha modificación.

<sup>5</sup> En el ámbito del Derecho Penal, por ejemplo, cada persona consigue la garantía de no ser torturado y de tener un domicilio inviolable renunciando a la posibilidad de prevenir, descubrir o castigar algún crimen mediante la tortura o la violación de un domicilio. Adquiere la presunción de inocencia al precio de aceptar que del mismo modo cualquier otro individuo



A partir de estas certezas –resguardadas bajo el marco férreo de la Constitución– los ciudadanos desarrollan su cotidianeidad.<sup>6</sup>

La seguridad de la Constitución es relevante fundamentalmente para las minorías. Éstas son las que pueden estar amenazadas por una decisión legislativa impulsada por la mayoría que les sea adversa. Difícilmente la mayoría legislaría en contra de sus propios intereses.<sup>7</sup>

La constitucionalización tiene por función también defender el sistema democrático. En un sistema democrático sin Constitución nada impediría que la mayoría decidiera ya no elegir por mayoría.<sup>8</sup> No *no elegir por mayoría determinadas cuestiones* sino no elegir más por mayoría *ninguna* cuestión. La mayoría podría, por ejemplo, elegir a un rey absoluto y perpetuo sin reservar para el pueblo ninguna función.

---

que no es declarado culpable en juicio debe ser tenido por inocente aunque su caso sea dudoso. Se asegura la posesión de una esfera de acción privada en cuanto no afecte a terceros a cambio de la veda a intervenir en las acciones privadas de los otros aun por medio de las mayorías democráticas.

<sup>6</sup> Es verdad que no existe identidad de sujetos entre el constituyente y el constituido: la sociedad que renuncia poder legislar de determinada manera no es la misma que se ve afectada por esa restricción. Pero en este punto debe atenderse también a una verdad natural: las generaciones humanas no cambian de manera ordenada y sincrónica. Cualquier cambio en las reglas básicas afectaría a quienes ya habían comenzado a conducirse conforme ellas.

También es correcto que al momento de sancionar una Constitución la sociedad no tiene un estado de lucidez excepcional del que luego es privada. Pero esto no quita que la Carta Magna sea efectiva en su intento de dar seguridad y certeza. Para corregir los eventuales errores o los anacronismos de una constitución, en general existen mecanismos de reforma, a los que haremos referencia más adelante.

<sup>7</sup> Pero todo ciudadano es en potencia una minoría según el parámetro con el que se demarque esta categoría. Quien no sea una minoría racial o religiosa puede ser minoría por su educación –si es analfabeto o profesional–. O por su posición económica: –muy rico o muy pobre–. O por su orientación sexual o preferencias de algún tipo. O por sus discapacidades. O por vivir en determinado lugar. O por tener un trabajo con alguna característica especial. O por su ideología. ... Y, quienes no sean minoría en ningún aspecto, paradójicamente, serán minoría precisamente por ello. Y, en cualquier caso, tendrán entre sus afectos a alguna persona que efectivamente pertenezca a alguno de estos grupos minoritarios. Cuando se protege a las minorías no se está protegiendo a un grupo determinado y fijo de personas, sino a todo ciudadano en algún aspecto. Todos nos vemos amparados por una seguridad jurídica especial porque siempre podrá formarse un grupo mayoritario en algún sentido que nos deje como minoría y expuestos sus caprichos. Obviamente pude que el sistema proteja más a unos que a otros. Pero en ese caso, el problema es de *ese sistema*, y no del sistema de constitucionalización como tal.

<sup>8</sup> La mayoría también podría elegir, por ejemplo, seguir gobernando por mayoría pero suprimir la división de poderes, característica central de los Estados democráticos modernos.

Por lo tanto la constitucionalización de la democracia es una forma no democrática de proteger la democracia. Obviamente esto implica una paradoja. Quien pretenda asegurar el sistema democrático debe aceptar fijar una pauta antidemocrática. Y quien quiera mantenerse fiel a ultranza al principio democrático de elección por simple mayoría debe soportar el riesgo de que ese sistema democrático decida por simple mayoría dejar de ser tal.<sup>9</sup>

De lo antes dicho surge que hay razones para que algunos derechos sean elevados a jerarquía constitucional. Sin embargo también es bueno que la Constitución pueda cambiar. Que el sistema de constitucionalidad funcione no implica que el sistema particular que cada Estado ha consagrado sea necesariamente justo o acorde a la situación actual de dicho Estado. Por lo tanto corresponde dejar abierta una *válvula de ajuste*. Es decir: permitir que una mayoría calificada haga cambios en las reglas básicas de juego.<sup>10</sup> Nos resta ahora analizar cómo y quién garantiza o debe garantizar el cumplimiento de los derechos consagrados en la constitución.

### III. Los posibles guardianes de la Constitución

#### III.1. La mayoría como garante de los derechos consagrados

Por *la mayoría* debe entenderse aquel o aquellos funcionarios que son electos y representan a la mayoría de la ciudadanía. Entiéndase: el Congreso o Parlamento.<sup>11</sup> Como ya hemos visto los derechos constitucionales protegen a las minorías del poder de la mayoría. Si el Congreso o Parlamento –la mayoría-

---

<sup>9</sup> Piénsese por ejemplo en la llegada al poder del partido Nacionalsocialista de Adolfo Hitler, en Alemania. Su ascenso fue democrático pues representaba a la mayoría. Y desde el poder dismanteló el sistema en función del cual gobernaba.

<sup>10</sup> Obviamente, entre un sistema donde no existan derechos constitucionales y otro donde la constitución sea pétrea habrá distintos puntos medios, conforme la mayoría calificada y el número que se exija para modificar la constitución. Cuando se quiera mayor seguridad, la mayoría será mayor y el procedimiento más complejo. Cuando se quiera flexibilidad, revisión y adaptación, la mayoría será menor –pero superior a una simple mayoría absoluta- y el procedimiento más sencillo. Si el cambio estuviese completamente vedado cualquier reforma que la inmensa mayoría de la ciudadanía pretenda deberá hacerse por una revolución. La inmodificabilidad de la Constitución de Honduras produjo una crisis política en el año 2009.

<sup>11</sup> La Constitución Francesa de 1825, por ejemplo, preveía la revisión de las leyes por el Senado. - También pueden crearse otros órganos, diferentes al poder legislativo, que fuesen electos por mayoría y que tuviesen la función de velar por el cumplimiento de los derechos constitucionales. Pero no dejarían de encarnar un control político: como representantes de la mayoría les caben las críticas –y también los reconocimientos- que al Congreso o Parlamento.

debe velar por su propia limitación entonces –como dice Bayón, aunque luego intenta rebatirse- esto sería como *poner al lobo a custodiar las gallinas*.

La mayoría tendrá un parámetro pero no otra autoridad que la limite. Podrá decirse que “hizo mal” o “violó la Constitución” pero no habrá modo de subsanar el acto pues la mayoría misma lo ha dado por bueno.<sup>12</sup>

El órgano de control podrá avalar la violación a la Constitución por error pero también por interés. Como fue elegido por la mayoría y pretende –en gran parte de los casos- ser reelecto por esa mayoría mal puede esperarse de él plena imparcialidad. Esta es la gran desventaja del sistema.

### **III.2. Un órgano no mayoritario como guardián de los derechos constitucionales**

Por *órgano no mayoritario* debe entenderse cualquiera que no sea representante directo de la mayoría. Quedan descartados por lo tanto el legislador y el poder ejecutivo –a excepción de los Jefes de Estado vitalicios-. La labor de estos órganos será determinar si las decisiones de la mayoría afecta la Constitución.

En los Estados modernos el control de constitucionalidad suele estar en manos de los jueces. No es relevante en principio aquí si el poder de control es centralizado o difuso.

Obviamente su decisión podrá ser errada a raíz de un análisis incorrecto. O incluso podrá ser fruto de sus convicciones morales.<sup>13</sup> Pero, en general, no tendrá una motivación política fuerte. Esta es la gran ventaja del sistema.

La desventaja de este sistema es la contracara de su ventaja. El juez es un órgano ajeno a la mayoría y por lo tanto agresivo al sentido más puro de la democracia. Al ataque a la democracia que de por sí significa la constitucionalización –que limita a la mayoría- se le suma un segundo ataque que es el control de estos derechos constitucionalizados por parte de un extraño a la mayoría.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Es conveniente aquí tener en claro la distinción que hace H.L.A. Hart entre decisión *infalible* e *inapelable*. Infalible implica que no pueda estar equivocada. Inapelable, que sea definitiva, que no pueda ser recurrida. Las decisiones últimas, entonces, serán inapelables, pero no por eso infalibles. No pueden ser cambiadas, pero sí pueden ser cuestionadas y criticadas.

<sup>13</sup> Según Moreso el juez puede pertenecer a una elite interesada por mantener el *statu quo*.

<sup>14</sup> El legislador –la mayoría- tiene que respetar la Constitución conforme el entendimiento que de ella hagan terceros sin legitimidad democrática directa. Una ley será aplicable, si lo quiere el legislador, y si no va contra la constitución según el criterio del juez. Existe un principio que

Los dos sistemas analizados son contrapuestos siendo las ventajas de uno las desventajas del otro. Pueden existir matices pero sus principios son irreconciliables. Sin embargo, de los dos sistemas, el de control legislativo o mayoritario tiene un inconveniente fundamental: minimiza los efectos de la constitucionalización. Por lo tanto un sistema que no tiene derechos constitucionales y uno que sí los tiene pero donde la mayoría decide libremente cuándo se aplican no presentan mayor diferencia. En síntesis: los jueces son un *mal necesario* del sistema de constitucionalización.

Por lo tanto no es de sorprender que en los Estados modernos se utilice en general el sistema de primacía judicial.<sup>15</sup> Si la democracia como sistema de elección de leyes ya se vio vulnerada al implementar una Constitución al menos se pretende que ese sacrificio sea productivo por las ventajas que implica.

El modelo de control no mayoritario será más fuerte cuanto más indirecto sea el vínculo entre la elección de los jueces y la voluntad mayoritaria; cuantas más garantías tenga el juez para ser imparcial; cuanto más dure en su cargo y más difícil sea su remoción; y cuanto mayor sea la mayoría necesaria para reformar la Constitución y más complejo su procedimiento.<sup>16</sup>

---

determina que la declaración de inconstitucionalidad es de *ultima ratio*. Sin embargo esto sólo restringe al juez en la medida de su propia voluntad y parecer ya que él es el único encargado de juzgar si se da esa *ultima ratio* o no.

Bayón cita a Bickel al objetar que los jueces no tienen un verdadero poder de decisión sino que sólo interpretan al constituyente. Por lo tanto su poder es limitado. A esto respondemos –siguiendo a Bayón– que los jueces tienen verdadero poder de decisión porque hay términos vagos en el texto constitucional. La constitución no puede aplicarse automática y mecánicamente o al menos no en todos los casos. Es decir: aunque el juez quiera seguir lo más fielmente al constituyente no siempre el constituyente quiso o pudo marcar un camino unívoco.

<sup>15</sup> Bayón menciona una variante atenuada del sistema de primacía legislativa, aplicada en Canadá, y que él considera buena. Es la existencia de control judicial pero con el legislador decidiendo en última instancia. En este caso, el juez puede controlar cuando el legislador está violando la constitución. Sin embargo, el legislador, una vez oído al juez, puede volver a insistir con su posición. Y ante este segundo embate, el juez ya no puede resistir y termina venciendo la mayoría.

Tiene como ventaja en relación al sistema de primacía legislativa puro, que en Canadá el juez, como tercero imparcial, puede ejercer un control, y retrasar la aplicación de una ley que considera inconstitucional y llamar la atención al legislador. Ganaría así un periodo de tiempo, un intento de hacer reflexionar al legislador, y una llamada de atención a la ciudadanía –quien deberá ratificar o no al legislador en las próximas elecciones.– Sin embargo, la mayoría sigue siendo jueza de su propia causa. Es decir que el legislador deberá seguir un doble proceso –hacer la ley inconstitucional, y ratificarla–, pero estos son dos candados que se abren con la misma llave de simple mayoría.

<sup>16</sup> Cuando la mayoría simple puede cambiar la constitución por simple mayoría, aunque exista un control judicial de constitucionalidad éste pierde en buena medida sentido. Porque si bien el juez prima sobre la mayoría simple, esta misma mayoría simple puede cambiar la

## IV. El sistema argentino y sus controversias

### IV.1. Jueces y Consejo de la Magistratura

En la Argentina el control de constitucionalidad recae en el Poder Judicial, siendo un sistema de control difuso. Es por tanto un sistema de vigilancia constitucional no mayoritario.

Su designación se basa en una terna que surge de la postulación que realiza un órgano no mayoritario: el Consejo de la Magistratura. Desde la reforma constitucional de 1994 este Consejo se rige por pautas reguladas en la misma Constitución las cuales no pueden ser desconocidas por los órganos constituidos. Así, el art. 114 de la Carta Magna reza:

El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial.

El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultante de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal...

El Presidente de la Nación y el Senado escogen el juez de una terna realizada por el Consejo. El Congreso de la Nación, a su vez, debe dictar la ley especial que rige la conformación del Consejo de la Magistratura, pero sobre la base que impone la Constitución. De esta forma la mayoría democrática –Poder ejecutivo y legislativo- tiene una participación parcial e indirecta en el proceso de selección de magistrados, no siendo tampoco completamente extraña a éste.<sup>17</sup> La misma Constitución protege la esencia del sistema de selección de aquellos que han de resguardar su imperio. Ha concebido mecanismos de *despolitización* de

---

Constitución y primar sobre el juez. Por lo tanto el modelo es muy similar a aquél donde prima el legislador y no hay control judicial. No hay diferencia de fondo entre la mayoría actuando como legislador y como constituyente. Estas son las constituciones que Bidart Campos llama “flexibles”: el órgano que hace las leyes, puede cambiar la constitución del mismo modo en el que hace una ley. Hay entonces una confusión entre poder constituyente y poder constituido.

<sup>17</sup> Conforme arts. 99 inc. 4 y 114. En una aparente contradicción el tribunal supremo –la Corte Suprema de Justicia de la Nación- es elegido simplemente por órganos mayoritarios: el Presidente y el Senado. Sin embargo, dada su gran cantidad de miembros, cada gobierno sólo puede influir de manera limitada al reemplazar las vacantes que se generan.

nombramiento de los magistrados, lo que garantiza su idoneidad e independencia de presiones políticas.<sup>18</sup>

## IV.2. La ley de modificación del Consejo de la Magistratura y su rechazo

La ley 26.855<sup>19</sup> produjo la modificación de la ley especial vigente sobre

<sup>18</sup> Conforme Hernández, Antonio María, *A veinte años de la Reforma Constitucional de 1994*, Revista de Derecho Público, Año III, n.º 9, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 106.

<sup>19</sup> Fecha de sanción: 08/05/2013. Fecha de promulgación: 24/05/2013.

En su parte substancial: Artículo 2º.- *Composición. El Consejo estará integrado por diecinueve (19) miembros, de acuerdo con la siguiente composición: 1. Tres (3) jueces del Poder Judicial de la Nación, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar. 2. Tres (3) representantes de los abogados de la matrícula federal, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán dos (2) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y uno (1) a la que resulte en segundo lugar. 3. Seis (6) representantes de los ámbitos académico o científico, de amplia y reconocida trayectoria en alguna de las disciplinas universitarias reconocidas oficialmente, elegidos por el pueblo de la Nación por medio de sufragio universal. Corresponderán cuatro (4) representantes a la lista que resulte ganadora por simple mayoría y dos (2) a la que resulte en segundo lugar. 4. Seis (6) legisladores. A tal efecto, los presidentes de la Cámara de Senadores y de la Cámara de Diputados, a propuesta de los bloques parlamentarios de los partidos políticos, designarán tres (3) legisladores por cada una de ellas, correspondiendo dos (2) a la mayoría y uno (1) a la primera minoría. 5. Un (1) representante del Poder Ejecutivo...*

Artículo 4º...*Procedimiento. Para elegir a los consejeros de la magistratura representantes del ámbito académico y científico, de los jueces y de los abogados de la matrícula federal, las elecciones se realizarán en forma conjunta y simultánea con las elecciones nacionales en las cuales se elija presidente. La elección será por una lista de precandidatos postulados por agrupaciones políticas nacionales que postulen fórmulas de precandidatos presidenciales, mediante elecciones primarias abiertas, simultáneas y obligatorias. No podrán constituirse agrupaciones políticas al único efecto de postular candidaturas al Consejo de la Magistratura. No podrán oficializarse candidaturas a más de un cargo y por más de una agrupación política.*

Artículo 18: ...*Elecciones. El acto eleccionario de los integrantes del Consejo de la Magistratura previsto en el artículo 3º bis de la presente, se celebrará de manera conjunta y simultánea con las elecciones nacionales para cargos legislativos, en la primera oportunidad de aplicación de esta ley. Los integrantes del Consejo de la Magistratura que resulten electos mediante este procedimiento durarán excepcionalmente dos (2) años en sus cargos y se incorporarán al cuerpo sin perjuicio de la permanencia de quienes ejerzan mandato vigente, en cuyo caso la cantidad total de miembros podrá excepcionalmente exceder el número de 19 consejeros. La oficialización de listas de candidatos a consejeros del Consejo de la Magistratura para las elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias, y para las elecciones generales, podrá hacerse en esta oportunidad, por cualquier partido, confederación o alianza de orden nacional. A los fines de la adhesión de los cuerpos de boleta de la categoría de consejeros del Consejo de la Magistratura con la de legisladores nacionales en cada distrito, se requiere la comprobación de la existencia de que en al menos 18 de los 24 distritos, la mencionada adhesión se realiza exclusivamente con agrupaciones de idéntica denominación. En el resto de los distritos, podrá adherirse mediando vínculo jurídico*

Consejo de la Magistratura<sup>20</sup>. Aumentó el número de miembros del Consejo que son representantes del ámbito científico y académico y tornó electivos por voto popular a todos los miembros –salvo los designados por el Poder Legislativo o el Ejecutivo- a partir de una campaña política. Los jueces, entonces, pasaron a ser un órgano elegido por un poder mayoritario –el Ejecutivo y el Senado- a partir de una terna realizada por un órgano también mayoritario.

Al resolver el planteo de inconstitucionalidad en relación a la ley citada<sup>21</sup> la Corte resaltó su propia legitimidad democrática<sup>22</sup>, el equilibrio de poderes y sus límites y la importancia del control judicial de constitucionalidad para asegurar la primacía de la Constitución.<sup>23</sup>

---

*entre las categorías de las listas oficializadas. La adhesión de los cuerpos de boleta del resto de las categorías podrá realizarse mediando vínculo jurídico.*

*Artículo 30: La promulgación de la presente ley importa la convocatoria a elecciones primarias, abiertas, simultáneas y obligatorias para la elección de candidatos a Consejero de la Magistratura por los estamentos previstos en el artículo 3° bis de la misma, debiéndose adaptar el cumplimiento de las etapas electorales esenciales al calendario en curso.*

<sup>20</sup> La ley 26.080, la cual establece que el Consejo está compuesto por tres jueces del Poder Judicial de la nación, elegidos por los propios jueces; seis legisladores, elegidos por los bloques políticos de las Cámaras del Congreso; un representante de los abogados de matrícula, escogido por los abogados; un representante del Poder Ejecutivo Nacional; y un representante del ámbito académico y científico, elegido por el Consejo Universitario Nacional.

Esta ley tampoco está exenta de polémicas. Por ejemplo: la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba consideró que es inconstitucional por otorgar mayoría a los representantes políticos, con lo cual se lesiona la independencia del Poder Judicial. – Conforme Hernández, Antonio María, op. cit., pág. 114.

En el mismo sentido se expide Daniel Sabsay, quien entiende que puede discutirse si el equilibrio que manda la Constitución implica equivalencia en las representaciones de los distintos sectores, pero lo claro es que un sector no puede predominar sobre otro. La selección debe guiar su actividad sobre consideraciones técnicas, no políticas. – Conforme Sabsay, Daniel A., *La Reforma Constitucional veinte años después*, en *Revista de Derecho Público*, Año III, n.º 9, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 166.

<sup>21</sup> *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo C/ Poder Ejecutivo Nacional, ley 26855, medida cautelar (Expte. N° 3034/13)*. 18/06/2013.

<sup>22</sup> En este punto el máximo Tribunal no es del todo claro. Su legitimidad directa surge del constituyente. Su legitimidad democrática en lo que hace al pueblo es indirecta. Pero, como ya vimos, es necesario que así sea.

<sup>23</sup> La Corte explica que los tres poderes del Estado tienen funciones y modos de elección diferentes pero idéntica legitimidad democrática. Fueron establecidos por el poder constituyente del pueblo (c. 6). Ninguno de los tres puede otorgarse facultades que no le da la Constitución: en cuanto a ellos no es admisible entender que todo lo que no está prohibido está permitido (c. 7).

La Constitución, entonces, busca equilibrar el poder para limitarlo. No es posible invocar la voluntad popular para desconocer el orden jurídico y transgredirla. La omnipotencia del poder

En cuanto al centro de la cuestión determinó que la Constitución establece que el Consejo de la Magistratura lo integran representantes de tres estamentos: del poder político, de los jueces y de los abogados. Las personas que integran el Consejo lo hacen en nombre y en mandato de su estamento, razón por la cual deben ser escogidas por éste, pues en caso contrario dejarían de ser sus representantes. La votación popular corresponde sólo a uno de los estamentos (c. 18).

La Constitución no dispone que el Consejo se integre con jueces y abogados sino con los representantes de éstos. Es decir que no basta que el integrante sea juez o abogado (c. 31). De los antecedentes de la convención constituyente surge que *representantes de los jueces* parece implicar personas elegidas por los mismos jueces y lo análogo ocurre con los abogados (c. 22).

Las personas del ámbito académico y científico que integran el Consejo conforme el segundo párrafo del art. 114 de la Constitución no tienen en él, según la redacción del texto, un papel central. El constituyente delegó al Congreso el número y la forma de su integración pero la reglamentación no puede contradecir lo antes dicho rompiendo el equilibrio de la primera parte del artículo (c. 19). Seis integrantes para este estamento resulta desequilibrado (c. 32). Su elección tampoco puede ser popular a la luz del análisis anterior (c. 19).

El texto constitucional explicita las representaciones que surgen directamente del sufragio universal. De no ser de esta forma el Congreso podría mantener o cancelar los cargos así escogidos según el comportamiento de la mayoría del pueblo coincida o no con su propia mayoría (c. 26).

La independencia del poder judicial se garantiza al no estar sujeta su constitución a cuestiones exclusivamente político-partidarias (c. 20). De la convención constituyente surge que se ha buscado un modelo de armonía en el cual el Consejo sea un órgano plural sin caer tampoco en la autogestión de los jueces (c. 24, 25 y 28).

---

legislativo basada en la soberanía del pueblo es incompatible con la limitación de poderes. Ninguna autoridad republicana puede invocar origen excepcional para extralimitarse (c. 10).

Para salvaguardar la primacía de la Constitución es que los jueces pueden revisar las leyes en los casos concretos, para ver si se oponen aquélla. Constituye ésta una actividad moderadora que busca asegurar derechos y frenar abusos posibles e involuntarios de los poderes públicos (c.8). De allí su potestad para declarar inconstitucionalidad de leyes, aunque las mismas provengan de los órganos legislativos democráticamente elegidos (c.9). El control de constitucionalidad consagra la supremacía de la Constitución, no la de los jueces (c. 11). No coloca a éstos por sobre los demás poderes. Los jueces no pueden analizar cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia, y la declaración de inconstitucionalidad es de *ultima ratio* (c. 12).



La ley 26.855 estableció que todos los miembros del Consejo sean directa o indirectamente tengan un origen político partidario (c. 30). Es inconstitucional porque rompe el equilibrio antes descripto, desconoce el principio de representación de los estamentos técnicos, vulnera los derechos de los ciudadanos al distorsionar el proceso electoral y compromete la independencia del poder judicial al obligar a los jueces a intervenir en la lucha partidaria (c. 29). En lo que hace a esta última cuestión la violación es clara pues la ley exige a los jueces identificarse con un partido (c. 33).<sup>24</sup>

De allí que la ley de reforma contraría la Carta Magna argentina.<sup>25</sup>

## V. Conclusión

Es correcto apuntar que la existencia de una Constitución limita el ejercicio de la democracia como sistema de elección de leyes y aumenta el poder político de las minorías. Pero no deben perderse de vista las ventajas que aporta al sistema: seguridad jurídica, protección a las minorías y resguardo de la democracia misma.

---

<sup>24</sup> La Corte agrega que, por otra parte, el sistema electoral de la ley 26.855 para la elección de consejeros es inconstitucional porque distorsiona el principio de transparencia e igualdad en la elección de candidatos en los términos del artículo 37 CN (c. 36). Esto es así porque establece obstáculos irracionales y discriminatorios para la constitución de agrupaciones políticas.

Tampoco resulta constitucional la imposición de adhesión de boletas de consejeros a la de legisladores nacionales en cada distrito. El estado no puede implementar un sistema que coloque a una o unas pocas agrupaciones políticas por sobre el resto (c. 40).

<sup>25</sup> La Corte resuelve:

Declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2º, 4º, 18 y 30 de la ley 26.855, y del decreto 577/13.

- Declarar la inaplicabilidad de las modificaciones introducidas por la ley 26.855 con relación al quórum previsto en el artículo 7º, al régimen de mayorías y a la composición de las comisiones del Consejo de la Magistratura, de conformidad con lo previsto en el artículo 29 de dicha ley.
- Disponer que en los puntos regidos por las normas declaradas inconstitucionales e inaplicables, mantendrá su vigencia el régimen anterior previsto en las leyes 24.937 y sus modificatorias 24.939 y 26.080.
- Dejar sin efecto la convocatoria a elecciones para los cargos de consejeros de la magistratura representantes de los jueces de todas las instancias, de los abogados de la matrícula federal y de otras personas del ámbito académico y científico establecida en los artículos 18 y 30 de la ley 26.855 y en los artículos 1º, 2º, 3º y concordantes del decreto 577/13.
- Aclarar que lo resuelto no implica afectación alguna del proceso electoral para los cargos de diputados y senadores nacionales establecido en el decreto 501/13.  
La mayoría concurrente se conformó por los votos de los Dres. Lorenzetti, Highton, Fayt, Maqueda, Petracchi y Argibay –los dos últimos según su voto-. El Dr. Zaffaroni realizó un voto en disidencia el cual no analizaremos por cuestiones de espacio.

La consolidación de dichos beneficios se plasma asignándole a la Constitución un guardián que no sea un desprendimiento directo de la mayoría democrática: el juez, como poder independiente e imparcial, como órgano no mayoritario. El juez, por tanto, no puede ser elegido popularmente ni elegido sin más por quienes son elegidos popularmente.

La Corte ha actuado correctamente anulando la ley de reforma de la elección de los magistrados que desvirtuaba su esencia. La propia ley, en su contenido, mostró la siempre latente amenaza de que un poder intente fagocitar a otro. Abría la puerta a vulneraciones constitucionales, siendo la ley misma un ejemplo manifiesto de vulneración.

El juez debe, en su función, cumplir con la ley. No debe jamás pretender ser un juez-legislador. En ese sentido, está supeditado no sólo a la Constitución sino también al Poder Legislativo, que representa la voluntad popular. Pero debe ser independiente para aplicar correctamente dicha ley y, sobre todo, para tamizarla en base a la Constitución Nacional.

El juez, como órgano no mayoritario, es y ha de ser un guardián imperfecto pero necesario e irremplazable de nuestras libertades. Su papel como tal ha sido protegido por la Convención Constituyente a partir de la constitucionalización parcial de la reglas de integración del Consejo de la Magistratura.

La inclusión de estas pautas dentro de la Carta Magna pudo en su momento haber parecido superflua pero recientemente ha quedado demostrado que fue uno de los mayores aciertos de los reformadores de 1994.

## **Bibliografía**

- 1- ALEMANY, Macario, *Democracia versos Constitución (¿Precompromiso o paternalismo?)*, por gentileza del autor. En proceso de publicación en Alicante, España.
- 2- BAYÓN, Juan C., *Democracia y Constitución*, en “Revista Discusiones” N° 1, Edius, Bahía Blanca, 2000, Pág. 65.  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1\\_05.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_05.pdf)
- 3- BAYÓN, Juan C., *Principios y Reglas*  
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174677>

- 4- BIDART CAMPOS, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996.
- 5- CAFERATA NORES, José I., *Garantías y sistema constitucional*, en “Revista de Derecho Penal: Garantías Constitucionales y Nulidades Procesales I”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.
- 6- DWORKIN, Ronald, *Casos Constitucionales*, en “Los Derechos en serio”, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 61 y ss.
- 7- DWORKIN, Ronald, *El modelo de las normas* en “Los Derechos en serio”, Ariel Derecho, Barcelona, 2002, pág. 209 y ss.
- 8- GARGARELLA, Roberto, *Los jueces frente al “coto vedado”*, en “Revista Discusiones” N° 1, Ediuns, Bahía Blanca, 2000, pág. 53 y ss.  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1\\_04.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_04.pdf)
- 9- GUASTINI, Riccardo, *Estudio de teoría constitucional*, Universidad Autónoma de México, México, 2001.
- 10- HART, Helbert L., *El concepto de Derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010.
- 11- HERNÁNDEZ, Antonio María, *A veinte años de la Reforma Constitucional de 1994*, Revista de Derecho Público, Año III, n.º 9, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 93 y ss.
- 12- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo*, Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, Oñati, 2001.
- 13- MORESO, Juan José, *Derechos y justicia procesal imperfecta*, en “Revista Discusiones” N° 1, Ediuns, Bahía Blanca, 2000, pág. 15 y ss.  
[http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1\\_03.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12925071916700495109213/discusiones1/Vol1_03.pdf)
- 14- SABSAY, Daniel A., *La Reforma Constitucional veinte años después*, en Revista de Derecho Público, Año III, n.º 9, Infojus, Buenos Aires, 2015, pág. 151 y ss.

## »ENSAYOS«



## LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 Y SUS PROYECCIONES SOBRE EL ACCESO A LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

Facundo Emiliano Bayer\*

*SUMARIO: I. Introito. II. Reforma Constitucional y derecho administrativo. III. El acceso a la justicia administrativa. IV. El acceso a la justicia administrativa luego de la Reforma Constitucional. V. Alcances de la tutela administrativa efectiva. VI. Consideraciones finales.*

### I. Introducción

En este trabajo reflexionaremos sobre las proyecciones que ha tenido la Reforma Constitucional de 1994 sobre la garantía de tutela administrativa efectiva y, sucintamente, sobre las reglas del procedimiento administrativo.

Es sabido que a la luz de dicha reforma se han dado importantes cambios en el derecho en su conjunto. Es menester analizar, a veinte años, cuáles han sido esas transformaciones y los desafíos que nos esperan.

### II. Reforma constitucional y Derecho Administrativo

La citada reforma<sup>2</sup> en el año 1994 significó importantes cambios para el derecho nacional. Esto debido a que incorporó, mediante la adición al texto de nuevos institutos, la consagración de nuevos derechos y garantías al texto constitucional.<sup>3</sup>

---

\* Alumno de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur

<sup>1</sup> El presente trabajo obtuvo el primer lugar en el Concurso de ensayos para estudiantes de Abogacía UNS "A 20 años de la Reforma Constitucional".

<sup>2</sup> Para abordar la Reforma del 94 se recomienda la lectura de: DIAZ RICCI, Sergio M., "La reforma de la constitución", en: SABSAY y otros, *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.

<sup>3</sup> A saber: hábeas data, amparo y hábeas corpus (art 43), protección del medio ambiente (art. 41), derechos de consumidores y usuarios (art. 42), nuevos mecanismos de participación ciudadana en la toma de decisiones: consulta popular e iniciativa popular.

En este proceso de reforma se produce la *constitucionalización de los tratados internacionales*. Es decir, ciertos tratados fueron incorporados al texto constitucional y puestos en igual jerarquía que la ley fundamental, en las condiciones de su vigencia. Estos son los tratados del 75 inc 22<sup>4</sup>. Entonces, quedó constituido el llamado “Bloque de constitucionalidad”.

En este orden de ideas todos los derechos consagrados por los mencionados tratados tienen ahora, jerarquía constitucional. Situación que generó importantes cambios en el modo de interpretar y aplicar el derecho. Y, como no podía ser de otro modo, el derecho administrativo no quedó exento de dichas variaciones.

Para analizar los cambios del derecho administrativo a raíz de la Reforma nos parece interesante dividirlo en tres etapas:

1) *Primera etapa*: tiene lugar con anterioridad a la Constitución Reformada. Aquí está muy presente una administración muy fortalecida. Las garantías están relativizadas por mecanismos que antes que proteger al administrado, buscan favorecer a la administración. Tal es el caso de la “Teoría de la Subsanción”<sup>5</sup>, postura observada por el Máximo Tribunal en donde no interesa la indefensión sucedida en sede prejudicial si el interesado pudo defenderse ante la justicia.<sup>6</sup> Este tipo de mecanismos se dan por la aplicación de dos conceptos centrales: la idea de prerrogativa pública y el interés público. Asimismo, las garantías del derecho penal no se aplican al procedimiento administrativo.

2) *Segunda etapa*: comienza a tener lugar luego de la reforma constitucional. Hay una expansión del ámbito del debido proceso. Esto es, se comienza a pensar en aplicar las garantías de la Convención Americana a todo tipo de

---

<sup>4</sup> Estos son: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>5</sup> Ver MAIRAL, Héctor, “¿Uno o dos derechos administrativos?” en: GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: el derecho administrativo en la práctica*, Buenos Aires, fundación de Derecho Administrativo, 2013, cap. 9.

<sup>6</sup> CANDA, Fabián Omar, “El debido proceso adjetivo. La llamada teoría de la subsanción”, en TAWIL, Guido Santiago, *Procedimiento administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p.153.

procesos, no sólo al proceso penal, donde clásicamente se venían aplicando las mencionadas.<sup>7</sup> Adquiere más fuerza el administrado como centro de imputación de derechos y garantías. En esta etapa se fortalece la idea de protección de los derechos fundamentales.

3) *Tercera etapa*: en esta etapa hay un cambio cualitativo. Actualmente continúa en desarrollo. Se comienza a pensar en conseguir nuevos derechos, a diferencia de la etapa anterior, en donde sólo se establecían mecanismos tendientes a la protección de los mismos. Surgen nuevos actores y nuevas legitimaciones. El derecho administrativo se amolda a las nuevas realidades sociales, dado que el modelo clásico de administración pública resulta insuficiente. Creemos, como veremos más adelante, que aquí está el desafío del Derecho procesal administrativo.

Esta es, sucintamente, la evolución que, a nuestro modo de ver, ha experimentado y que actualmente experimenta el procedimiento administrativo. En este sentido, la Reforma Constitucional ha ampliado los mecanismos de acceso a la jurisdicción administrativa. Noción que veremos seguidamente.

### III. El acceso a la justicia administrativa.

Con la expresión acceso a la justicia<sup>8</sup> se hace referencia al derecho que poseen todas las personas de ser oídos por los órganos jurisdiccionales del estado.<sup>9</sup> Además supone que el juez sea natural e imparcial.<sup>10</sup> En este sentido, los estados deben procurar establecer estructuras procesales que asegure dicha facultad. Este derecho fundamental de toda persona proclamado en el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, también fue ampliamente reconocido, aunque en algunos casos con formulaciones diferentes, tanto en el derecho europeo y americano, como en tratados internacionales.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> CIDH “Caso Baena Ricardo y Otros Vs. Panamá”, sentencia del 2-2-2001, series C-Nº 72.

<sup>8</sup> PERRINO, Pablo Esteban, “El derecho a la tutela y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, en: HUTCHINSON, Tomás y otros, *Revista de derecho público 2003-1: proceso administrativo I*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, pp. 257-294.

<sup>9</sup> Desde la faz procesal, podría caracterizarse la cuestión como la facultad del justiciable de deducir una pretensión frente a los órganos del estado.

<sup>10</sup> CAPALBO, Sofía, “El derecho a la tutela judicial efectiva”, en TAWIL, Guido Santiago, *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, p. 109.

<sup>11</sup> “Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.



Una porción fundamental de dicho derecho se concretiza -o debe hacerlo- frente a los órganos de la administración pública o ante el fuero contencioso administrativo. Y, en este contexto, el administrado tiene derecho a acceder a la jurisdicción administrativa para satisfacer sus pretensiones. Esto anterior es un aspecto de lo que la doctrina denomina la tutela administrativa efectiva.<sup>12</sup> Como sostiene Perrino,

Con la expresión tutela administrativa efectiva se hace referencia a un amplio elenco de derechos que tienen todas las personas en el seno de los procedimientos administrativos y cuya finalidad es la eficaz defensa de sus derechos y participación en dicho ámbito. Se trata de un derecho fundamental que cumple, ante todo, una función de garantía o de instrumento al servicio de otros derechos. De allí que pueda clasificárselo como un derecho-garantía.<sup>13</sup>

La Constitución Reformada Bonaerense lo regula del siguiente modo en su art. 15: *“La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial.”*<sup>14</sup>

El derecho al que nos referimos en el párrafo precedente comprende el debido proceso adjetivo<sup>15</sup> y es, además, más amplio que el derecho de defensa puesto que debe asegurarle a los particulares una estructura que les permita

---

<sup>12</sup> Para ampliar sobre este tema se recomienda la lectura de: CASSAGNE, Juan Carlos, *Fragments de derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 131.

<sup>13</sup> PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en Albertsen, Jorge y otros, *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013, p. 75.

<sup>14</sup> Ver también el art. 12 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>15</sup> En la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo está regulado del siguiente modo en el art 1 inc. F: “...f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;

salvaguardar sus derechos. La existencia de dicha tutela obedece a que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico les reconoce a los individuos solo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer, en caso de conflicto, frente al poder público.<sup>16</sup>

Como enseña Gutiérrez Colantuono:

La tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual es deber (jurídicamente exigible) de la Administración pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita.<sup>17</sup>

La primera alusión jurisprudencial de esta idea se dio en el fallo “Astorga Bracht”<sup>18</sup> de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este fallo se sostuvo que una serie de normas constitucionales y convencionales resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva.<sup>19</sup>

#### **IV. El acceso a la justicia administrativa luego de la reforma constitucional**

Como veníamos sosteniendo, el procedimiento administrativo clásico o el llamado Derecho Administrativo de Primera Generación no logra satisfacer dicho derecho-garantía puesto que primaba la noción de autoridad de la administración por encima de los derechos<sup>20</sup>. Sin embargo, como vimos, la Reforma Constitucional ha sido el disparador de cambios en la órbita del derecho administrativo que fortalecen la finalidad tuitiva de la jurisdicción administrativa. Cuestión que analizaremos a continuación.

---

3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso”.

<sup>16</sup> PRADO MONCADA, Rafael G., “Comentarios sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el sistema jurídico administrativo venezolano” en: *Lex. Difusión y análisis*, Año VII, N° 92, febrero de 2003, pág. 21.

<sup>17</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 103.

<sup>18</sup> CSJN, “Astorga Bracht”, 2004, Fallos: 327:4187.

<sup>19</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “Tutela y prevención administrativas”, en: ALBERTSEN, Jorge y otros, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Buenos Aires, RAP, 2009, p. 376.

<sup>20</sup> Cfr. BARNES, Javier, “Tres generaciones del procedimiento administrativo” en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, N° 67, 2011, pp. 77-108.

#### IV.1. Nuevas tecnologías de protección

La Constitución Reformada recepta, como vimos, nuevos mecanismos de tutela urgente. Tal es el caso del amparo, hábeas corpus y hábeas data. Dichos mecanismos, pensados para obtener una protección rápida de los derechos permiten a los justiciables una tutela más efectiva mediante una tecnología que, si bien era aceptada por la jurisprudencia, no estaba constitucionalmente amparado como una garantía.<sup>21</sup>

#### IV.2. Los derechos de incidencia colectiva

La Reforma Constitucional incorpora una nueva categoría de derechos de los administrados. Aparece así, la tutela de los derechos de incidencia colectiva.<sup>22</sup> El administrado tiene, ahora, la facultad de ser oído por ser titular de una cuota parte de un derecho que pertenece a una comunidad o grupo determinado. Tal es el caso, como se dijo, del derecho al medio ambiente sano y de la protección del consumidor y la defensa de la competencia. Esto ha llevado a una nueva visión de la teoría procesal. Como sostiene Quiroga Lavié: se trata de una indispensable transformación del debido proceso legal individual a un proceso que esté en condiciones de atender a las necesidades de lo colectivo.<sup>23</sup>

#### IV.3. Las nuevas legitimaciones<sup>24</sup>

Una de las innovaciones de la nueva Ley Fundamental fue que le brindó a nuevos actores la posibilidad de acceder a la justicia administrativa con la finalidad de reclamar por sus derechos. Aparecen, en este sentido, como nuevos legitimados en los términos del art. 43, tercer párrafo de la constitución nacional, el Defensor del Pueblo<sup>25</sup>, las asociaciones, además del afectado.

---

<sup>21</sup> Recordemos que como sostuvo la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” (Opinión Consultiva N° OC-8/1987, del 30-1-1987, Serie A-N°8).

<sup>22</sup> Esto es, aquellos derechos que posee un miembro de una comunidad determinada o de un grupo determinado por el solo hecho de ser parte del mismo. Cfr. TOLOSA, Carina Pamela, “La noción de daño ambiental. Concepto jurídico”, en *La Gaceta Jurídica del Perú*, tomo 104, julio 2002.

<sup>23</sup> QUIROGA LAVIÉ, *El amparo Colectivo*, 1998, p. 8.

<sup>24</sup> Cfr. SBDAR, Claudia B., *Juicio de amparo colectivo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2013.

<sup>25</sup> Ver ROCHA PEREYRA, Gerónimo, “La legitimación del Defensor del Pueblo de la Nación”, en: CASSAGNE, Juan Carlos y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Por otra parte, ha surgido la discusión en relación a la posibilidad de iniciar reclamos del Ministerio Público (Art. 120 de la Constitución Nacional).<sup>26</sup>

#### **IV.4. La aplicación de las garantías y derechos convencionales al procedimiento administrativo interno**

Por imperio del art. 75 inc 22, como se dijo, las garantías de la Convención Americana de Derechos Humanos son de rango constitucional. Es por ello que son de obligatoria aplicación en el orden interno.

Además de ello, las normas de la Convención no solo son aplicables al proceso penal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>27</sup> tiene entendido que las garantías judiciales previstas por el artículo 8 también deben ser respetadas en los procedimientos administrativos.<sup>28</sup>

En el fallo “Baena” se entendió que obtener todas las garantías que permitan alcanzar un pronunciamiento justo es un derecho humano fundamental del que no está la Administración excluida de cumplir.<sup>29</sup>

En el sentido anteriormente expresado, la CSJN ha entendido que lo dispuesto por el art. 8 de la CADH es aplicable a todos los procedimientos.<sup>30</sup>

#### **V. Alcances de la tutela administrativa efectiva**

En cuanto a su extensión, podemos decir, siguiendo a Perrino que básicamente incluye los siguientes aspectos: 1) derecho a ser oído; 2) derecho a prueba; y 3) el derecho a una decisión expresa y fundada que resuelva el trámite en un plazo razonable.<sup>31</sup>

<sup>26</sup> NAPOLI, Sergio, “La legitimación en el procedimiento administrativo”, en: TAWIL, Guido Santiago, *Derecho Procesal Administrativo*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2011, p. 185.

<sup>27</sup> En adelante CIDH.

<sup>28</sup> Ver casos “Comunidad Indígena Sawhoyamaya c/ Paraguay” (CIDH, sentencia del 29-3-2006, Serie C-Nº146); “IvcherBronstein c/ Perú” (CIDH, sentencia del 6-2-2001, serie C-Nº 74); “Claude Reyes y otros c. Chile” (CIDH, sentencia del 19-9-2006, Serie C-Nº151).

<sup>29</sup> Caso “Baena, Ricardo y otros vs. Panamá” (CIDH, sentencia del 2-2-2001, Serie C-Nº 72).

<sup>30</sup> Causa “CSJN - Lociser, Jorge Alberto y otros c. BCRA – Resolución Nº 169/2005, sentencia del 26-06-2012.

<sup>31</sup> PERRINO, Pablo E., “El derecho a la tutela administrativa efectiva”, en Albertsen, Jorge y otros, *El Derecho Administrativo hoy. 16 años después*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2013, p. 81.

El primero de los derechos mencionados implica la facultad de manifestar una postura antes de que la administración tome una decisión que pueda ser perjudicial. La violación de esto anterior implica la nulidad absoluta del procedimiento sin que este pueda ser subsanado.

El segundo implica la facultad de acreditar lo que está alegando. El sistema procesal administrativo debe estar estructurado de manera tal que distribuya eficientemente las cargas de probar, en función del régimen exorbitante de la actividad administrativa.

Finalmente, el justiciable tiene la facultad de obtener una resolución expresa y fundada en un plazo razonable. Esto porque la celeridad en los procesos es de vital importancia para la protección de los derechos de los administrados. La CIDH<sup>32</sup> no fija un plazo determinado, sino que establece que en el caso concreto se evaluará la razonabilidad del mismo en función de: 1) La complejidad del asunto. Esto incluye tanto las cuestiones de hecho como de derecho presentes en el caso; 2) la actividad procesal del interesado; 3) la conducta de las autoridades judiciales.<sup>33</sup> Luego se agrega un cuarto elemento: se debe tener en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada.<sup>34</sup> Entonces una demora injustificada configuraría una violación del ya citado artículo 8º.<sup>35</sup>

Siguiendo con éste último concepto, la CSJN tiene dicho, conforme los estándares de la CIDH, que la garantía de la duración razonable debe ser aplicada en todo tipo de procesos y, entonces, no se circunscribe al proceso penal.<sup>36</sup>

---

32 Ver fallos: CIDH, “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, Serie C Nº162; CIDH, “Comunidad indígena XákmokKásek vs. Paraguay”, sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C Nº214; CIDH, “Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela”, entre otros.

33 D’EMPAIRE, Eduardo Alfredo, “Duración razonable del proceso penal”, en CORTAZAR, María Graciela y otros, *Procesal Penal 2: garantías y principios procesales*, Bahía Blanca, Ediuns, 2013, pp. 45 y 46.

34 Corte IDH, caso “Valle Jaramillo y otros vs. Colombia”, sentencia del 27 de noviembre de 2008, Serie C Nº192.

35 Criterio que también ha sido sostenido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet-Lengua y sus Miembros vs. Paraguay”, Caso Nº 12419, del 2-2-2005.

36 Caso “Lociser, Jorge Alberto y otros c/ BCRA – Resolución Nº169/2005”, sentencia del 26-6-2012, en LL, 2012-E, p. 34.

## VI. Consideraciones finales

En este breve trabajo vimos como la Constitución Reformada ha generado un cambio de paradigma en la visión del derecho administrativo. Esto se debe a que este último es el Derecho Constitucional Concretizado. Por lo tanto, no puede ser neutral al reconocimiento de los derechos fundamentales, a los principios constitucionales del estado social y democrático de derecho. Este último es el que le da el andamiaje a todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, al procedimiento administrativo.

Esta reforma ha generado, como vimos, el paso de un modelo de Derecho Administrativo de Primera Generación para dar lugar a un procedimiento administrativo interesado por la tutela de los derechos fundamentales de los administrados, más que por la protección de la autoridad de la administración.

La incorporación de nuevos mecanismos de tutela, el respeto por las garantías convencionales y el armazón de un procedimiento administrativo preocupado por la adquisición de nuevos derechos y la participación ciudadana han abierto un nuevo camino que, sin embargo, aún debe seguir siendo transitado. Consideramos que lo dicho ha sido un gran avance en el respeto por los derechos fundamentales. A pesar de ello, hay desafíos para un derecho administrativo aún más tuitivo. Todavía nuestro derecho administrativo pone vallas insalvables como el agotamiento de la vía administrativa, la lenta respuesta de la administración, que entorpecen las vías del administrado en el intento de obtener la efectiva protección.

Así, el desafío del nuevo derecho administrativo se encuentra en: 1) ampliar, aún más, las legitimaciones; 2) asegurar el derecho a la información pública como derecho humano fundamental; 3) eliminar el requisito del agotamiento de la vía administrativa; 4) asegurar nuevos mecanismos de participación ciudadana; 5) para una futura reforma del ordenamiento administrativo se deben tener en cuenta los procedimientos especiales –como la ley 24240 de Defensa del Consumidor- que establece mecanismos más ágiles de protección de los derechos y pensar la misma desde el estado social y democrático de derecho, en miras a la protección de los derechos humanos fundamentales.

En suma, hay que fortalecer el Derecho Administrativo de Tercera Generación mediante la constitucionalización del derecho procesal administrativo, para fortalecer el derecho-garantía a la tutela administrativa efectiva.



## LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR EN EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL: MECANISMOS DE PROTECCIÓN Y GARANTIZACIÓN DE LOS DERECHOS<sup>1</sup>

Marcos Fernández Peña\*

*SUMARIO: I. Introducción. II. Necesidad de la protección del consumidor en el texto constitucional. III. Protecciones Constitucionales y legislativas referentes al consumidor. IV. Los daños punitivos: efectos sobre la decisión conductual. V. Conclusión.*

### I. Introducción

En vísperas del vigésimo aniversario de la Reforma Constitucional, es deseable reflexionar acerca del impacto que han tenido las nuevas normas incorporadas tanto en el orden legislativo como en la práctica.

Veinte años pareciera ser un período de tiempo lo suficientemente extenso como para evaluar críticamente cuáles de los objetivos planteados por los constituyentes al introducir ciertas normas han sido logrados, cómo fueron plasmados legislativamente y cuáles aún no han tenido recepción en el ámbito social.

Karl Loewenstein<sup>2</sup> en su obra realiza una clasificación de las constituciones tomando como criterio de orden cuán efectiva es esa Constitución en el Estado en cuestión. A tal fin, realiza una analogía con un traje: las constituciones que crean una verdadera simbiosis entre sus previsiones y su observancia en la práctica, “*se asimilan a un traje que sienta bien y que se lleva realmente*”; por otra parte están aquellas constituciones en las que sus prescripciones todavía no se integran al esquema institucional elaborado, no obstante lo cual, es factible que llegue el momento en que aquella simbiosis se produzca, “*en este caso, el traje cuelga durante cierto tiempo en el armario y será puesto cuando el*

---

\* Alumno de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur

<sup>1</sup> El presente trabajo obtuvo el segundo lugar en el Concurso de ensayos para estudiantes de Abogacía UNS “A 20 años de la Reforma Constitucional”.

<sup>2</sup> LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1983, pp 210-216.



*cuervo nacional haya crecido*". Finalmente, hay Estados en los que, no obstante existir una Constitución vigente, ella no es más que una fachada para legitimar la permanencia de quienes están en el poder, desnaturalizando así los límites y controles que el mismo texto crea. En este caso, "el traje no es en absoluto un traje, sino un disfraz". El anhelo de esta breve obra es dilucidar, en lo referente a las normas constitucionales que protegen al consumidor, qué tipo de *traje*, en términos de Loewenstein, ostentamos en verdad.

Como afirma el Dr. Hugo Acciari, "no parecen totalmente ajenas a la preocupación de los juristas las consecuencias sociales de las diferentes posibilidades de regulación de una materia o siquiera de interpretación y de aplicación de las normas que la componen". Es por este motivo que parece no ser en vano preguntarse qué alcance tuvo la reforma, puesto que, como afirma el autor citado anteriormente, "la relación que guardan las normas con ciertos efectos empíricos –sus consecuencias sociales–, opera con una relativa independencia de los deseos, propósitos o finalidades de los legisladores que las diseñaron".<sup>3</sup>

Este breve escrito buscará dilucidar *qué función*<sup>4</sup> ha tenido la reforma; qué consecuencias ha arrojado.

En particular, estas líneas se centrarán sobre un aspecto de la reforma: la protección a los consumidores y usuarios. Consideramos a este tema en particular de vital importancia, pues el nuevo siglo apunta a profundizar ese sistema de relaciones económicas basada en el consumo.

En primer lugar, se analizarán los motivos de la inserción del artículo 42 en el texto constitucional. Luego, veremos los mecanismos orientados a la tutela de tales derechos. En tercer lugar, estudiaremos el instituto particular de los daños punitivos, como manifestación más conspicua de la defensa al consumidor. Finalmente, concluiremos con una breve reflexión respecto del rol del consumidor en el mundo actual.

---

<sup>3</sup> ACCIARRI, Hugo A., "Funciones del derecho de daños y prevención" La Ley 04/02/2013 p. 5.

<sup>4</sup> En el sentido de "función – relación", esto es, la relación que tiene la norma en cuestión con las consecuencias sociales que produce. Para mayor profundidad de los sentidos de la palabra "función" ver: ACCIARRI, Hugo A., "Funciones del derecho de daños y prevención", La Ley 4/02/2013.

## II. Necesidad de la protección del consumidor en el texto constitucional

Primeramente nos centraremos en entender por qué es relevante y necesario que la protección del consumidor se plasme en la Ley Magna, dándole así una entidad suprema a tal defensa. En concreto, trataremos de dilucidar cuál fue la *directriz política* (en términos de Ronald Dworkin<sup>5</sup>) de la cual estuvo imbuida la introducción del artículo 42: qué principios y qué objetivos a alcanzar propusieron los constituyentes. Todo esto a fin de verificar luego si se han cumplido, al menos parcialmente, y cómo; puesto que, como afirma Acciarri, “*si se persiguen ciertas finalidades y no se emplean instrumentos consistentes con las mismas, el resultado será previsiblemente insatisfactorio*”.<sup>6</sup>

Al fundar la inclusión de estos nuevos derechos, los constituyentes<sup>7</sup> afirmaron que el derecho del consumidor *nace de la necesidad de restablecer el marco de equilibrio en la relación de consumo*, que surge de una debilidad estructural por parte del consumidor en la relación económica.

La desigualdad de poder en la relación de consumo es análoga a la que hay entre empleador y trabajador. Esto precisamente es lo que alertó a los constituyentes a tomar en cuenta esta inequidad para remediarla en el texto constitucional. Como señala Baeza<sup>8</sup>, “*tal como en su momento se había reconocido la debilidad intrínseca del trabajador frente a la otra parte de la relación laboral, y como consecuencia de ello había surgido un régimen tuitivo para el primero, lo mismo ocurría ahora en la relación de consumo, dado que malos proveedores hacen que el consumidor no tenga capacidad para la negociación, sin que tampoco existan defensas para luchar contra un mal servicio, su falta de eficacia o la mala calidad de un producto*”.

Respecto a este punto, el convencional constituyente por Buenos Aires, Roberto Osvaldo Irigoyen, con cita al trabajo del profesor Gabriel Stiglitz<sup>9</sup>, afirmó que el derecho del consumidor busca elevar al consumidor, para encontrar la necesaria nivelación en la relación, a fin de que ambas partes se encuentren realmente en la misma situación para contratar. Como bien señaló Irigoyen, “*el derecho, en*

<sup>5</sup> Dworkin llama “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad. Ver DWORKIN, Ronald., *Los Derechos en serio*, Ariel Derecho, 2002, p. 72.

<sup>6</sup> ACCIARRI, Hugo A., “*Funciones...*” *ibíd.*

<sup>7</sup> CONVENCIÓN NACIONAL CONSTITUYENTE, sesión del 16 de agosto de 1994, pp. 4168-4174.

<sup>8</sup> BAEZA, Carlos R., *Derecho Constitucional*, Ábaco, 2006, p. 277.

<sup>9</sup> Proyecto presentado en el II Congreso de Derecho del Consumidor en Mayo de 1993 en Rosario.

*su avance, deja de ser garantía de la igualdad formal en las relaciones jurídicas. En definitiva, busca la igualdad sustancial, y para que ésta se opere precisa elevar al consumidor al nivel del proveedor.”* En suma, la finalidad que persiguieron los constituyentes al redactar el artículo 42 fue plasmar un sistema tuitivo en favor del consumidor, reconociendo que en el mundo del derecho, aparte de que los actos jurídicos tienen consecuencias jurídicas, *también poseen consecuencias económicas fundamentales para las partes.*

Receptando de este modo la concepción de que las normas no deben ser analizadas meramente en forma estática buscando relaciones en el mundo del deber-ser o divagando en cuestiones teleológicas; sino que tienen repercusiones en el mundo de los hechos, que éstas son de importancia, y que por éste motivo es preciso diseñar una adecuada defensa al consumidor.

Sin perjuicio de la celebración por gran parte de la comunidad jurídica de la inclusión en el texto supremo del mentado artículo, hubo sectores que elevaron sus críticas hacia una norma que consideraban un verdadero atentado contra la libertad de mercado.

Sin embargo, esa crítica es a todas luces infundada. El derecho del consumidor significa un reaseguro de la libre competencia en el mercado; al que le da transparencia y posibilita el ejercicio de la libertad económica. Esta libertad es ejercida en función de una finalidad, que es la libre elección de los productos por parte del consumidor, evitando así los desequilibrios que se pueden producir por las manipulaciones de monopolios; publicidades engañosas, etc. Como bien dijo el convencional Irigoyen en su exposición de motivos: *“Se ha sostenido que la demanda determina la oferta, pero esto no es así. Hoy la oferta es la determinante del consumo. El marketing, las grandes empresas asociadas, las grandes corporaciones internacionales operando en distintos países, van configurando un consumidor pasivo con nuevas pautas de consumo, van creando normas de comportamiento social, algunas de competitividad absurda”*

### **III. Protecciones constitucionales y legislativas referentes al consumidor**

Un derecho reconocido en la constitución pero que no conlleva a su lado una garantía para su goce no es más que una bella expresión de deseos. Lo mismo sucede si el derecho de forma pone trabas a su eficaz, y en lo posible veloz, tutela.

Se calificó a los derechos del consumidor como de índole “programática” en tanto no se previó específicamente un sistema para su defensa (como ser, el

hábeas corpus contra restricciones ilegítimas a la libertad ambulatoria), sino que delegó en la legislación ordinaria los procedimientos eficaces para la prevención y solución de los conflictos de los consumidores.

Esa calificación no es correcta, pues la reforma de 1994 creó una acción fundamental que trajo la salvaguarda general de todos los derechos y que además asegura en forma expresa en su redacción los del consumidor: el amparo. Todos los derechos calificados como “programáticos” están allí debidamente protegidos.

El amparo, tal como está planteado, asegura que los derechos del consumidor puedan ser protegidos eficazmente, pues permite que sea ejercido “*cuando no exista otro medio judicial más idóneo*”<sup>10</sup>. Dejando así en claro que el espíritu de la reforma fue velar por la tutela efectiva de los derechos.

Al respecto, el dictamen de la mayoría en el debate sobre el artículo 42, incluyó una idea original respecto de los efectos que la cosa juzgada debería tener en el caso de una acción de amparo ejercida por un consumidor: sostuvo que *la sentencia debería ser extensiva, porque el tema con que opera la norma interesa a muchos, y de nada valdría que la cosa juzgada fuera exclusiva de quien plantea el caso, sino que debe removerse el obstáculo para que pueda ser suprimido un problema presentado por una persona o una asociación de consumidores, pero que afecta a un sector del mercado.*

Es trascendental destacar esta idea, pues es precursora de la noción de *intereses individuales homogéneos*<sup>11</sup> señalada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “*Halabi*”<sup>12</sup>.

Veamos el siguiente razonamiento: la norma del artículo 42, reconoce al consumidor derechos subjetivos individuales que lo protegen frente a la situación de prevalencia del proveedor o prestador. Sin embargo, la contratación en masa provoca que sea un gran número de individuos los que se encuentran en la misma situación fáctica y se les reconoce a cada uno de ellos los mismos derechos protectorios. El resultado que esto produce es el siguiente: varios individuos, cada uno de ellos titular de un derecho subjetivo individual homogéneo al del resto.

---

<sup>10</sup> Artículo 43 Constitución Nacional.

<sup>11</sup> En esta hipótesis no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Pero existe un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea.

<sup>12</sup> “*Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo*”.

En el fallo “Halabi”, al describir los derechos colectivos referentes a intereses individuales homogéneos, la Corte expresó que “*son tales los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados*”.

Por lo tanto, en estos procesos judiciales, el usuario o consumidor debería poder beneficiarse de los resultados del pleito probando que su interés es homogéneo al del resto.

#### **IV. Los daños punitivos: efectos sobre la decisión conductual**

Adelantamos en la introducción a este breve escrito que no nos centraríamos simplemente en los mecanismos protectorios que emanan de la Constitución, sino que deseábamos ver qué institutos de defensa consagra la legislación ordinaria.

Al respecto, es insoslayable la incorporación a la Ley de Defensa del Consumidor, en el año 2008<sup>13</sup>, de los *daños punitivos*. Este instituto, cuya inserción en nuestro derecho conllevó largos y arduos debates, consiste en la *suma que excede a los daños que sufre la víctima*.

Diversas son las teorías respecto a la finalidad que deben perseguir; quién debe ser el beneficiario del monto de la condena; o cómo deben cuantificarse<sup>14</sup>. No cabe en los límites de esta obra discurrir en las distintas variantes doctrinarias al respecto, sino que señalaremos qué es lo que establece la Ley del Consumidor y trataremos de elaborar una explicación razonada de por qué lo hace así.

Respecto a la *finalidad* que deben perseguir, reiteramos el concepto adelantado en las primeras páginas: sin perjuicio de los objetivos que pueden haber perseguido los legisladores al instaurar el instituto o los que creen preferibles

---

<sup>13</sup> Artículo 52 bis de la Ley 24.240 (texto según Ley 26.361): “*Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley.*”

<sup>14</sup> Para un análisis más profundo, ver: ACCIARRI, Hugo A. y TOLOSA, Pamela, *Daños Punitivos*, Derecho de Daños, Departamento de Derecho Universidad Nacional del Sur.

los juristas al analizarlo, lo cierto es que, en el “*mundo de los hechos*”, los daños punitivos operarán independientemente de los deseos antepuestos.

Dijimos que uno de los principios que guiaron la incorporación constitucional del precepto de defensa al consumidor fue el lograr el restablecimiento de la libertad contractual. Los daños punitivos justamente buscan equilibrar esa relación. Éstos acuden a la escena cuando el resarcimiento del daño causado no es suficiente para incentivar al dañador a actuar de otro modo en el futuro.

Recordemos que estamos hablando de protecciones a los consumidores<sup>15</sup> –de ordinario personas particulares- frente a proveedores<sup>16</sup> –usualmente empresas o empresarios- que tienen comportamientos estratégicos. Es decir, que analizan racionalmente los costos y beneficios de llevar a cabo una actividad en concreto, y si ese análisis arroja un resultado favorable, llevarán adelante tal actividad.

Por lo tanto, lo que tratan de hacer los daños punitivos es influir en ese análisis de del siguiente modo: en aquellos casos donde, aún luego de resarcir al consumidor, el responsable obtuvo un beneficio superior al monto del perjuicio ocasionado, se imponen estas punitivas para aumentar los costos de realizar la acción. Si no se hiciese esto, la situación sería de manifiesta injusticia. En palabras de Pizarro y Vallespinos “*lo contrario importaría aceptar que alguien pueda enriquecerse merced al agravio intencionado o como fruto de una grosera negligencia*”<sup>17</sup>.

Con respecto a si para la aplicación de los daños punitivos debe tenerse en cuenta la gravedad de la conducta – como afirman algunos juristas- , la Ley del Consumidor no dice nada al respecto. En particular creemos que la gravedad de la acción llevada a cabo por el proveedor no debe ser tenida en cuenta como

---

<sup>15</sup> Definidos por el artículo 1° de la Ley 24.240 como: “*toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*”

<sup>16</sup> Definidos por el artículo 2° de la Ley 24.240 como: “*la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley.*”

<sup>17</sup> PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., *Instituciones de Derecho Privado – Obligaciones*, 1999, Hammurabi, Tomo 3, p. 246.

parámetro para la aplicación de daños punitivos, puesto que es independiente del beneficio que pueda obtener por la conducta realizada<sup>18</sup>.

En torno a la forma de cuantificación de los daños punitivos, la Ley 24.240 lo deja a criterio del juez, pero pone un límite máximo: no podrán superar los cinco millones de pesos.<sup>19</sup> Criticamos este límite máximo, pues puede ocurrir que el daño causado continúe arrojando beneficios para el proveedor, aunque se condene en concepto de daños punitivos por cinco millones de pesos. Creemos que debería dejarse librado a criterio total del juez cuál sería el monto que corresponde, aún por encima de esa suma, pues es quien está en mejor posición para evaluar cuáles qué suma redundará en una verdadera disuasión al dañador.

Respecto a quién es el beneficiario de los daños punitivos, la Ley de Defensa del Consumidor es clara al establecer que las sumas que se establezcan serán a favor del consumidor. Aspecto que celebramos, puesto que así se incentiva la demanda hacia proveedores negligentes o maliciosos.

## V. Conclusión

Hemos discurrido a lo largo de estas breves líneas por las diversas protecciones que al consumidor ofrece nuestro ordenamiento jurídico. No caben dudas de que han quedado muchísimos temas fuera de la discusión, y que otros han sido tratados con superficialidad. La extensión del trabajo y las limitadas facultades del autor son responsables de esos dos defectos.

---

<sup>18</sup> Es ilustrativo al respecto una conducta realizada por la empresa aeronáutica American Airlines en el año 2007. Si bien en este caso se trata de una actividad legítima, el objetivo es demostrar cómo, aunque sea insignificante el accionar, puede redundar en grandes beneficios. La compañía redujo el peso de los carritos de las bebidas en 9kg. Dicha medida supuso una importante reducción en el peso total transportado por sus aeronaves. En concreto, de 190 kilos en el Boeing 777 y de 54 en el MD-80. Esto repercutió en un ahorro para la compañía en combustible más que considerable. Se estima que alrededor de 45 kilos de peso en los aparatos supone un ahorro anual estimado de unos 2,8 millones de dólares. Así, en el caso de los 777 podría situarse en los 11,76 millones de dólares -unos 8,4 millones de euros- y en los MD-80, en 1,19 millones de dólares. Fuente: <http://www.economista.es/otros-sectores/noticias/276615/09/07/American-Airlines-supera-su-hazana-de-la-aceituna-ahorraramillones-en-combustible-cambiando-los-carritos-de-las-bebidas>.

<sup>19</sup> El artículo 52 bis *in fine* de la Ley 24.240 dispone que “*La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley*”. El artículo 47 inciso b) dispone “*Multa de PESOS CIEN (\$ 100) A PESOS CINCO MILLONES (\$ 5.000.000).*”

Sin embargo, se han traído a colación algunas cuestiones que, a veinte años de la Reforma, parecen ser auspiciosas, puesto que se han visto plasmadas en el plano legislativo ciertas instituciones que son manifestaciones inequívocas de la protección a los usuarios y consumidores.

Es menester también resaltar que el contenido del artículo 42 no trasunta meramente un conjunto de derechos reservados a una clase especial de personas. Como dijo John Fitzgerald Kennedy, “*todos somos consumidores*”<sup>20</sup>. Más aún, en las diversas formas en que el precepto constitucional enuncia los derechos de los consumidores, se puede vislumbrar la salvaguarda de dos derechos fundamentales: la vida y la libertad.

Libertad constantemente amenazada en la sociedad de masas en que vivimos, atosigados por la publicidad, ahogados por el *marketing* y estrangulados por los *call centers*. Giovanni Sartori<sup>21</sup> plantea que parte del problema actual de la sociedad reside en que el hombre ha perdido la capacidad de decodificar, de razonar, de pasar por el tamiz del intelecto la información que recibe, por la invasión de la televisión y las pantallas, convirtiéndolo así en un *homo videns* (un hombre que sólo ve y deglute imágenes).

Afortunadamente, nuestra Constitución, nuestro derecho, no nos ha dejado desamparados. Como decía Víctor Hugo: “*La libertad es, en la filosofía, la razón; en el arte, la inspiración; en la política, el derecho*”. Corresponde ahora a nosotros, los consumidores, hacerlos valer.

---

<sup>20</sup> El presidente norteamericano, frente al Congreso de su país en el año 1962 dijo “*Ser consumidor, por definición, nos incluye a todos. Somos el grupo económico más grande en el mercado, que afecta y es afectado por casi todas las decisiones económicas públicas y privadas... Pero es el único grupo importante cuyos puntos de vista a menudo no son escuchados*”.

<sup>21</sup> SARTORI, Giovanni., *Homo Videns: la sociedad teledirigida*, Taurus, 1998.





## EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL RECLAMO POR LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES<sup>1</sup>

Gastón Alejandro Zoltko\*

*SUMARIO: 1. El Régimen De La Constitución Nacional. 2. el acceso a la justicia y el reclamo por los derechos económicos, sociales y culturales. 3. Obstáculos para acceder a la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales: 3.1. Las garantías a los derechos 3.2. Responsabilidad del Poder Judicial de garantizar los DESC 3.3. La determinación del incumplimiento de obligaciones referentes a los DESC y la reparación adecuada. 4. Observaciones finales. III. Protecciones Constitucionales y legislativas referentes al consumidor. IV Los daños punitivos: efectos sobre la decisión conductual. V Conclusión.*

El presente trabajo tiene por objeto contribuir a la reflexión e inquietud sobre el acceso a la justicia por parte de los ciudadanos en relación a reclamos respecto de sus derechos económicos, sociales y culturales (en adelante DESC). Se parte de la consideración de que existe una postura generalizada, explícita o implícita, tanto en el ámbito político como jurídico, y en la ciudadanía en general, que sostiene que los derechos que corresponden a la clasificación clásica de DESC<sup>2</sup> no son, salvo excepciones<sup>3</sup>, susceptibles de ser reclamados judicialmente.

Se pretende analizar algunos de los motivos que podrían dar lugar a esta postura, como así también la posibilidad de que todos los derechos comprendidos en la categoría mencionada sean susceptibles de ser reclamados y protegidos

---

\* Alumno de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

<sup>1</sup> El presente trabajo obtuvo el tercer lugar en el Concurso de ensayos para estudiantes de Abogacía UNS "A 20 años de la Reforma Constitucional".

<sup>2</sup> Entendiendo que se encuentran comprendidos en la categoría, principalmente y tomando como base las disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los derechos al trabajo, la educación, a una vivienda adecuada, a la alimentación, al agua y a la identidad y respeto cultural.

<sup>3</sup> Las excepciones en cuestión, refieren al conjunto de los derechos laborales sobre los cuales existe abundante jurisprudencia y legislación reglamentaria que pretende hacerlos efectivos, considerándose en una situación de similar avance, el derecho a la salud y a la educación.

judicialmente, partiendo de la base de que no basta solo el reconocimiento legal de los derechos fundamentales de la persona, sino que es necesaria la existencia de alguna instancia jurídica que permita reclamar sobre los mismos y acceder a una justicia efectiva.

## I. El régimen de la Constitución Nacional

Los DESC, han sido reconocidos en la Constitución Argentina por vía directa e indirecta. La reforma constitucional de 1957 incorpora al texto de la Carta Magna el artículo 14 bis, el cual proviene a su vez del texto de la reforma constitucional implementada en el año 1949. Dicho artículo tiene por objeto incorporar (o reincorporar) los derechos individuales y colectivos del trabajador y los derechos básicos de la seguridad social. De esta forma, aunque parcialmente<sup>4</sup>, se incorporan directamente los DESC a la Constitución Nacional. La reforma constitucional de 1994 no ha modificado el presente artículo, el cual continúa siendo el núcleo de los DESC de nuestro régimen constitucional.

No obstante no haberse reformado o revisado dicho artículo, una modificación importante tuvo lugar en la reforma llevada a cabo en el año 1994, a través del otorgamiento de jerarquía constitucional (“*jerarquía superior a las leyes*”<sup>5</sup>) a los tratados internacionales celebrados por nuestro país que cumplan los requisitos correspondientes establecidos en los artículos 27, 99 inciso 11 y 75 inciso 22 de la Carta Magna. Esto implica la incorporación al orden jurídico nacional de los derechos reconocidos en aquellos tratados, pactos y demás instrumentos a los que el Estado Nacional adhiera, actualizando y ampliando la nómina de derechos con jerarquía superior que se encuentran establecidos.

Pero desde la última reforma constitucional en el año 1994 hasta el día de la fecha, la mayoría de esos derechos no han sido pasibles de un goce efectivo en gran parte de sus titulares, menos aún para aquellos que se encuentran por diferentes motivos en condición de vulnerabilidad. Pareciera que el único factor determinante para la exigibilidad de los DESC fuera la existencia de los recursos necesarios y de un Estado controlado por un poder político de turno que tenga la buena voluntad de repartirlos entre todos los integrantes de la sociedad, como si se tratara de *derechos de segunda categoría*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> En las consideraciones finales del presente trabajo se argumentará en este sentido.

<sup>5</sup> Inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional

<sup>6</sup> Abramovich y Courtis: “Los derechos sociales como derechos exigibles” Editorial Trotta, Madrid, 2002

## **II. El acceso a la justicia y el reclamo por los derechos económicos, sociales y culturales.**

El contenido del derecho del acceso a una tutela judicial efectiva que garantice justicia comprende el reconocimiento de los siguientes derechos<sup>7</sup> entre otros:

- 1) Concurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos una sentencia útil
- 2) A acceder una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente de lo actuado en sede administrativa
- 3) A un juez natural e imparcial
- 4) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción
- 5) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas

Si bien es necesario diferenciar cada caso en particular, cabe preguntarse *a priori* si en la generalidad de las situaciones, alguno de estos derechos existe cuando un ciudadano, por múltiples motivos, no accede al goce de su derecho a la alimentación o a la vivienda digna, siendo estos, derechos humanos reconocidos constitucionalmente en nuestro país.

## **III. Obstáculos para acceder a la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales**

La protección judicial de los DESC se puede discutir (o no realizar) en razón de varios motivos. En primer lugar se puede sostener que corresponde a atribuciones propias del Poder Ejecutivo (y en todo caso del Poder Legislativo) por plasmarse en políticas públicas que estos poderes tienen como atribución implementar y diseñar. En segundo lugar podría sostenerse que la intervención del Poder Judicial en relación a reclamos por estos derechos enfrentaría una serie de dificultades tales como la definición del alcance de su contenido o la determinación de cuándo existen actos u omisiones que impliquen un agravio. En este sentido también se puede argumentar que si se tomaran decisiones judiciales respecto a reclamos sobre DESC, estas acarrearían mayores conflictos y serían de difícil implementación en razón de que generalmente las decisiones en torno a estos derechos implican cuestiones principalmente de administración y asignación de recursos económicos.

---

<sup>7</sup> Perrino, Pablo “El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el Acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa” Revista de Derecho Público, Rubinzal-Culzoni, 2003, Proceso Administrativo – I, p. 257/294

### **III.1. Las garantías a los derechos**

Nuestro ordenamiento jurídico, a través del régimen constitucional, ofrece a los ciudadanos una serie de garantías a sus derechos. Es decir, mecanismos o instrumentos especiales que la Constitución crea para defender y asegurar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales al titular de éstos.<sup>8</sup>

Repasando las garantías otorgadas por nuestra Ley Suprema podemos encontrarnos con garantías que protegen la libertad personal, la privacidad y la intimidad típicamente contenidas en los artículos 18 y 19, y específicamente establecidas en el artículo 43, y la garantía a la propiedad contenida en el artículo 17. A su vez, existen garantías para los principios de legalidad y razonabilidad contenidas en los artículos 19 y 28 respectivamente.<sup>9</sup> Incluso puede considerarse la disposición del artículo 1 de nuestra constitución como una garantía de la forma republicana de gobierno<sup>10</sup>

Podría sostenerse que aquellos derechos fundamentales que estas garantías defienden, son derechos civiles y políticos de los ciudadanos, según las clasificaciones clásicas, y preguntarse por qué todas versan exclusivamente en relación a esta categoría de derechos. Resta mencionar la garantía del amparo establecida en el artículo 43 del texto constitucional, la cual en su amplitud puede abarcar la protección de los DESC, pero al mismo tiempo puede plantear una serie de cuestiones interpretativas no siempre de sencilla resolución.

### **III.2 Responsabilidad del Poder Judicial de garantizar los DESC**

Resulta innegable que existe una convicción o práctica generalizada que admite que la implementación de los DESC corresponde a la esfera “política” ya que las decisiones concernientes a estos obedecen a prioridades que los poderes políticos del Estado tiene la atribución de asignar con cierto margen de discrecionalidad en el marco de la implementación de políticas especiales a tal fin.

No obstante, sostener la posibilidad de que exista un acceso real a la justicia por parte de quienes no pueden gozar del ejercicio de los DESC a través de las instituciones del Poder Judicial, no implica sostener que es obligación de los tribunales solucionar todas las injusticias que existen o pretender que se dé

---

<sup>8</sup> Ekmekdjian, Miguel A. “Manual de la Constitución Argentina” Lexis Nexis, 2007, p. 70

<sup>9</sup> Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada”, La Ley, Tomo I, p.605

<sup>10</sup> Ekmekdjian, Miguel A. “Manual de la Constitución Argentina” Lexis Nexis, 2007, p. 72

lugar a un litigio en cada ocasión que el Estado no cumple con sus deberes en este aspecto, los cuales serán siempre principalmente responsabilidad de los poderes políticos del Estado. Se trata de reflexionar sobre las posibilidades de un acceso real a la justicia por parte de quienes ven vulnerados sus derechos.

La doctrina clásica de la división de poderes no excluye la posibilidad de que los jueces puedan, y deban, cumplir un papel en la exigibilidad de los DESC que se encuentran consagrados en la Constitución Nacional y en el derecho internacional. Por el contrario, la metáfora de los “pesos y contrapesos” frecuentemente utilizada para graficar el significado de esta doctrina, pueden utilizarse para sostener que los distintos poderes que componen el Estado, al supervisarse entre sí por diferentes medios<sup>11</sup>, deben ser garante de todos los derechos. El rol del Poder Judicial en este aspecto se destaca, ya que tiene el deber de controlar que los demás poderes del Estado cumplan sus funciones dentro de los márgenes y mandatos que la Ley Fundamental establezca. En punto a los derechos civiles y políticos, el rol del Poder Judicial consiste en controlar que el Estado cumpla las obligaciones negativas y positivas a fin de garantizar el respecto a estos derechos, como así también la protección de los individuos que ven afectado su ejercicio.

Cuando esto no sucede, como podría tratarse en el caso de que los poderes políticos dieran lugar a actos que no se conforman a la Constitución Nacional, o bien no realizaran aquellos que están obligados a realizar por mandato de las disposiciones y principios de la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, corresponde a los tribunales actuar, detectando esta inconsistencia en el sistema y proporcionando una solución a la misma a fin de restablecer el orden jurídico.

En este marco, la justificación del rol del Poder Judicial en relación a la intervención en casos vinculados a los DESC podría ser exactamente el mismo. La Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional imponen obligaciones tanto negativas como positivas al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo en relación a los DESC, y el fundamento para la consideración judicial de las situaciones particulares debería ser exactamente idéntico al aplicable a los casos referidos a los derechos civiles y políticos, y demás situaciones, es decir la garantía de la supremacía constitucional como norma fundamental de nuestro sistema jurídico<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Ekmekdjian, Miguel Ángel “Manual de la Constitución Argentina, Lexis Nexis, 2007, p. 313

<sup>12</sup> Baeza, Carlos R. “Derecho Constitucional” Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 121-123

Otra cuestión que podría plantearse es la de la aplicación de la doctrina de las “cuestiones políticas no justiciables” elaborada por la Corte Suprema de Estados Unidos y adoptada posteriormente entre otros países como el nuestro<sup>13</sup>. A su vez en la tradición legal continental, el derecho administrativo distingue entre la “revisión de legalidad” y la revisión de “oportunidad, mérito y conveniencia”<sup>14</sup>. Sin embargo la frontera que define lo “político” y la “oportunidad, mérito y conveniencia” no siempre es clara y muchas veces varía. A título de ejemplo, muchas de las cuestiones consideradas políticas en la revisión por parte del Poder Judicial, dejaron de serlo con el tiempo, ya que este ha ampliado sus facultades de revisión entre actos u omisiones inconstitucionales de los poderes políticos<sup>15</sup>

### **III.3. La determinación del incumplimiento de obligaciones referentes a los DESC y la reparación adecuada.**

Una cuestión que puede objetarse en cuanto a la posibilidad de acceder a la justicia en reclamos vinculados a los DESC es que se trata de derechos programáticos y no de derechos operativos<sup>16</sup>. A su vez se podría plantear cómo el Poder Judicial determinaría cuándo existen violaciones, y cómo se deberían reparar las mismas en el marco de lo posible y atendiendo las competencias de cada poder del Estado.

Por su relación con el tema, se puede destacar que el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales<sup>17</sup> reconoce la realización progresiva de los derechos contenidos en el mismo. Sin embargo el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>18</sup> también ha reconocido que existen ciertas obligaciones de “efecto inmediato” y que deben adoptarse medidas en un plazo “razonable”. Estos conceptos nos pueden ayudar a comprender que no nos estamos refiriendo a derechos meramente programáticos, sino que por el contrario, pueden imponer directamente algunas obligaciones operativas. Por

---

<sup>13</sup> Fallos: 53:420; 141:271; 210:855 entre otros.

<sup>14</sup> Cassagne Juan C. “Curso de Derecho Administrativo”, La Ley, 2011, T. I p. 641

<sup>15</sup> Nuestra Corte Suprema de Justicia llegó hasta declarar inconstitucional un artículo de la constitución con fundamento en que se sobrepasaron los límites establecidos en la ley de convocatoria de la Convención Constituyente Nacional de 1994, en el caso “Fayt” (Fallos 322:1616)

<sup>16</sup> Dentro del articulado de la Constitución podemos distinguir entre cláusulas operativas, programáticas y confirmatorias. Baeza, Carlos R. “Derecho Constitucional” Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 68-69

<sup>17</sup> Artículo 2(1)

<sup>18</sup> Observación N° 3, Punto 2

lo tanto el incumplimiento de estas puede ser motivo de acceso a la justicia, como así también el exceso en el retraso de la plena implementación de los derechos, sobrepasando la noción de “progresividad” según las circunstancias. Es decir que esta discrecionalidad otorgada a los poderes políticos es plausible de ser supervisada con criterios que operan como estándares de valoración, tan frecuentemente utilizados, como la “razonabilidad”, “proporcionalidad”, etc.

Para decidir si el derecho individual de una persona ha sido garantizado, los jueces no necesitan sustituir a los poderes políticos en el diseño de la política pública más apropiada: pueden simplemente examinar la eficacia de las medidas elegidas para lograr los objetivos constitucionalmente impuestos. Aunque el margen de discrecionalidad del Estado para adoptar las medidas adecuadas es amplio, algunos aspectos relativos a la toma de decisiones o a la implementación de esas medidas por parte de la administración pública deben ser susceptibles de control por parte del Poder Judicial

Podría considerarse que la interferencia judicial en la toma de decisiones y en las asignaciones de recursos presupuestarios en el ámbito de las políticas sociales sería una intervención indebida y que acarrearía complicaciones graves. No obstante lo precedentemente expresado, “... los derechos civiles y políticos no son particularmente baratos, ni carecen de costo alguno”<sup>19</sup> Puesto que la realización de los Derechos Civiles y Políticos representa costos para el Estado como puede ser la organización de elecciones, el régimen y organización de partidos políticos, etc. También existen casos en que el Estado debe indemnizar a ciertos grupos de personas, o personas individualmente, por actos que afectan sus derechos civiles y políticos y son de su responsabilidad. “En realidad, el hecho de que las decisiones judiciales tengan impacto presupuestario nunca fue considerado una razón para negar la justiciabilidad de los derechos civiles y políticos. El mismo argumento debería aplicarse a los DESC”.<sup>20</sup>

#### **4. Observaciones finales**

Para la falta de protección efectiva que garantice el acceso a la justicia para reclamar el gozo de los DESC pueden encontrarse razones históricas e ideológicas que conllevan consecuencias jurídicas.

---

<sup>19</sup> Comisión Internacional de Juristas, “Los Tribunales y la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, N° 2, 2010, p. 113

<sup>20</sup> Comisión Internacional de Juristas, “Los Tribunales y la exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales” Serie Derechos Humanos y Estado de Derecho, N° 2, 2010, p. 114.



La mayoría de los países que se adhirieron al denominado “Constitucionalismo Social”<sup>21</sup> lo hicieron sobre todo a través de un modelo centrado en las relaciones de trabajo, como el caso de nuestro país. Es decir que no ha habido un desarrollo extenso de los DESC ya que se los ha considerado, por lo menos desde la óptica de la técnica legislativa plasmada en la Constitución Nacional como derechos accesorios, suplementarios o por lo menos asociados a los derechos de los trabajadores, o ligados a la posición del trabajador.<sup>22</sup>

El devenir del tiempo ha demostrado que la concepción precedentemente mencionada volcada en la técnica legislativa no resulta del todo acertada. Es concebible poner en duda la estrategia de vincular el acceso a bienes sociales tales como la vivienda o la salud con los puestos de trabajo estable, ya que resultaría una contradicción al momento del reconocimiento jurídico de estos derechos: los grupos sociales que se encuentran en mejores situaciones por una relación de empleo estable encuentran mayores derechos asegurados que aquellos que no se encuentran en esa posición, y por ende quienes se encuentran en una situación más desfavorecida, no. Por lo tanto la razón de ser del reconocimiento de derechos sociales, es decir, la protección de los grupos de individuos más vulnerables, no tendría lugar.

Por otro lado la Constitución Nacional, al igual que la de muchos otros estados, ha sido concebida bajo la ideología liberal predominante entre los siglos XVIII y XIX. Esto implicó que la mayoría de los textos constitucionales tuviesen como objetivo la limitación del poder y el resguardo de los derechos de los ciudadanos frente al Estado principalmente<sup>23</sup>. Una consecuencia de esto puede observarse en la aceptación del carácter operativo de los derechos civiles y políticos y en la consideración del carácter programático de los DESC, estimando la necesidad de brindar una tutela jurídica efectiva e inmediata a aquellos, mientras que en relación a estos, corresponde esperar que la implementación de las políticas adecuadas garantice su goce para todos los ciudadanos, como una meta a alcanzar en forma paulatina. Esto es contrario a los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos.

Entonces, los mecanismos por los cuales se puede garantizar el respeto de los DESC quedan librados a la discrecionalidad de los poderes políticos. Lo ideal es que los derechos reconocidos en la primera parte de la Constitución tengan

---

<sup>21</sup> Baeza, Carlos R. “Derecho Constitucional” Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pp. 52-54.

<sup>22</sup> Abramovich y Curtis, “El Umbral de la Ciudadanía. El Significado de los Derechos Sociales en el Estado Social Constitucional”, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, Capítulo I.

<sup>23</sup> Ekmekdjian, Miguel Ángel “Manual de la Constitución Argentina” Lexis Nexis, 2007, p.02

operatividad propia, esto es, que el titular de ellos pueda exigir la protección jurisdiccional, fundándose únicamente en el propio texto constitucional, sin aguardar la aparición de esa norma inferior que le conceda la operatividad derivada<sup>24</sup>.

La cuestión radica en dar prioridad al desarrollo de una base de principios jurídicos que no solo limite el poder del estado, sino que traduzca equilibrada y adecuadamente las funciones del Estado como garante del bien común, a través de normas operativas y garantías específicas que garanticen el acceso a la justicia para la defensa de todos los derechos inherentes a la dignidad de la persona.

Sin desconocer los límites y dificultades en la cuestión, es indispensable que desde los distintos poderes del Estado, ante las graves consecuencias sufridas en relación a la imposibilidad de goce real de los DESC que sufre la mayoría de la población, y ante la ausencia de políticas públicas que puedan atender en su conjunto a esta problemática, se extiendan los mecanismos e instrumentos que puedan servir para obtener compromisos vinculantes por parte del Estado y garantizar el disfrute de estos derechos a los ciudadanos.

---

<sup>24</sup> Ekmekdjian, Miguel Ángel “Manual de la Constitución Argentina” Lexis Nexis, 2007, p.74



## EL FUTURO CONSTITUCIONAL

Paola González\*

*“Las leyes están para que el poderoso no pueda todo”*  
Ovidio <sup>1</sup>

En el escenario interamericano el desarrollo de los derechos humanos es ineludible pero su incorporación a los ordenamientos internos como en el caso Argentino ¿Podrían transformarse en una inesperada espada de Damocles? En este marco ¿Qué rol tendría la Constitución Nacional ante el avance del derecho supranacional?

En primer lugar definiremos que se entiende por Derechos Humanos. Según la Carta de las Naciones Unidas *los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.*

En segundo lugar en el año 1994 se reforma la Constitución Nacional y se agregan al ordenamiento jurídico argentino los tratados internacionales de derechos humanos.

El artículo 75° inc. 22 de la Constitución nacional establece un determinado número de tratados internacionales a los que acuerda jerarquía constitucional

La República Argentina, suscribió los instrumentos internacionales fundamentales que rigen el sistema de los Derechos Humanos. Votó en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Desde 1952 fue parte de la Convención para la Prevención del Delitos de Genocidio y de la Convención

---

\* Alumna regular de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur

<sup>1</sup> Frase de Publio Ovidio Nasón poeta Romano

Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial vigente desde 1969. En 1984 se hizo parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). Se hizo parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo en 1986; de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en 1985; de la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes en 1986 y de la Convención de los Derechos del Niño en 1989.

De manera que nuestro país adhirió a la parte dogmática del Pacto de San José de Costa Rica aceptando los mecanismos de control que él establece. Sometiéndose así a la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la obligatoriedad de sus fallos

El Art 31 de la Constitución Nacional dice: “esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación (...)”. Podría sostenerse el rango inferior de la Constitución Nacional frente a los tratados de derechos humanos al diferenciar el control de constitucionalidad que sólo acarrea no aplicar la norma en el caso resuelto con efecto inter partes mientras:

“El control de convencionalidad desempeña un doble papel, por el primero represivo, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso constitucionales) opuestas al referido pacto (o convención americana sobre derechos del hombre) y a la interpretación que sobre dicho pacto ha hecho la Corte Interamericana de derechos humanos. Por el segundo constructivo también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación armonizante o adaptativa de derecho local con el pacto y la exégesis dada al pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana”<sup>2</sup>

Sin perjuicio de ello la obligatoriedad de los fallos y su cumplimiento se desprenden del artículo 27° de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por la ley 19.865, que establece “una parte no podrá invocar

---

<sup>2</sup> Sagües sobre el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, de 24 de noviembre de 2006, consid. 128, la Corte Interamericana

las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” y el Art 67 inciso 2 de la CADH ( con jerarquía constitucional) dice refiriéndose a la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable”

Por otra parte la evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun antes de la reforma del 1994, se impuso el seguimiento de la jurisprudencia internacional en la aplicación local de los tratados de derechos humanos, argumentando la necesidad de evitar que el Estado incurriera en responsabilidad internacional por no aplicarlos debidamente.

En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Ekmekdjian*<sup>3</sup>, se reconoció la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, a la vez que la plena operatividad de sus normas

En el caso *Giroldi*<sup>4</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo además que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos”.

En el caso *Espósito*<sup>5</sup> la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Además la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Mazzeo*<sup>6</sup> del año 2007 confirmó la doctrina utilizada por la Corte Interamericana de derechos humanos en “Almonacid Arellano” cuando establece que el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad teniendo en cuenta no solamente la CADH sino también la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>3</sup> Caso “Ekmekdjian contra Sofovich” 1992 CSJN

<sup>4</sup> Caso Giroldi Horacio D. y Otro 1995 CSJN

<sup>5</sup> Caso Esposito “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”.

<sup>6</sup> Caso Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad

Entonces no es suficiente con que una regla local sea constitucional. También debe ser “convencional”. En esto se aprecia el valor de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de derechos Humanos en nuestro ordenamiento interno. Así como su potencial valor unificador de los sistemas jurídicos de los países miembros.

De manera que nuestra Corte Suprema reconoció y aplicó lo que la Declaración Americana establece “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”<sup>7</sup>. Teniendo en cuenta que ya en los albores del Derecho Internacional, se acudió a nociones básicas de humanidad para regir la conducta de los Estados.

En consecuencia la consolidación de un régimen de derechos humanos a través de la unificación de la jurisprudencia nos acerca a un sistema jurídico supranacional Latinoamericano. Desde el cual incluso podría vislumbrarse una Constitución Convencional Interamericana.

En ese contexto el rol de la Constitución Nacional será el de vehicular la efectiva aplicación y operatividad del derecho internacional convencional a través de la creación de mecanismos constitucionales específicos como el control de convencionalidad concentrado, tribunales convencionales de derechos humanos o entes de mediación entre Estado Federal y provincias.

Efectivamente lejos de acotar la función de la Constitución Nacional, el acceso a la jurisdicción supranacional fortalecería la garantía para la defensa de los derechos consagrados y la integración interamericana.

Tal vez el futuro este signado por bloques constitucionales integrados por países adherentes y ya no por Constituciones individuales. Quizás no estemos muy lejos del derecho de ciudadanía Mundial <sup>8</sup> kantiano.

---

<sup>7</sup> Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos humanos

<sup>8</sup> En su obra “La Paz Perpetua” Kant propone una respuesta anticipada a la violencia que se instala en esa época (1795) entre los partidarios de las monarquías y los republicanos. Es una visión optimista del mundo que los hechos desmentirían más tarde.

**»ENTREVISTA«**





## LA IMPLEMENTACIÓN DEL JUICIO POR JURADOS EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL: ENTREVISTA AL DR. ALBERTO BINDER

Leandro Kunusch\*

*Sumario: I. Introducción. II. Entrevista al Dr. Alberto Binder.  
III. A modo de conclusión.*

### I. Introducción

Nuestra Constitución Nacional manda, en tres de sus ciento veintinueve artículos<sup>1</sup>, la implementación de un modelo de enjuiciamiento penal que prevea la participación ciudadana en el desarrollo del debate oral. Luego de más de ciento cincuenta años de tal consagración por nuestros constituyentes, el instituto de Juicio por Jurados ha comenzado paulatinamente a recibir acogida en los diferentes ordenamientos procesales vigentes en nuestra República, habiendo comenzado ya la sustanciación de juicios bajo este modelo en las provincias de Córdoba, Neuquén y Buenos Aires<sup>2</sup>.

En el marco de su visita a la ciudad de Bahía Blanca el día 16 de Mayo de 2015, estuvimos dialogando con el Dr. Alberto Binder sobre la implementación de este modelo en nuestro sistema, quien como primera medida destacó la labor realizada en esta temática por el Instituto de estudios comparados en Ciencias Penales y Sociales –cuya Vicepresidencia ocupa–, organismo que sin perjuicio de su dedicación al estudio de todos los temas concernientes a la reforma de la justicia penal,

---

\* Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional del Sur.

1 El artículo 24 establece que “*El Congreso promoverá la reforma de la actual legislación en todos sus ramos, y el establecimiento del juicio por jurados*”. Por su parte, el artículo 75 dispone que “*Corresponde al Congreso: (...) 12. Dictar (...) leyes generales (...) que requiera el establecimiento del juicio por jurados*”. A su vez, el artículo 118 dispone que “*Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución...*”

2 Es dable destacar las iniciativas de las provincias de Chubut y Río Negro, y el nuevo Código Procesal Penal aprobado en el orden Federal, que han decidido la instauración de este modelo no obstante la pendencia en su implementación.

desarrolló un programa especial dedicado al análisis del sistema de juicio por jurados y su implementación práctica en nuestro sistema procesal penal.

## II. Entrevista al Dr. Alberto Binder

*¿Qué opinión le merece la introducción del modelo de enjuiciamiento por jurados en nuestro sistema procesal penal?*

Soy muy favorable a la introducción del juicio por jurados en nuestro sistema. Ello, por varias razones. En primer lugar, como decía Tocqueville, quien va a estudiar el modelo de jurados a los estados unidos –ello puede verse en *La democracia en América-*, el jurado es posiblemente uno de los mecanismos más concretos y reales de participación ciudadana en las decisiones de gobierno. En este caso, se inmiscuye en una decisión de gobierno particular, que es la que toma la justicia en los casos particulares cuyo juzgamiento se le solicita, y en especial en las decisiones de mayor relevancia penal, en la medida en que este modelo es introducido para participar en la decisión sobre la aplicación de las penas más graves. En este sentido, dada la sensibilidad que afortunadamente hoy en día tenemos acerca de que la democracia no puede ser solamente un asunto de políticos profesionales, sino que la ciudadanía está en condiciones de involucrarse más fuertemente, me parece que es un mecanismo de democracia participativa interesante.

Por otra parte, históricamente el juicio por jurados es el juicio de mayor calidad. Ello puesto que la gran mayoría de las garantías que hoy reconocemos como aplicables a todos los juicios, son garantías que se desarrollaron a lo largo del juicio por jurados. Y si observamos la experiencia arrojada en Buenos Aires, cuando se hacen juicios por jurados, el modelo de litigio y el tratamiento de la prueba devienen mucho más estrictos. Así que no podemos decir que el juicio por jurados es una especie de justicia emocional o de menor calidad, sino todo lo contrario.

En tercer lugar, el tipo de tribunal amplio que es el jurado rescata algo muy importante: la deliberación. Los jueces profesionales, por el habitualismo, por la cantidad de casos, y porque están todos los días decidiendo casos, tienden luego a deliberar poco. Y paradójicamente, los casos penales vistos desde el lado de la víctima son un hecho excepcional en su vida, a lo cual la justicia le está respondiendo con una rutina de un trabajo profesional de todos los días. El jurado, en cambio, le da esta connotación de individualidad, excepcionalidad, preocupación, que luego se manifiesta en la deliberación, porque lograr que

se ponga de acuerdo un número importante de personas requiere un proceso de deliberación importante. Entonces, me parece que desde el punto de vista del mecanismo de participación y de la calidad del juicio, el jurado es una institución muy importante.

*-1En virtud de los dos sistemas más conocidos que existen en la actualidad, que son el escabinado implementado en Córdoba y el anglosajón receptado en Buenos Aires, ¿cuál de los dos usted cree que es el más idóneo en nuestro sistema?*

El jurado histórico, anglosajón, me parece que es el que promueve el litigio de mayor calidad. Con respecto al caso que tenemos en Córdoba, que está evolucionando hacia una forma más parecida al clásico –y creo firmemente que va a seguir evolucionando–, es un modelo de jurados donde la influencia de los jueces profesionales no se aprecia solo en la deliberación –porque incluso eso puede cambiar–, sino también en la forma de litigio que están acostumbrados a desarrollar, puesto que son más acordes con el escriturismo y con el modelo de poca calidad. Esto hace que no sea tan idóneo el modelo escabinado para depurar la formas de litigio, por lo cual prefiero quedarme con el jurado anglosajón.

El problema de la fundamentación al que se alude me parece que es un tema más teórico que real, porque si bien el veredicto absolutorio del jurado tiene muy pocas posibilidades de revisión, el condenatorio tiene posibilidades de revisión cuando hay elementos de manifiesto abuso y contradicción, o arbitrariedad en la interpretación de la prueba, o han sido dadas instrucciones mal realizadas, o cuando pueda comprobarse –por ejemplo– un caso de corrupción de un jurado. Por lo tanto, me parece que hay un poco de mito acerca del tema de la fundamentación del escrito de las sentencias. Y esa revisión se realiza mediante el despliegue de un nuevo juicio. Además, la fundamentación de nuestras sentencias es muy mala, muy pobre, es un conjunto de palabreríos y transcripciones de cosas, y de argumentos de formulario que no permiten una mayor fundamentación.

*Los primeros juicios por jurados realizados en Buenos Aires han arrojado estadísticamente una cierta tendencia hacia la absolución, y a raíz de ello han reaccionado ciertos sectores doctrinarios cuestionando las mayorías que se exigen en la ley para condenar, afirmando que son inconvenientemente elevadas. ¿Qué opinión le merece a usted este tema?*

Me inclino manifiestamente a favor de las mayorías actuales. No me parece adecuado bajar las mismas. Hay que dejar que la institución corra, recién empezó, y mucho de estos resultados tiene que ver con dos razones: por un

lado, que los fiscales estaban muy acostumbrados a litigar con baja calidad y se encontraron de repente con que tienen que preparar mejor los casos; y por el otro, que los defensores eligieron bien los casos que merecían ser llevados ante jurados. Creo que estas circunstancias van a ir estabilizándose en el sistema.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que no solo se exigen mayorías para condenar, sino también para absolver. Porque diez o doce son los números que se necesitan para condenar, pero también hay un número que se necesita para dar por culminada la persecución penal al imputado. Si entramos en un caso de jurado estancado, porque no se llega a las mayorías necesarias para absolver, debe hacerse el juicio de nuevo, no puede absolverse al imputado.

Los que salieron a decir algo en contra ante los primeros diez juicios, es porque estaban en contra del juicio por jurado desde antes. Hay que esperar un año, o tener al menos varios cientos de casos de jurados, y ahí ver si deben tomarse decisiones de corrección del funcionamiento. A mí, por ejemplo, me gusta más el jurado obligatorio, no optativo, de forma tal que así serían más los casos que llegarían a juzgarse por este sistema.

*Entonces, ¿usted se manifiesta en contra del derecho de renuncia a ser enjuiciado por jurados?*

Sí, yo creo que nuestra Constitución Nacional establece el juicio por jurados como algo obligatorio.

*Ahora bien, ¿ello no permitiría inferir que el jurado no estaría actuando como una garantía para el imputado?*

Yo creo que las garantías son siempre renunciables, sin dudas, pero la clave está en que no siempre esta institución funciona como garantía. A veces funciona como tal, y otras como lo que llamamos una “condición de legitimidad”. Yo creo que nuestra Constitución Nacional está diciendo dos cosas: que es una garantía para el imputado, pero también que en el caso de las penas más altas, no hay que confiar en el juez profesional.

*Y el hecho de no interpretar al juicio por jurados como una garantía para el imputado en todas y cada una de las circunstancias en que un sujeto es acusado de un acontecer delictivo, sustrayendo de la posibilidad de renuncia a aquellas imputaciones cuyas penas en abstracto son más altas, ¿no implicaría marchar en contra de la disposición constitucional inserta en la parte dogmática del Texto Supremo, concretamente, el artículo 24?*

No, porque también está consagrado en la parte orgánica, precisamente en la que regula el funcionamiento del poder judicial. Aquí está la clave para entender el doble carácter que reviste el modelo de enjuiciamiento que nos ocupa, es decir, en el juego de este plexo normativo.

Funciona como una garantía de tal manera que el imputado pueda pedir siempre ser juzgado por jurados. Y en este sentido, repito, creo que las garantías son siempre renunciables, por lo cual no habría problemas en que un imputado renuncie a este modo de enjuiciamiento, por las circunstancias que fueren.

Pero para el caso específico de los crímenes, en nuestro modelo constitucional hay otro fundamento que motiva la realización del juicio con intervención de jurados, y este fundamento es el que lo convierte en obligatorio por razones de legitimidad, y por ende irrenunciable. La garantía de jurados se prevé para todos los delitos, pero en el caso específico de los crímenes, en nuestra Constitución Nacional, por razones de legitimidad, el juicio por jurados deviene obligatorio.

No hay que olvidarse, además, de que la discusión entre juicio por jurados y sistema inquisitorial está fundada en una muy fuerte sospecha en contra del juez profesional. Gaetano Filangieri decía acertadamente que tener un sistema que se funda en hombres cuyo único oficio sea juzgar a los demás, es un sistema contrario a una organización de libertades públicas. Francesco Carrara sostenía lo mismo. Es decir, en el nacimiento del derecho penal liberal y en la crítica a la inquisición –sistema donde aparece el juez profesional–, comenzó a identificarse al juez profesional como algo intrínseco al sistema inquisitorial.

*Con respecto al jurado estancado, tema que antes hemos tocado, si bien un amplio sector doctrinario guarda adhesión a su vigencia, otra calificada doctrina ha formulado una pluralidad de críticas tendientes a su rechazo por inconstitucional, argumentando una suerte de incompatibilidad con el non bis in idem. ¿Qué opinión le merece a usted esta postura?*

Creo que la cuestión depende de cómo se utilice esta herramienta. Si se abusa de esta institución, en forma tal que se le da al acusador una pluralidad de oportunidades para repetir el juicio, sería una situación cuestionable.

En la provincia de Buenos Aires, si se estanca por segunda vez, se absuelve al imputado, por lo cual es un sistema de jurado estancado notablemente moderado. Igualmente, el tema es discutible, pero pienso que no genera una

afectación tan grave al *non bis in idem*, sobre todo en un país como el nuestro en el cual no rige una doctrina tan absoluta de esta garantía.

*Y el hecho de que se haya reformado el código procesal, vedando la posibilidad de recurribilidad del veredicto absolutorio, y no se haya procedido de igual forma para el caso de que la absolución provenga de tribunales criminales o jueces correccionales, ¿implica para usted una contrariedad?*

Evidentemente, todavía tenemos una doctrina del *non bis in idem* que es bastante híbrida. Nuestro sistema normativo va evolucionando, está en ese largo proceso de crecimiento, que puede llevar años, aunque ni siquiera nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional tiene casos claros al respecto. Sin dudas estamos yendo a un sistema en el cual la absolución adquiere firmeza salvo en algunos pocos casos excepcionales, que tienen que ver más que nada con el prevaricato y todo lo relacionado con esos temas. Vamos hacia allá, aunque estimo que debe darse el tiempo de maduración que todo sistema necesita.

### **III.A modo de conclusión**

El objetivo de la entrevista fue el de conversar respecto de diversos temas relacionados a la implementación del instituto de juicio por jurados en nuestro sistema, y dejar planteada en base a ello una hipótesis de debate.

El profesor nos ha ilustrado con su postura respecto de algunas controversias existentes en torno a la temática en examen. Lo cierto es que el juicio por jurados ya está en marcha en nuestro sistema procesal penal, y nuestra República tiene la dicha de albergar los dos modelos clásicos de este instituto: el tradicional anglosajón en Buenos Aires y Neuquén, y escabinado en la provincia de Córdoba.

Más allá de la divergencia doctrinaria existente en torno a la conveniencia de implementación de uno u otro modelo de jurados, e incluso a la forma en que debe adoptarse el modelo elegido una vez hecha la opción, es incuestionable la aseveración de que la inclusión de la participación ciudadana en la administración de justicia constituye un avance irrefrenable hacia la consagración de un sistema procesal respetuoso de las garantías constitucionales que necesariamente debe observar. En definitiva, y según palabras del Dr. Binder, este sistema –aunque perfectible– conduce en forma indudable al desarrollo de un juicio penal de calidad.

## INDICACIONES PARA EL AUTOR

En conformidad con el Reglamento de la Revista de Derecho UNS, el autor deberá observar las siguientes pautas de redacción:

» Para publicar en la sección “Ensayos”, es requisito ser estudiante de la carrera de Abogacía dictada por el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur - o de una carrera equivalente en el ámbito nacional o extranjero que cuente con el reconocimiento por las autoridades correspondientes- debiendo contar el autor con, al menos, 10 exámenes finales aprobados de la carrera de Abogacía.

» Para publicar en las secciones “Comentarios de Jurisprudencia”, “Novedades Legislativas”, “Derecho y Literatura” y “Derecho y Cine” es requisito ser estudiante de la carrera de Abogacía que dicta el Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur - o de una carrera equivalente en el ámbito nacional o extranjero que cuente con el reconocimiento por las autoridades correspondientes- y tener aprobados al menos 6 exámenes finales de la carrera.

Los artículos que se presenten deberán contribuir al estudio y conocimiento del Derecho y cumplir con los siguientes requisitos:

- Deberán ser inéditos
- Se admiten trabajos de autores colectivos (co-autores)
- Hoja: A4
- Tipo de letra: “Arial” tamaño 12 para el texto y 10 para las citas a pie de página, con un interlineado de 1,5, y los márgenes de las páginas deberán ser de 2 cm. en todos los casos.
- En caso de destacados dentro del texto se debe utilizar bastardilla. No se admitirá el resalto con negrita.
- Copias: 1 en papel y 1 en CD o enviada por e-mail (en formato Word).
- El trabajo debe firmarse exclusivamente bajo un seudónimo, no indicando del autor.
- El/los autores presentarán además, al tiempo de la entrega del ejemplar en papel un sobre cerrado identificado únicamente con el seudónimo, que deberá contener una nota firmada detallando: su/s nombre/s y apellido/s, su seudónimo, número/s de Libreta Universitaria (en el caso de alumnos), dirección, teléfono, dirección de e-mail, y la manifestación de que conoce y acepta expresamente los términos del reglamento, en especial, lo previsto en el art. 30. De la misma manera, en el envío del archivo digital, deberá agregarse un documento identificado con el seudónimo con igual contenido.



## **¿A dónde enviar el trabajo?**

El trabajo debe entregarse, en sobre cerrado dirigido a “Revista de Derecho UNS”, en Mesa de Entradas del Departamento de Derecho de la UNS en Avda. Colon 50 de la ciudad de Bahía Blanca y al mismo tiempo en formato digital (archivo Word) a la casilla de correo [revistadederechouns@gmail.com.ar](mailto:revistadederechouns@gmail.com.ar)

## **Extensión de las colaboraciones**

- a) Ensayos, Doctrina y Selección Especial: hasta 3.000 palabras (aproximadamente 10 páginas).
- b) Resto de las secciones: hasta 1.000 palabras (aproximadamente 3 páginas).

## **Proceso de evaluación y selección de trabajos**

Los trabajos que se presenten serán evaluados por el Comité Académico de la Revista. La función de este consiste en evaluarlos y dictaminar acerca de su publicación, conformando una preselección. A tal efecto, el artículo presentado es sometido al siguiente proceso de evaluación:

En primer lugar, es recibido por el Secretario de Redacción. Luego, el Consejo de Redacción decidirá a qué miembro del Comité Académico se asigna el mismo, sin indicar el nombre del autor. En caso de que el evaluador sugiera modificaciones, el autor podrá realizar las modificaciones pertinentes y presentarlo nuevamente.

Antes de la publicación de cada número, los trabajos que han sido preseleccionados serán evaluados por el Consejo de Redacción por un mínimo de tres de sus miembros. En tal ocasión se decidirá la conformación del número. Los trabajos preseleccionados que no sean aprobados para su publicación inmediata podrán, si el autor así lo desea, ser considerados a los efectos de su inclusión en el siguiente número.

Una vez seleccionado un trabajo, el mismo será revisado y corregido nuevamente para su publicación por al dos miembros del Consejo de Redacción, entre los cuales se debe encontrar el Director o Vicedirector de la publicación.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la “Revista de Derecho de la UNS”, tanto en su versión en papel como en su versión electrónica, en la página web del Departamento de Derecho de la UNS.

## **Aspectos jurídicos y económicos**

Los autores ceden a favor del Departamento de Derecho de la UNS y de la Editorial de la Universidad Nacional del Sur (EdiUNS) los derechos de autor sobre los trabajos de su autoría, para que, de estimarlo, sean publicados por los medios académicos, científicos o de interés jurídico, en la forma, condiciones y plazos que estimen convenientes. A tal fin, el/los autor/es se obliga/n a otorgar todos los actos necesarios para esa publicación.

La presentación de trabajos a efectos de que sean considerados para su publicación implica la plena conformidad y aceptación de los términos y condiciones expresadas por el Reglamento.



## REGLAS DE ESTILO

### **I. Introducción**

La elaboración de una hoja de estilo pretende disponer parámetros para otorgar coherencia global a los trabajos y fundar un estilo editorial.

En ese menester, se establecen perfiles de diseño editorial de la publicación destacando algunas reglas sobre las cuales se han de estructurar las citas y referencias bibliográficas.

Las citas son indicaciones precisas y detalladas que se utilizan para hacer referencia a otros autores con la finalidad de poder llegar a la fuente de lo citado. Las normas convencionales señalan que todo lo que no sea propio de los redactores debe ser citado porque lo contrario puede considerarse un acto indebido de apropiación.

El Consejo de Redacción de la Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Sur ha adoptado como modelo el método de citación dispuesto en la asignatura Taller de Seminario de la carrera de Abogacía de la U.N.S, al cual ha de recurrirse subsidiariamente frente a cualquier situación no contemplada expresamente por las presentes reglas de estilo.

### **II. Referencia o perfil del autor**

Cada trabajo publicado indicará el nombre completo de sus autores. Se agregará a pie de página una breve nota de referencia del/los autor/es de cada artículo incluyendo título académico o grado de formación alcanzado con una frase nominal, cargos docentes o institucionales destacados y otros datos sobresalientes sobre su trayectoria.

### **III. Sumario**

Precederá a cada trabajo un sumario en el cual consten los diferentes subtítulos o secciones que lo estructuren. Cada subtítulo deberá organizarse con números romanos.

### **IV. Resumen y Palabras Clave**

Cada trabajo irá precedido, asimismo, de un Resumen y de una suma de Palabras Clave.

El primero consiste en una síntesis donde se informa los contenidos y alcances del artículo, así como también los objetivos planteados en el mismo. Su extensión no podrá superar las 200 palabras.

Las segundas, por su parte, abarcan un conjunto palabras clave para comprender la temática central del artículo, para facilitar de tal manera su clasificación

temática. Se solicita un mínimo de cinco (5) palabras clave.

Ambas secciones deberán presentarse en dos versiones: una en idioma español y otra en idioma inglés (Abstract y Keywords). Esta última podrá, no obstante, encomendarse al Consejo de Redacción.

Los trabajos incluidos en la sección Comentario de Fallo por excepción no incluirán Resumen, ni Palabras Clave.

## **V. Reglas generales de citación**

Las citas serán organizadas en orden creciente numérico, y deberán constar al pie de la página. Esto no podrá ser reemplazado por el señalamiento de bibliografía al final del artículo.

### **a. Indicación de páginas**

Cita de una página específica: p. 18.

Cita proveniente de una página y las siguientes: p. 18 y ss.

Cita proveniente de un conjunto de páginas: pp. 18-25.

Cita de páginas que no son consecutivas: pp. 18 y 25.

### **b. Abreviaturas**

Deberán evitarse las abreviaturas. De utilizarse han de indicarse con precisión.

### **c. Fuentes web**

Las fuentes obtenidas de la web - preferentemente provenientes de páginas o portales de organismos oficiales y bases de datos legislativos o jurisprudenciales de libre acceso- deberán hipervincularse.

Ejemplo modo 1: ALVARADO, LOURDES, “Facultad Discrecional”, *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Políticas*, consultado el 08/05/12. URL: [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=723&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=723&Itemid=27)

Ejemplo modo 2: SCHMITT, CARL, *Sobre el Parlamentarismo*, disponible en <http://www.iestudiospenales.com.ar/filosofia-/423-sobre-el-parlamentarismo.html> (Documento Digital, pp.17 y ss.)

VARANI, JAVIER E., “La Imprescindible Reforma de la Ilegítima Ley Electoral Bonaerense. El Caso de la Integración de los Concejos Deliberantes.” Disponible en [http://www.quieroelegir.com/varani\\_imprescindiblereforma.pdf](http://www.quieroelegir.com/varani_imprescindiblereforma.pdf) (Documento Digital, p.2).

A continuación apuntaremos cuál es la forma adecuada para citar distintas categorías fuentes jurídicas.

## VI. Fuentes

### a. Fallos

Partes –Tribunal –Fecha -Publicado en: bastardillas. –Página/s

Ejemplo 1: “Giroldi Horacio D. y otro”, CSJN, 7/4/95, *La Ley Online* (Documento Digital, pp. 4 – 8).

Ejemplo 2: “Machinandiarena Hernández, Nicolás c. Telefónica de Argentina”, CCiv. y Com. Mar del Plata, Sala II, 27/05/2009, *LA LEY* 08/06/2009, 08/06/2009, 11 - *LA LEY* 2009-C, 647 - *LA LEY* 19/06/2009 , 7; *LA LEY* 2009-D , 96; *LLBA* 2009 (junio), 557 - *RCyS* 2009-VII , 62; *LA LEY* 29/12/2009 , 4; *LA LEY* 2010-A , 220 (AR/JUR/10675/2009, pp. 11 y ss.)

### b. Fallo anotado

Partes –Tribunal –Fecha -Publicado en: bastardillas – Página/s

Ejemplo: “Federación Patronal A.R.T. S.A. c. Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos”, CNFed. CA, Sala II, 13/4/1999, con nota de AGUSTÍN GORDILLO, “Tasa por Decreto”, *La Ley*, 1999-C, 509.

En caso de citarse el fallo y no su comentario, ha de omitirse la referencia al autor.

### c. Artículos de revistas

Autor -Título: entre comillas -Publicado en: Título de la revista debe ir en bastardilla, el número de ejemplar y tomo (si lo hubiere) ha de citarse utilizando números romanos –Editorial – Página/s.

Ejemplo 1: ROCHA PEREYRA, GERONIMO, “Sobre el Derecho Administrativo Sancionador (Las sanciones administrativas en sentido estricto)”, Publicado en la *Revista de Derecho Administrativo (REDA)* nro. XLIII, abril de 2003, Ed. LexisNexis, pp. 21 – 24.

Ejemplo 2: SPROVIERI, LUIS E., “La multa civil (daños punitivos) en el derecho argentino”, *SJA* 3/11/2010 (AbeledoPerrot N°: 0003/015188, pp.1-2).

Ejemplo 3: ALVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., “Los daños punitivos”, *LA LEY* 2000-A, 1111 (*La Ley Online*, p.4);

### d. Libros

Autor o autores: Apellido y nombres en mayúscula -Título: bastardillas –Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año – Página/s.

Ejemplo 1: BIOCCA, STELLA M., *Derecho Internacional Privado, un nuevo enfoque*, 1ª Edición, Ed. Lajouane, Buenos Aires, 2004, pp. 91-121.

Ejemplo 2: BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de derecho de familia*, 1ª Edición, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988 (6ª ed., 2004), pp.139-141.

#### **e. Libros de Abeledo Perrot Online**

Autor -Título: bastardillas – Año – Edición – Editorial – Pagina/s.

FERNÁNDEZ, RAYMUNDO L., “Derecho del Consumo”, en *Tratado teórico – práctico de Derecho Comercial*, Ed. LexisNexis – Abeledo Perrot, 2009, *Lexis* Nº 9212/003489, pp. 3-4.

#### **f. Fuentes Secundarias**

Ejemplo 1. PIZARRO, RAMÓN D., “Daños Punitivos”, en *Derecho de Daños*, Homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, Buenos Aires, Ed. La Rocca, Segunda Parte, 1993, pp. 287 y ss.; [citado por BUSTAMANTE ALSINA, JORGE en “Los llamados ‘daños punitivos’ son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *LA LEY* 1994-B, 860 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo III, 01/01/2007, 267 - Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2009, 309 (La Ley Online, p.8)].

#### **g. Definiciones de diccionarios**

Voz –Autor -Título: bastardillas -Edición – Editorial - Lugar de publicación –Año.

Voz “*Exceptio non adimpleti contractus*” en OSSORIO, MANUEL, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, 27ª Edición actualizada, Ed. Heliasta, Buenos Aires, 2000.

#### **h. Leyes**

Número de la ley - Nombre de la ley o decreto, si lo tiene - Título de la publicación en que aparece oficialmente -Lugar de publicación - Fecha de publicación (día, mes y año) -Paginación si hubiera.

Ejemplo: Ley 23.515 Divorcio vincular, Boletín Oficial de la República Argentina, Buenos Aires, 12 de Junio 1987.

Publicación del Departamento de Derecho  
de la Universidad Nacional del Sur gestionada  
y dirigida por estudiantes de la carrera de Abogacía