

GONZALO G. CARRANZA (dir.) y JUAN SANTIAGO YLARRI (coord.): *Reforma constitucional inacabada. Un enfoque sobre las innovaciones institucionales en Argentina*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2021¹.

Hay una buena noticia para el derecho constitucional argentino. Y es que el prestigioso Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid ha publicado recientemente la obra *Reforma constitucional inacabada. Un enfoque sobre las innovaciones institucionales en Argentina*, que han dirigido y coordinado los jóvenes constitucionalistas argentinos Gonzalo G. Carranza —director— y Juan Santiago Ylarri —coordinador—.

El libro reúne las contribuciones, en torno a la reforma constitucional de 1994, elaboradas por un conjunto de profesores e investigadores argentinos, excelentes representantes de las nuevas generaciones que se van abriendo camino en nuestra disciplina. Así es que Pablo Daniel Sanabria, Maricel Asar, Ignacio Giuffré, Gonzalo Carranza, Ignacio Vázquez, Juan Ylarri, Marisol Fretes, Lourdes Jiménez Brito, Gustavo de la Orden Bosch y Sofía Reza Milanta —integrantes todos de un proyecto de investigación adscrito al Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal de Córdoba (Argentina)— reflexionan sobre algunos aspectos estructurales de la reforma y se preguntan si ella ha sido eficaz para delinear un giro institucional (positivo) en nuestro país. Es en ese punto en donde, alegan, la reforma luce inacabada, puesto que las buenas intenciones que la animaron no lograron concretarse o reflejarse en una mayor calidad democrática en nuestro país.

Los autores se preguntan y analizan los porqués de esta inconclusa empresa y, para ello, utilizan una metodología adecuada. En ese sentido contrastan las finalidades declamadas por el proceso de reforma —atenuación del «hiperpresidencialismo», fortalecimiento del federalismo, apuntalamiento de la independencia del Poder Judicial— con su efectiva concreción fáctica. Lo normativo y lo sociológico interactúan en esta interesante propuesta expli-

¹ La presente reseña toma como base y profundiza la efectuada en *El Derecho*, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, 18 de noviembre de 2022, ED-MMMDCCXII-808.

cativa y propositiva. Esta última faceta es relevante, puesto que, si la reforma luce inacabada, es porque, en definitiva, no ha fracasado —al menos, no completamente—, sino que sus objetivos e institutos no han logrado, por muchos de los motivos que se puntualizan en la obra, plenificarse o arraigarse en nuestra cultura constitucional. Dicho de otro modo, debemos pensar y reflexionar, como hacen los autores, sobre las mejores vías para concluir la de un modo virtuoso.

La obra se articula con coherencia —hay un plan general a seguir y una finalidad común que integra a todos los autores, aspectos propios de una tarea investigativa afrontada con seriedad—. Allí se abordan algunas de las instituciones que la reforma ha traído como novedosas: Auditoría General de la Nación, Defensoría del Pueblo (Poder Legislativo —primera parte—); Jefe de Gabinete de Ministros (Poder Ejecutivo —segunda parte—); Consejo de la Magistratura de la Nación y selección de magistrados (Poder Judicial de la Nación —tercera parte—); Ministerio Público (órgano extrapoder —cuarta parte—). La temática seleccionada es atinada desde que, si la intención del constituyente reformador fue atenuar el hiperpresidencialismo y dotar de mayor independencia al Poder Judicial, las noveles incorporaciones deben girar en torno a dichos objetivos o, dicho de otro modo, en su inclusión disruptiva se juega gran parte del éxito de la reforma.

Los estudios sobre la última reforma constitucional han sido profusos, pero los encuadres teóricos, en general, no han sido variados ni se han renovado los lineamientos de estudio a lo largo del tiempo. Cuando esto sucede se genera un discurso uniforme, sin matices, que obtura el pensamiento crítico e impide que se puedan encontrar nuevas aristas y explicaciones respecto de los fenómenos analizados. Es en este punto, precisamente, donde esta obra resulta relevante, puesto que presenta enfoques renovados y que abren líneas para ensayar nuevos y esclarecedores abordajes de lo que nos pasa institucionalmente.

El libro se desplaza entre lo descriptivo y lo propositivo, denotando una adecuada comprensión respecto a que las instituciones constitucionales requieren, para su correcta implementación práctica, de un cuerpo teórico que detecte los problemas que las afectan a la vez que proponga soluciones pragmáticas y en constante revisión. Y es que las instituciones constitucionales tienen una génesis —la idea constituyente y el diseño normativo— y un desarrollo —donde se verifica si realmente han operado como reglas que orientan el comportamiento comunitario—. Luego de un tiempo, tal y como se analiza en la obra, hay que contrastar estas etapas con la finalidad perseguida por el constituyente y determinar si la teleología que ha impulsado la inserción o reforma de los dispositivos constitucionales se ha cumplido; de no ser así —y como es constante en nuestra realidad institucional—, corresponde analizar en cuál de estos tramos se encuentran los problemas u obstáculos. Allí

el núcleo de los aportes presentados, puesto que prolija y analíticamente desmenuzan cada una de las instituciones novedosas de la reforma de 1994, destacando que, en algunos casos, los problemas son de diseño y, en otros, de prácticas distorsivas que no se han podido apuntalar ni siquiera con una jurisprudencia virtuosa de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

De la obra se infiere una premisa y una hipótesis: i) la premisa: las finalidades de la reforma constitucional fueron acertadas, puesto que, efectivamente, los problemas que quiso neutralizar son los que vician o erosionan a nuestras instituciones; ii) la hipótesis: para que las instituciones cumplan con sus finalidades se necesita no solo la norma aislada, sino también una praxis constitucional arraigada y adecuada. Cuando la práctica no se orienta como pretende la norma, se requiere, partiendo de un buen diagnóstico de la situación, implementar nuevos enfoques propositivos que permitan redireccionarla —desde los planos interpretativos y reglamentarios—. En algunos casos, incluso, la praxis nos podrá demostrar que hay un problema en el diseño mismo de la institución y, con ello, la necesidad de reformarla o readaptarla.

Por dar algún ejemplo, se delineó un Consejo de la Magistratura con la finalidad de despolitizar la selección y designación de los jueces, pero ello fracasó —al menos parcialmente— debido a las distorsiones que se produjeron a nivel legal y reglamentario, sumado a una práctica tendiente fuertemente a la politización del proceso. Con la intención de contrarrestar la concentración de poder del presidente, se incorporó la figura del jefe de Gabinete de Ministros, no obstante ello, la regulación constitucional del instituto, anudándose a la falta de práctica legislativa para controlar a este funcionario —mediante el voto de censura—, distorsionó el objetivo reformador. Estas instituciones se encuentran, precisamente por ello, inacabadas, tal como dan cuenta los distintos estudios presentados en el libro.

Pablo Daniel Sanabria aborda, dentro de la primera parte, a la Auditoría General de la Nación, institución que se encuentra orientada a combatir la corrupción y propiciar estándares elevados de eficiencia y transparencia en la gestión pública. El autor recuerda que, teniendo en cuenta estas finalidades, la propia génesis de la institución fue ya de por sí polémica, pues se pasó de un modelo de control previo y concomitante (Tribunal de Cuentas) a un modelo de control posterior (Auditoría) con lo cual su constitucionalización selló, en ese sentido, la suerte del tipo de control que hemos adoptado a nivel federal.

Los problemas acá y entonces parecen ser de diseño, lo cual se agrava aún más si se advierte que la Constitución solo prevé que el organismo será presidido por un representante del principal partido de la oposición, pero deja librado a la ley estipular el resto de su organización e integración. Como era de prever, la Ley de Administración Financiera produjo un desbalance en su composición, al establecer que el Colegio de Auditores Generales se compone,

además, por tres auditores designados por la Cámara de Senadores y tres por la Cámara de Diputados. Ello determina que en la generalidad de los casos haya más auditores identificados con el oficialismo que por miembros de otros partidos, contradiciéndose así la máxima de oro de cualquier sistema de control que se precie de tal: la separación entre el sujeto controlado y el controlante. Luego de ello ahonda en este punto, es decir, en cómo la regulación legislativa ha ido debilitando al organismo en lo que hace a su potencialidad de control.

El aporte es relevante, desde que, como destaca el autor, existe poca literatura científica al respecto a la vez que se carece de pronunciamientos relevantes de la CSJN sobre la institución.

Maricel Asar e Ignacio Giuffré analizan cuál debiera ser el rol de la Defensoría General del Pueblo desde los postulados del llamado constitucionalismo deliberativo. Y es que, desde esa perspectiva, este organismo se encuentra en una posición institucional privilegiada para promover la deliberación democrática. La Defensoría, en ese sentido, cuenta con un diseño con capacidad para canalizar las voces de la ciudadanía, en especial, las de aquellos grupos excluidos que encuentran dificultades para ser escuchados en el debate público. La propuesta va en consonancia con una visión renovada de la división de poderes, en donde, indican, se debe superar la idea de un esquema de bloqueos mutuos tal como lo delineó el constitucionalismo clásico. Todos los poderes, por el contrario, deben buscar cooperar y promover la genuina deliberación ciudadana. El aporte es interesante, en tanto que propone la relectura de los institutos reformados desde una particular teoría de la democracia, detectando, desde esa perspectiva, problemas en los diseños constitucionales que resultan poco atractivos para fomentar la deliberación pública.

La segunda parte, relativa al Poder Ejecutivo, es encabezada por un trabajo de Gonzalo G. Carranza, en el cual estudia de un modo sistemático y prolijo la figura del jefe de Gabinete de Ministros. Este instituto, nos recuerda el autor, se incluyó como un engranaje clave para la atenuación del sistema hiperpresidencialista. La génesis de su inclusión normativa tuvo que ver con la historia argentina, plagada de quiebres constitucionales. En efecto, en el seno del Consejo para la Consolidación de la Democracia se sostuvo que el sistema presidencialista resulta poco flexible para afrontar crisis graves, pues por su rigidez brinda pocas opciones para solucionar tensiones políticas por dentro de los carriles institucionales. Así, la idea era tomar algunas instituciones del sistema parlamentario y establecer una figura que pudiera servir como fusible del presidente ante eventuales crisis coyunturales y graves. Destaca que aquí, una vez más, la reforma fue inacabada, pues el diseño constitucional no fue el apropiado para asegurar esa finalidad declamada.

No se siguieron, a ese respecto, las reglas de equilibrio de los sistemas parlamentarios, sino que se incorporó al JGM sin modificar la lógica hiperpresidencialista y, en definitiva, se lo reguló de un modo completamente presidente-dependiente. Ello, como era previsible, dio como resultado que a lo largo del tiempo no sirviera para atenuar el presidencialismo ni tampoco que se constituyera como una figura relevante para las relaciones entre los poderes ejecutivo y legislativo.

La misma problemática y de un modo complementario es abordada por Ignacio Vázquez, quien llama la atención respecto a que el sistema, que cuenta con los defectos que fueron destacados en el aporte de Carranza, le fue confiando competencias relevantes al jefe de Gabinete. Ello, en definitiva, solo sirvió para acrecentar el presidencialismo. Así, centra su atención en las facultades presupuestarias y de distribución de la pauta oficial que se le ha otorgado y concluye que, con esos «superpoderes», por un lado, y su dependencia respecto del presidente, por el otro, el engranaje institucional, lejos de lograr la atenuación del presidencialismo, lo ha robustecido e incrementado.

Destaca la importancia de la jurisprudencia moldeadora de la CSJN, puesto que en el punto referido a la distribución de pauta oficial ha logrado limitar en sus justos términos la facultad del JGM. Por el contrario, resulta preocupante que se haya mantenido en silencio respecto de los llamados superpoderes y, con ello, esa función de reasignar partidas presupuestarias sea ejercida con total discrecionalidad.

La tercera parte de la obra está dedicada al poder judicial. Allí, Juan Santiago Ylarri analiza el espinoso y actual tema de la composición del Consejo de la Magistratura, anticipando de un modo premonitorio el reciente fallo de la CSJN *Colegio de Abogados*².

Ylarri realiza un fino análisis hermenéutico de lo que significa «equilibrio» cuando se lo aplica a la composición del Consejo, esto es, como mandato constitucional. En ese marco realiza un repaso de lo que había ido señalando la jurisprudencia de la Corte hasta ese momento y sobre ese tópico. A su vez explica cómo las sucesivas leyes que fueron regulando la cuestión encadenaron una suerte de pendiente resbaladiza que fue alejando al instituto del modelo constitucional. En primer lugar, rigió una ley que respetaba en buena medida el equilibrio exigido por el art. 114 —Ley 24937—, luego la Ley 26080 desequilibró la composición del Consejo a favor de los estamentos políticos y, en franca caída, la Ley 26855 perturbó aún más esta composición.

La tarea interpretativa gradual de la Corte respecto de este punto, tal vez coronada con el fallo *Colegio de Abogados* —todavía inexistente al momento

² CSJN, *Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y otro c/ EN*, Fallos 344:3636.

de la publicación que comentamos—, es una buena muestra de lo que sobrevuela la obra, esto es, que la reforma inacabada puede reencauzarse también en virtud de una práctica virtuosa del precedente.

Dentro del mismo capítulo, Marisol Fretes reflexiona ahora sobre cómo se ha interpretado y delimitado la competencia prevista en el art. 114 inc. 1 de la CN, esto es, la atribución del Consejo de la Magistratura para la selección de aspirantes a la magistratura inferior y la confección de las ternas vinculantes.

En primer lugar, repasa la posición de la Corte respecto de la designación de jueces subrogantes, abordando casos como *Rosza*³, *Asociación de Magistrados*⁴, *Aparicio*⁵ y *Uriarte*⁶, en donde consideró inconstitucionales, por vulnerar el procedimiento complejo de designación —que tiende a resguardar las garantías de imparcialidad, independencia y juez natural—, los regímenes de subrogancias en los que no participaban, además del Poder Judicial, el Poder Ejecutivo y el Senado de la Nación.

Recuerda que en la misma línea se expidió la Corte con relación al traslado de los jueces, así en *Bertuzzi*⁷ sostuvo que los traslados de jueces no pueden considerarse designaciones constitucionales. Esto supone que los traslados no pueden interpretarse como permanentes, pues ello, una vez más, vulneraría las garantías del debido proceso.

Desde un enfoque distinto y novedoso, Lourdes Jiménez Brito emprende una propuesta, la de evaluar el funcionamiento del Consejo de la Magistratura desde una mirada ligada a la ciencia política. Así explica que las reformas constitucionales son fenómenos esencialmente políticos que son impulsados por la acción de múltiples actores con intereses contradictorios entre sí. Estas dinámicas siguen operando en las instituciones reformadas, en especial, como es el caso, cuando se las deja abiertas y con diseños indeterminados. Es por ello que el Consejo de la Magistratura, a raíz de su integración y funciones, se constituyó como un fecundo escenario de conflictos y disputas entre los poderes del Estado. Ello explica las diversas tensiones que se han gestado en su seno y que han repercutido negativamente en el Poder Judicial.

Dicho de un modo más llano, en su seno conviven en tensión diversos ingredientes que generan un marco explosivo: una integración que debe tender al «equilibrio» entre diversos actores políticos —muchas veces enfrentados entre sí—; la irresolución constitucional respecto de su composición y

³ CSJN, Fallos 330:2361.

⁴ CSJN, Fallos 335:2418.

⁵ CSJN, Fallos 338:284.

⁶ CSJN, Fallos 338:1216.

⁷ CSJN, Fallos 343:1457.

la habilitación para la determinación por vía legislativa —en donde también confluyen en tensión las mayorías y las minorías—. Todo ello no puede más que conducir, por un lado, al conflicto permanente y, por el otro, a su parálisis y crisis de legitimidad. A su vez, no es menor desde esta perspectiva de análisis político que el constituyente le haya otorgado al Consejo numerosas facultades que antes tenía la Corte de Justicia, lo que también abrió un escenario de potenciales y actuales conflictos entre el Consejo y la Corte.

Ingresando a la cuarta parte de la obra, Gustavo de la Orden Bosch y Sofía Reza Milanta examinan la inclusión del Ministerio Público como un órgano extrapoder. Se centran en la autonomía e independencia del Ministerio Público Fiscal (MPF). Analizan para ello dos cuestiones íntimamente relacionadas, como son el nuevo rol que como órgano acusador adquiere, en especial en el marco de un sistema acusatorio, y el procedimiento estipulado para la designación del Procurador General de la Nación. En lo que hace al nivel legislativo, repasan las propuestas presentadas por el Consejo Consultivo para el Fortalecimiento del Poder Judicial y del Ministerio Público. Concluyen que actualmente el debate político y legislativo se centra en discernir cuál es la forma más idónea de designación y cuál es el límite temporal adecuado para garantizar la independencia y autonomía del órgano extrapoder. Este no es un punto menor, desde que el Ministerio Público Fiscal es el órgano que tiene a su cargo la acción y la investigación penal y, con ello, el desarrollo de la política criminal.

En síntesis, la obra presenta un profundo análisis del impacto real de la reforma de 1994 en nuestra vida institucional, destacando los diversos factores —el análisis es multicausal— que explican por qué, pese a las buenas intenciones, no se han podido modificar las lógicas que se pretendían reencauzar, especialmente la del hiperpresidencialismo, que es uno de los grandes males de nuestro diseño constitucional.

Carlos Nino afirmaba:

Muchas veces se describen y evalúan aspectos aislados del sistema político: su régimen de separación de poderes, sus reglas de transmisión de las funciones ejecutivas, la estructura y funcionamiento del Parlamento, su sistema electoral, su régimen de partidos, su mecanismo de control de constitucionalidad, etc. Sin embargo, un sistema político es un todo integrado, cuyas diferentes piezas están imbricadas como un mecanismo de relojería. Un sistema presidencialista, por ejemplo, opera de diferente manera según se combine con un sistema de representación proporcional o con otro sistema electoral, con un sistema bipartidista o pluripartidista, con sistemas de partidos poco disciplinados e integrados, o con partidos con fuerte integración y disciplina, con un Parlamento unicameral o bicameral, con un régimen federal o unitario, con un contralor de constitucionalidad concentrado o difuso. Es la combinación de estos mecanismos lo que produce

una u otra dinámica de acción política [...] la descripción del sistema debe reflejar la interconexión de sus elementos componentes⁸.

El libro que reseñamos parte de las atinadas advertencias de Nino, efectúa un análisis interconectado de los distintos elementos que operan para que una determinada institución cumpla o no con su objetivo, incluyendo, a su vez, un análisis indispensable de la praxis concreta que hace a nuestra cultura constitucional. En 1994 se intentó atenuar el hiperpresidencialismo mediante la inclusión de nuevos institutos tales como los acá analizados. El problema que se advierte es que la lógica fuertemente presidencialista no puede desarticularse debido a un mal encastre de las instituciones y una deficiente práctica institucional. No se tuvieron en cuenta, entonces, las advertencias de Nino, esto es, que la dinámica hiperpresidencialista requería una ingeniería cuidadosa y de institutos que articuladamente desconcentraran y atenuaran al poder del Ejecutivo.

La obra que comentamos es, por todo ello y sin dudas, una obra indispensable para renovar la comprensión del estado actual y prospectivo de nuestras instituciones.

Ignacio Colombo Murúa

Profesor de Derecho Constitucional UNSA, USPT y UCASAL

RAFAEL PALOMINO LOZANO: *Derecho y religiones*, Aranzadi, Pamplona, 2022, 272 págs.

El largo camino que ha recorrido el constitucionalismo moderno tuvo uno de sus hitos en la ubicación del fenómeno religioso dentro del esquema constitucional de los derechos fundamentales, y más en concreto del derecho fundamental de libertad religiosa. En efecto, tal como recuerda el constitucionalista norteamericano Steven Douglas Smith (y en este libro se reitera), en la Edad Media el derecho fue espectador e instrumento para lograr la *libertas ecclesiae* (es decir, la liberación del poder espiritual de los poderes temporales) y en la Edad Moderna ese mismo derecho propició la *libertas conscientiae* (es decir, la libertad de los ciudadanos respecto de la religión oficial del Estado).

Por tanto, en la cúspide del derecho estatal, en la norma suprema de expresión del ordenamiento jurídico, la religión y las creencias de los ciuda-

⁸ Nino, Carlos Santiago (2005). *Fundamentos de Derecho Constitucional*. 3.^a reimpresión. Bs. As., Astrea, pp. 502 y 503.