

MIGUEL ÁNGEL EKMEKDJIAN y RAÚL GUSTAVO FERREYRA (coords.): *La reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 2000.

Por JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ \*

1. Bajo la coordinación de Miguel Ángel Ekmekdjian, cuya reciente desaparición ha llenado de luto al mundo jurídico hispanoamericano, y de Raúl Gustavo Ferreyra, la editorial bonaerense Depalma nos ofrece un exhaustivo y, a la vez, riguroso, recorrido por la reforma que en 1994 sufrió la Constitución argentina. Para este colectivo se han reunido una serie de plumas relacionadas, de una u otra forma, con la Cátedra de Derecho Constitucional Argentino de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. El libro se ha publicado en el año 2000, lo que permite que la visión de lo que fueron y supusieron los cambios de 1994 ya sea, al menos en teoría, más reflexiva y asentada.

El enfoque que se emplea persigue tener amplias miras, como ya se colige del subtítulo de la obra («influencia en el sistema republicano y democrático»). Éste es el elemento de fondo que pretende dar unidad a la finalidad investigadora del libro, y que se cita literalmente en el prólogo y en el primer trabajo de la misma («expresar nuestra opinión con respecto a la reforma constitucional de 1994 y su influencia —positiva o negativa— en los significantes republicanos y democráticos», p. VIII; «la tónica general a la

que responde esta obra está referida a la influencia que puede haber tenido, o no, la reforma constitucional de 1994 en el sistema democrático y republicano», p. 1). De este modo, cada autor analiza una institución afectada por la aludida reforma desde ese punto de vista, dando lugar, así, a posturas diversas sobre los cambios de 1994, a veces positivas, en otras ocasiones negativas. Con esta forma de proceder, en opinión de Ekmekdjian, «están dados todos los elementos para que el lector extraiga sus propias conclusiones, a favor o en contra de aquella, total o parcialmente» (prólogo, p. IX). Lo que se busca de manera explícita es cotejar la adecuación de la reforma de 1994 a una especie de ideales que se sintetizan en las nociones de república y democracia. Ambas se usan con un marcado carácter axiológico y se entiende que atesoran los elementos a perseguir en un sistema jurídico-político paradigmático, lo cual, por otra parte, no deja de tener ciertas dosis de ingenuidad.

Pesan en el ánimo de los autores las épocas antidemocráticas que se vivieron en el país, lo que provoca que el libro no haya sido entendido como un simple análisis jurídico sino que también se le intente dotar de un acusado sentido sociopolítico que sirva para el

---

\* Profesor Ayudante de Derecho Constitucional. Universidad de Santiago de Compostela.

fomento de las ideas de libertad. Dicho deseo lo recoge con vehemencia Ekmekdjian: «Creo interpretar el deseo de todos los autores que participan en esta obra al afirmar que si ella sirve para expandir, siquiera algunos centímetros, el espacio de la libertad, frenando correlativamente al poder, nos damos por recompensados con usura por el esfuerzo realizado» (prólogo, p. X). El punto de partida de esta reflexión es la idea de que el poder y la libertad son conceptos antitéticos, por lo que el aumento de uno origina la mengua del otro. Ello es, creemos, una simplificación excesiva, más bien errónea en términos de ideas generales, pero que puede aceptarse en este momento dada la finalidad y el contexto en que se produce.

2. Los trabajos que se ofrecen son dieciséis, correspondiendo cada uno a un autor diferente, a saber: «Democracia, República y gobiernos *de facto* en la reforma constitucional de 1994» (Miguel Ángel Ekmekdjian); «Acrecimiento de derechos y garantías y creación de órganos de control en la reforma constitucional de 1994. Su influencia en el sistema democrático y republicano» (Beatriz A. Lice); «El voto obligatorio» (Horacio Ricardo Bermúdez); «Los partidos políticos en la reforma de 1994. Hacia la corporativización de la representación política» (Alfredo M. Vitolo); «Las formas semidirectas de participación política en la reforma constitucional de 1994» (María Cristina Serrano); «El régimen del amparo y la defensa del Derecho de la Constitución» (Raúl Gustavo Ferreyra); «Los derechos de incidencia colectiva general» (Andrés Gil Domínguez); «El hábeas data en la reforma constitucional de 1994» (Oscar Bergallo); «Claroscuros en los roles del Congreso de la nación argentina luego de operada la reforma constitucional de 1994. ¿Atenuación del régimen presidencialista?» (Eduardo Pablo Ji-

ménez); «La reforma del Senado. Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1994 y los principios del sistema democrático» (Fermín Pedro Ubertone); «Tratados internacionales» (Miguel Ángel Perrotta); «Presidencialismo» (Mirtha Abad); «Las urgencias del Poder Ejecutivo» (Diego Fernando Miceli); «Inamovilidad de los jueces, la cláusula de los 75 años y el caso «Fayt»» (Adrián Ventura); «El Consejo de la magistratura y el sistema de la Constitución Nacional» (Julio Nicolás Sissini); y, por último, «El Ministerio Público» (Daniel Horacio Casani).

Aunque puede decirse que, tras un trabajo inicial de corte general, la primera mitad del libro se dedica a la parte dogmática y la segunda a la parte orgánica, se echa en falta una agrupación de los capítulos en unidades temáticas más amplias, lo que le hubiera dado una estructura en mayor grado útil y coherente para el lector. El criterio ordenador pudo haber sido más riguroso. Además, hubiera sido preferible que se adoptara una forma homogénea de rotular los distintos trabajos. Igualmente, algunos de los diversos temas analizados presentan unas diferencias de amplitud tan importantes que ello también influye de manera negativa en el conjunto de la obra. Todo esto no prejuzga el riguroso análisis y contenido de la obra pero sí dificulta la labor del lector, que tiene que enfrentarse a un colectivo firmado por un importante número de autores, con las diferencias que ello forzosamente ya origina entre sus distintas partes. La ausencia de índice analítico al final y de un índice más esquemático tampoco ayuda a que el lector se haga una rápida composición de lugar.

3. El comienzo del libro, como ya dije, está reservado a un trabajo de corte general donde el prof. Ekmekdjian expone el contenido de los conceptos de democracia y república, que

hay que presuponer que suscriben el resto de autores. Era obligatorio abrir así la obra dada la mencionada finalidad que se persigue con ella de analizar la influencia de la reforma en ambas ideas. El concepto que se emplea de democracia parece en exceso restrictivo pues se limita a una mera participación electoral que desconoce la noción de democracia como proceso continuo<sup>1</sup>. No obstante, la postura a favor de la democracia es una postura desde la militancia y desde un firme convencimiento de sus virtudes. La idea de república supone, en opinión de este autor, una serie de notas como las de que todo cargo público surge del sufragio, de responsabilidad de los representantes, de periodicidad de los cargos, de publicidad de los actos del gobierno (aunque se dice que, en muy contados casos, se puede aceptar el secreto de las leyes —*sic!*—, p. 10), y de división de poderes. En una línea similar se expresa, en el tercio final del libro, Abad (pp. 339 y ss.)

De igual forma, en este primer trabajo, se reflexiona sobre la quiebra o alteración del orden constitucional al hilo de los llamados gobiernos «de facto», o sea, los períodos de autoritarismo, que por desgracia están presentes en demasía en la Historia argentina. Respecto a ellos, la reforma de 1994 ha introducido una previsión dotada, tal vez, de alto contenido político pero también de absoluta inutilidad jurídica al desconocer el axioma del Derecho germánico «*silent leges inter arma*». Nos referimos al art. 36, en donde se puede leer que «esta Consti-

tución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático», a lo que se añade que «estos actos serán insanablemente nulos»<sup>2</sup>. Pese a todo, Ekmekdjian valora de manera positiva esta previsión. Su operatividad la ve cuando las disposiciones constitucionales retomen vigencia. Más adelante, Alice también juzga en el mismo sentido esta norma al creer que supone un afianzamiento del sistema democrático (pp. 38 y ss.). Además, este art. 36 prevé diversas sanciones penales para los autores de tales actos y otorga a los ciudadanos el derecho de resistencia frente a ellos, que para el coordinador también incluye el de desobediencia civil.

El resto de los trabajos se dedican a analizar un aspecto de la reforma de 1994, aunque no se llega a tratar ésta en toda su extensión. En ningún caso los análisis de la cuestión reformada se producen directa y aisladamente sino que se hace un esfuerzo para encuadrar el tema correspondiente en el adecuado marco conceptual, histórico, comparado y jurisprudencial. Esto, por momentos, asume tanta centralidad que parece lo primordial en algunas colaboraciones, con lo que la nueva previsión constitucional queda, en esas partes, en un segundo plano. Ello no es forzosamente negativo aunque sí fomenta los problemas estructurales ya indicados. Asimismo, origina que se produzcan diversas reiteraciones en el objeto de análisis. Sea como fuere, no ceñirse en exclusiva a los comentarios

<sup>1</sup> Aunque bien es cierto que más adelante otros autores del libro se alejan de una concepción limitada de democracia. Es el caso de Serrano que señala que la participación «no puede quedar limitada, de ninguna manera, a la emisión del voto para la elección de representantes, sino que debe ser más activa y directa» (p. 119); o de Abad, que repasa las características de la democracia liberal-occidental (pp. 336 y ss.). Por su parte, Übertone va a entender la democracia como «aquel sistema político en el que tienen efectiva vigencia los principios de gobierno del pueblo, pluralismo político, dignidad del ser humano e imperio de la ley» (p. 297).

<sup>2</sup> En un sentido similar tenemos las constituciones de México (art. 136), República Dominicana (art. 99), Uruguay (art. 330) y Venezuela (art. 250).

positivistas sino tener en cuenta, además, la jurisprudencia y doctrina supone utilizar los tres elementos claves para un análisis jurídico que persiga profundidad.

4. La Constitución argentina, un auténtico hito en el mundo jurídico hispanoamericano, data de 1853, habiendo sido sometida a reformas los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Ella ha sido en buena medida la responsable de que la tradición jurídica argentina, en gran parte, presente honda raigambre democrática y solidez técnica, a pesar de que la práctica del ejercicio del poder discurriera durante muchos períodos por los predios del autoritarismo. Quizá ha sido el peso de la histórica tradición constitucional la que llevó a tildar la obra de la Convención Constituyente de 1994 como de mera reforma de la Carta Magna y no como la asunción de una nueva Constitución. Los cambios a los que se sometió pudieron dar lugar a ello pues, como es de sobra conocido, la construcción dogmática de la Teoría de la Constitución establece que una reforma tiene sus límites, más allá de los cuales estamos realmente ante una nueva Constitución a pesar del *nomen iuris* con el que se rotule el cambio<sup>3</sup>. Y ello no es un simple juego verbal sino que tiene consecuencias de fondo. La reforma supone la actuación del poder de reforma constitucional, que permite la permanencia en el tiempo del poder constituyente que aprobó la Norma Básica de que se trate. Así las

cosas, esta reforma tiene sus límites y sólo puede llevarse a cabo a través del procedimiento que la propia Constitución contempla. En cambio, elaborar otra Constitución supone el ejercicio de la soberanía de un nuevo poder constituyente, por lo que los límites no existen (salvo los que ya se integran en el concepto liberal-democrático de Carta Magna, que es el que se ha impuesto). Sorprende que no haya más referencias a esta cuestión en la obra que la que se encuentra, o, mejor dicho, atisba, en la p. 140, aunque para negar la existencia de una nueva Constitución<sup>4</sup>. La dimensión del cambio es evidente y ha dado lugar a una modificación sustancial del conjunto normativo<sup>5</sup>.

Los propios reformadores-constituyentes tenían conciencia de la amplitud del cambio y, quizá, de estar elaborando una verdadera nueva Ley Básica por lo que no siguieron estrictamente los procedimientos previstos en el anterior art. 71 de la Constitución. De este modo, el proyecto de lo que sería la Ley 24.309, de declaración de necesidad de la reforma, lo modificó la Cámara revisora, es decir, el Senado, en lo relativo a la duración del mandato de los senadores, y no volvió, como exigía la anterior normativa constitucional, a la Cámara iniciadora, o sea, a la Cámara de Diputados. El Ejecutivo promulgó la ley tal y como la había aprobado el Senado. Ello es objeto de crítica en la obra que comentamos (p. 31 y p. 290). No obstante,

<sup>3</sup> Son clásicas en este sentido las reflexiones de Schmitt sobre las diferencias entre los conceptos de reforma de la Constitución, ruptura, suspensión, conflicto y traición, y sobre los límites de los cambios constitucionales (CARL SCHMITT, *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1954, pp. 99 y ss.; en castellano, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, pp. 115 y ss.).

<sup>4</sup> Así es, Ferreyra, en afirmación alambicada, dice que «el correcto auscultamiento de la anatomía jurídica de la Ley Fundamental argentina no autoriza a sostener que la "reforma" haya generado una "nueva Constitución"». A lo que añade que no se ha modificado de manera radical la estructura y contenido del antiguo texto.

<sup>5</sup> En la misma obra recensionada se admite tal envergadura pues Alice indica que la reforma «no se circunscribió a uno o varios institutos, sino que las reformas se desplegaron, como varillas de un abanico, a la integralidad del texto» (p. 52).

la Corte Suprema, en un exceso de formalismo desconocedor de lo que es el poder constituyente, sí va a entender la reforma como verdaderamente eso y declarar nulo el cambio que introduce el art. 99.4º acotando la inamovilidad judicial (caso «Fayt», de 19 de agosto de 1999).

Un elevado consenso presidió este proceso que formalmente se inicia con el Pacto de Olivos, suscrito el 14 de noviembre de 1993 por Menem, representando al Partido Justicialista, y por Alfonsín, en nombre de la Unión Cívico Radical<sup>6</sup>. Sin duda, esta búsqueda de consenso es un correcto planteamiento político de la reforma. Gracias a ello se obtendrían después los votos necesarios para sacar adelante la Ley de declaración de necesidad de la reforma, de 31 de diciembre de 1993. En el Pacto de Olivos se recogen los objetivos a perseguir, y que se reiterarían en la susodicha ley, entre los que hay que destacar la consolidación del sistema democrático, el perfeccionamiento del equilibrio entre poderes (lo que, como veremos, no se va a conseguir), el afianzamiento de la independencia judicial y el fortalecimiento de los órganos de control. En opinión de Abad, tanto el susodicho Pacto como la mencionada Ley buscaron enmascarar el verdadero móvil que impulsaba a Menem: posibilitar la reelección presidencial (p. 357). Por ello, insiste, la reforma va a carecer de la necesaria profundidad y futuridad. Realmente parece que existían pocas dudas acerca de este «objetivo político que se había trazado el oficialismo» de lograr la reelección presidencial<sup>7</sup>.

El resultado final es una Constitución con 129 artículos, que son 130 por la existencia de un art. 14 bis, lo

que supone un aumento en numeración y extensión real respecto al texto anterior, que sumaba 110. Asimismo, se han sustituido más de la mitad de los preceptos. Todo ello conforma una alteración mucho mayor de la que cabría prever en el Pacto de Olivos y arroja un resultado demasiado voluminoso que en ocasiones desconoce las diferencias existentes entre la técnica legislativa ordinaria y la técnica normativa constitucional. Esto lleva a Ekmekdjian a tildar la reforma, no sin razón, de «sobreabundante» (p. 32), a Alice a achacarle «reiteraciones innecesarias, contenidos mal ordenados y pero ubicados» (p. 55), y a Ferreyra a hablar de «lo abigarrado de la textura normativa» (p. 141).

5. Los cambios introducidos en 1994 afectaron tanto a la parte dogmática como orgánica del texto constitucional. La parte dogmática va a ver incorporado un nuevo capítulo que lleva por título «Nuevos derechos y garantías». El antiguo capítulo concerniente a «Declaraciones, derechos y garantías» permanecerá inalterado, pues la Ley 24.309 prohibía expresamente su modificación. El aumento de lo concerniente a los derechos y garantías es comentado en el libro colectivo por Alice, en un trabajo que también es un acercamiento y valoración general de toda la reforma. Esta autora va a destacar cómo en 1994 se avanza en el camino abierto en la reforma de 1957 respecto a la titularidad de los derechos y cómo se profundiza en el tema de la igualdad superando la mera igualdad formal existente en el anterior texto para recoger expresiones tales como la «igualdad real de oportunidades» (art. 37, art. 75.23º), «igualdad de oportunidades y posibilidades, sin dis-

<sup>6</sup> Un estudio del proceso que llevó a este Pacto puede verse en ALBERTO MANUEL GARCÍA LEMA, *La reforma por dentro*, Planeta, Buenos Aires, 1994.

<sup>7</sup> MARÍA ANGÉLICA GELLI, «El Ministerio Público y el Defensor del Pueblo en la Constitución argentina», *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, UNAM, México D. F., 1996, p. 83.

crimación alguna (art. 75.19), o «condiciones de trato equitativo y digno» (art. 42). De idéntica manera, la participación, transcendental en un sistema democrático, resulta intensificada a través de las asociaciones de consumidores y usuarios (art. 42), de los pueblos aborígenes (art. 75.17), de la familia y de la sociedad (art. 75.19), además, claro está, de la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos (art. 37). Al mismo tiempo, la reforma de 1994 también profundiza en el camino de las obligaciones y deberes constitucionales al establecer, por ejemplo, el deber de todos los habitantes de preservar el medio ambiente (art. 41). De todos modos, se echa en falta un estudio más sistemático y profundo en este importantísimo tema de los derechos fundamentales habida cuenta los distintos aspectos que presenta en la reforma de 1994, entre los que también se hallan diversos problemas de articulación técnica. El propio Ekmekdjian considera no operativas muchas de las cláusulas del Capítulo de los «Nuevos derechos y garantías» (p. 33).

En cambio, en este libro colectivo sí han recibido mayor tratamiento las cuestiones relativas a la participación política y representación. Así, se estudia el voto obligatorio, los partidos políticos y las formas semidirectas de participación política. El derecho de sufragio no estaba recogido expresamente en el texto constitucional primitivo pero se podía inferir del mismo a través del principio de soberanía popular y de la forma republicana de gobierno. En 1912 la legislación ordinaria establecería la obligatoriedad del voto, por razones meramente circunstanciales y no como consecuencia de «un principio general y permanente» (Bermúdez, p. 66). Con posterioridad, en 1993, la Corte Suprema de Justicia tendría la oportunidad de pronunciarse a favor de la constitucionalidad del

voto obligatorio en el caso «Esquivel». Ahora se recoge a nivel constitucional el derecho de sufragio, que se califica como universal, igual, secreto y obligatorio (art. 37), obligatoriedad que también se halla en el art. 32 de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre. Frente a ello, Bermúdez, en el trabajo sobre este tema, entiende que es una sinrazón seguir manteniendo en la actualidad tal obligatoriedad. Las razones que aduce son diversas, entre las que podemos destacar la poca eficacia de esa medida para asegurar la concurrencia a los comicios y para motivar la participación política (pp. 83 y ss.), aunque se echa de menos una mayor reflexión sobre la relación entre las nociones de derecho y obligación y los problemas técnicos que supone predicarlas de una misma figura. De idéntica manera, cree que el lugar para este tipo de regulaciones es el infraconstitucional por lo que la nueva previsión en la Carta Magna la entiende inadecuada.

Los partidos políticos también han sido constitucionalizados en 1994, recibiendo la calificación de «instituciones fundamentales del sistema democrático» (art. 38). La valoración que de esta incorporación hace Vítolo es en parte negativa por considerar que «la forma de inclusión ha sido errónea» (p. 94). Para ello se funda en que en la actualidad el representante lo es del partido y no del pueblo. Este autor aprovecha la ocasión para pasar revista a diversos conceptos conectados con la democracia representativa, si bien estas digresiones resultan excesivas. La crítica la centra en el papel del partido como corporación, lo que aleja al representante del cuerpo electoral y hace surgir un elemento que desvirtúa el sistema representativo: la disciplina partidaria. Así las cosas, afirma que la reforma constitucional va a recoger los elementos corporativos contra los que arremete, en especial la competencia

de los partidos «para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos» (art. 38), una expresión que dada la ambigüedad que presenta puede ser interpretada con el objeto de otorgar a los partidos el monopolio en la presentación de candidatos<sup>8</sup>. Ello implicaría «la oligarquización definitiva de la vida política y del Estado» (p. 110).

En cuanto a las formas semidirectas de participación política, Serrano, tras, de nuevo, ofrecer una serie de conceptos, se centra en la incorporación en 1994 de la iniciativa popular, que permite a los ciudadanos presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados (art. 39, desarrollado por la Ley 24.747, de 27 de noviembre), y la consulta popular, que posibilita, además de una consulta no vinculante, someter a consulta popular un proyecto de ley de forma tal que si el voto es afirmativo se convertirá en ley (art. 40, todavía sin desarrollar). La conclusión, esta vez, es positiva al abrirse nuevos canales de participación y robustecerse el componente democrático del sistema constitucional, entre otras muchas razones que siguen la misma línea (pp. 135 y ss.).

Los denominados «derechos de incidencia colectiva» también han despertado el interés de los autores del colectivo. De esta forma, Gil Domínguez destaca cómo la reforma profundizó en el constitucionalismo social ofreciendo un modelo de Estado Democrático de Derecho. Para responder a las nuevas necesidades sociales, el constituyente de 1994 incorpora «situaciones colectivas (discriminación y derechos que protegen el ambiente, la competencia, al usuario y al consumidor), a la vez

que alojó una fórmula residual que pudiera dar cabida a nuevas situaciones colectivas (derechos de incidencia colectiva en general)» (p. 232). Lo primero se conecta con los derechos de tercera generación, lo segundo parece llevar a la idea de intereses difusos. La extensión en la legitimación para interponer la acción de amparo permite dar posibilidades de protección a estas situaciones. Sin embargo, las cosas se llevan hasta extremos que agreden a la seguridad jurídica y relativizan toda noción de derecho. Esto creemos que sucede cuando se dice que «la legalidad constitucional es un derecho de incidencia colectiva en general, y, consecuentemente, cuando dicha legalidad es conculcada, se entiende por afectado con legitimación procesal para promover acción de amparo, a todo habitante de la Nación» (p. 241). Subyace una confusión entre lo que es un derecho y un principio.

6. Respecto a la protección de los derechos, la reforma estudiada ha incidido de modo particular ya que se han incorporado expresamente tres garantías de Derecho Procesal Constitucional, el amparo, el *habeas corpus* y el *habeas data*, en una norma que la doctrina entiende autoaplicativa<sup>9</sup>. La acción de amparo puede ser interpuesta por cualquier persona, «siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altera o amenace (...) derechos y garantías» previstos en la Constitución, un tratado o una ley (art. 43). El *habeas corpus* procede cuando el derecho puesto en tela de juicio sea la

<sup>8</sup> Esto encontraría en el art. 54 caldo de cultivo para ser corroborado (en la elección a senadores, tres por provincia, corresponderán dos bandas —escaños— «al partido político que obtenga mayor número de votos y la restante al partido político que le siga en número de votos» —parece que el escaño es del partido y no del representante electo!—).

<sup>9</sup> Por ejemplo, GERMÁN BIDART CAMPOS en «La defensa de la Constitucionalidad en Argentina», *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, UNAM, México D. F., 1996, p. 9.

libertad física. El *habeas data*, a su vez, persigue el conocimiento de los datos referidos a la persona que interpone esta acción y de la finalidad de los mismos, «que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes». «En caso de falsedad o discriminación» este remedio procesal posibilita «exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización» de tales datos (art. 43).

Esto no supone, ni mucho menos, una novedad en el mundo jurídico argentino, pues como es de sobra conocido su «amparo clásico» fue de origen jurisprudencial. Esta creación pretoriana se sitúa en los años cincuenta del siglo XX, principalmente a través de los *leading-cases* «Siri» y «Kot». Diez años más tarde el legislador ordinario lo recogió, de una forma restrictiva, en la Ley 16.986. Lo que surge en 1994 es una etapa nueva al incorporarse dicha acción al texto constitucional. Asimismo, aparecen una especie de amparos especiales que buscan proteger derechos de tercera generación («al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor», art. 43, párrafo segundo) y derechos de incidencia colectiva. Así las cosas, la valoración de esta medida es ciertamente positiva, lo que lleva a Ferreyra a afirmar que esta garantía «haya dejado de ser considerada “ultrarrestrictivamente” como ordenaban los viejos» preceptos legales (p. 159). Él aboga, terciando en la polémica doctrinal que existe al respecto, por entender que es una vía procesal alternativa, antes que principal o subsidiaria (p. 166).

Particular interés despierta el *habeas data*, pues, «con el auge de la infor-

mática, la intimidad puede verse afectada mediante el inmenso volumen de información que manejan bancos de datos públicos y privados» (Bergallo, p. 250). En esta acción habría dos fases: una en la que se produce la toma en conocimiento de los datos, y otra que persigue modificar el registro. La legitimación activa sólo es reconocida a la persona, física o jurídica, a la cual se refieren los datos. En opinión de este autor, la operatividad propia del art. 43 no impide que sea necesaria la reglamentación de este instituto (p. 263), ante lo cual ofrece una serie de elementos *de lege ferenda*. Sin duda una cosa es que un precepto constitucional sea directamente aplicable y otra que la eficacia plena de la figura exija desarrollo postconstitucional.

También debemos destacar, antes de pasar a otro punto, que en el citado nuevo art. 43 se autoriza al juez, en el marco de un juicio de amparo, a declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. De esta forma, como indica Ferreyra, «la acción declarativa de inconstitucionalidad, cobijada en este caso dentro de la fisonomía de la acción de amparo, tiene (...) jerarquía constitucional en el ordenamiento argentino» (p. 148). Ello supone otra novedad pues la atribución judicial del control de constitucionalidad era hasta el momento de origen y desarrollo pretoriano, aunque se partía de la interpretación de los anteriores preceptos constitucionales. De esta forma, y dicho ahora de manera muy esquemática, se configuró un control difuso, por vía de excepción, a instancia de parte<sup>10</sup> y con efectos limitados al caso

<sup>10</sup> La doctrina abogó por la admisión del control de oficio de la constitucionalidad. Así, BIDART CAMPOS en *Régimen legal y jurisprudencial del amparo*, Ediar, Buenos Aires, 1968, pp. 141 y ss. Sin embargo, nosotros, como ya comentamos en otro lugar, creemos que, aunque ello no tiene por qué vulnerar la naturaleza atributiva de sus competencias e, incluso, pueda pensarse que entra en la referida idea de supremacía constitucional, sería contrario a la naturaleza jurisdiccional del órgano, que exige actuaciones rogadas, al tiempo que alteraría sobremanera el equilibrio en la distribución del poder. En el caso de po-

concreto. No obstante, y siguiendo a Bidart Campos, desde 1985, la Corte Suprema, va a admitir vías directas a través de la acción de amparo, el *habeas corpus*, el juicio sumario de inconstitucionalidad y la acción declarativa de certeza del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación<sup>11</sup>. Tras la reforma de 1994 la regla sigue siendo la vía indirecta, aunque también cabe, en opinión de Ferreyra, la directa (pp. 184 y ss.). En la colaboración de este autor al libro ahora comentado se puede encontrar un exhaustivo examen de la evolución y cambios jurisprudenciales en el amparo y en la declaración de inconstitucionalidad, al margen de recoger la problemática del control de oficio, sobre el que la reforma no se ha pronunciado de manera expresa, aunque él es proclive a su admisión.

7. La parte orgánica la Constitución ha sufrido en 1994, igualmente, importantes cambios. Se han introducido diversos órganos, modificado ámbitos competenciales, buscado mayor eficiencia y generado relaciones orgánicas antes desconocidas.

El Defensor del Pueblo, por ejemplo, es un órgano que se incorpora *ex novo* al texto constitucional (art. 86) y al que se le dota de independencia y autonomía funcional. Su misión es tanto la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos constitucionales y legales frente a la Administración, como el «control del ejercicio de las funciones administrativas públicas». La designación y remoción le corresponde al Congreso por mayoría de dos tercios de los miembros presentes en cada una de las cámaras.

Al margen de ello, el resultado global de los cambios en esta parte no semejan positivos. Si bien uno de los objetivos recogidos en el Pacto de Olivos era la atenuación del presidencialismo, el resultado final del proceso de cambio lleva a todo lo contrario al fortalecer los poderes del Presidente de la República. Ekmekdjian, respecto a esto, habla de «cesarismo cuasi democrático» y hace una llamada de atención sobre el peligro que ello supone para el sistema republicano al no existir controles eficaces para limitar su poder (pp. 32-33). La práctica desviada de los decretos leyes, el veto parcial de las leyes y la legislación delegada son los recursos técnicos que alimentan esta situación y que en el libro recensado son tildados, sin duda exageradamente, de «aberrantes» (p. 34). A su vez, Jiménez se adscribe a la misma idea al señalar que el sistema se aferra al concepto de «personalización del poder» y que «nos hallamos ante un modelo presidencial real, efectivo y altamente reforzado» (p. 271). Por su parte, Abad considera que la reforma, en lo que respecta al presidencialismo, ha empobrecido los principios democráticos y republicanos.

Especial preocupación despierta la posibilidad de que el Ejecutivo pueda emitir los mencionados decretos de necesidad y urgencia, que son profusa y rigurosamente analizados por Miceli entrando en las muchas opciones interpretativas de los mismos. El nuevo art. 99 permite al Ejecutivo, cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos para la sanción de las leyes, dictar decretos por razones de necesi-

seer semejante «autolegitimación» estaríamos más bien ante un control de índole política (JOSÉ JULIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Aproximación a las técnicas de decisión del Consejo Constitucional francés», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 18/19, Valencia, 1997).

<sup>11</sup> GERMÁN BIDART CAMPOS, *Manual de la Constitución reformada*, tomo I, Ediar, Buenos Aires, 1996, p. 360.

dad y urgencia. Resultan excluidas de esta posibilidad las materias penal, tributaria, electoral y el régimen de los partidos políticos. Parte de la doctrina se muestra contraria a este tipo de normas en un sistema presidencial<sup>12</sup>. De todas formas, muchas cuestiones no quedarán fijadas hasta el dictado de la ley especial que regule la intervención del Congreso en este tema.

La introducción de un Jefe de Gabinete de Ministros ha sido infructuosa desde el punto de vista de la atenuación del poder presidencial. Dicho cargo no parece más que un secretario del Presidente previsto en el texto constitucional, que éste nombra y remueve libremente (art. 99.7°), o «la de un ministro coordinador, sin cartera específica» (Abad, p. 354). Además, se considera que la moción de censura, tal y como está articulada (mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de ambas las cámaras —art. 101—), es de casi imposible realización práctica (Ekmekdjian, p. 33). Resulta en este sentido llamativo cómo la aprobación de una moción de censura contra el Jefe de Gabinete no implica al mismo tiempo la dimisión de los ministros. La razón de ello hay que buscarla en que la vida política de los ministros depende del Presidente de la República, que es el que los designa libremente.

De este modo, el papel final del Congreso, que es la calificación que se da a las dos cámaras, no semeja ser el que aparentemente se buscaba. El modelo argentino es bicameral con una Cámara de Diputados que representa proporcionalmente a la población y un Senado que representa, además, el equilibrio federal. A pesar de que tras 1994 el trabajo parlamentario se agilizó, se prolongaron las sesiones ordinarias y se introdujeron mayorías agravadas para ciertas leyes, «la arqui-

tectura del Congreso» —como bien dice Jiménez en su contribución— «se halla relativamente más debilitada» (p. 281). La posibilidad de delegación legislativa incide en esta línea. No obstante, hay en el nuevo sistema elementos aprovechables para aumentar la eficiencia del órgano legislativo que podrían ser utilizados (p. 286).

Las cuestiones relativas al Senado son comentadas por Ubertone, en un trabajo que en realidad debía haberse diseccionado en dos partes dada la cantidad de reflexiones generales que contiene (en especial sobre la democracia) y cuya ubicación adecuada sería el principio de la obra. Asistimos de nuevo a un problema de coordinación interna. La reforma de 1994 va a afectar tanto a la composición, como a las atribuciones y al funcionamiento de las cámaras del Congreso. La valoración que se hace de los cambios en la composición del Senado (elección directa, reducción del mandato de nueve a seis años, garantía de la presencia de partidos de la oposición) es positiva. El punto central de la modificación de las competencias del Senado va a ser la designación de los jueces de los tribunales inferiores (ahora el Senado sólo puede otorgar o no otorgar el acuerdo al candidato propuesto por el Ejecutivo, que procede de la terna ofrecida por el Consejo de la Magistratura). La evaluación de los cambios en las atribuciones y en el funcionamiento se considera todavía no posible por la falta de perspectiva temporal, aunque en conjunto el autor mantiene una opinión favorable a las modificaciones hechas (p. 316).

8. El tema de los tratados internacionales es objeto de tratamiento aislado en el libro, lo que se justifica por la «importancia y el progreso» que conllevaron las novedades incorporadas

<sup>12</sup> Por ejemplo, el coordinador de esta obra en su *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, Depalma, Buenos Aires, 1999, pp. 86 y ss.

en la Constitución en este punto (Petrrotta, p. 322). Por una lado, se recogen una serie de tratados de derechos humanos para otorgarles carácter supralegal e infraconstitucional (art. 75. 22°); por otro, se prevén tratados de integración económica permitiendo que Argentina transfiera atribuciones a organismos supranacionales (art. 75.24°). La primera es una cuestión en la que el Derecho Comparado ofrece discrepancias y que el constituyente argentino prefirió resolver a través del principio de jerarquía en lugar del de competencia. Ésta era una postura que en 1992 ya había recogido la Corte Suprema (fallo «Ekmekdjian vs. Sofovich») rompiendo la posición tradicional de otorgar igual condición jerárquica a tratados y leyes. Estos tratados sobre derechos humanos serán complementarios a los derechos y garantías constitucionales. La segunda cuestión, los tratados de integración, es entendida como necesaria «para poder encarar seriamente la integración supranacional y, a consecuencia de ésta, del derecho comunitario» (p. 331). Sin embargo, el análisis de ello, pese a sus repercusiones y problemas jurídicos de articulación, apenas es perfilado en la obra.

9. Para hacer frente a la crisis de la justicia<sup>13</sup>, la reforma va a adoptar varias medidas: creación del Consejo de la Magistratura, modificación del régimen de designación y remoción de los jueces, y alejamiento del Ministerio Público de la órbita del Poder Ejecutivo (Cassani, pp. 456-457). El Consejo de la Magistratura es, por tanto, otro de los órganos creados en 1994 (art. 114). En su composición se debe

buscar el equilibrio entre la representación de los órganos políticos electivos, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Sus atribuciones son numerosas pues conciernen a la selección de magistrados de tribunales inferiores, propuestas en ternas vinculantes de nombramientos de dichos magistrados, administración de recursos y ejecución del presupuesto de la administración de justicia, ejercicio de facultades disciplinarias, emisión de reglamentos de organización judicial, etc. Analizando con elevado rigor esta reforma, Sisinni aprovecha la ocasión para pasar revista a la garantía de independencia del Poder Judicial, a la organización judicial, a la política de justicia y judicial, y a la ejecución de la política judicial. Asimismo, se acerca a la relación entre Consejo de la Magistratura y sistema de gobierno y a la idea de autogobierno del Poder Judicial como derivada del principio de independencia. La discutida inserción o no del Consejo en el Poder Judicial, motivada por el silencio constitucional en este punto, fue resuelta por la Ley 24.937, del Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados (Jurado que, por cierto, es otra novedad de 1994), al calificarlo de órgano permanente del Poder Judicial.

La controvertida cuestión de la inmovilidad de los jueces es objeto de un trabajo específico de Ventura. Como ya dijimos más arriba, la Corte Suprema, en el caso «Fayt», de 19 de agosto de 1999, va a declarar nula la modificación que la reforma de 1994 introdujo en este tema. En efecto, el art. 99.4° establece el límite de edad

<sup>13</sup> Como afirma PELLET LASTRA, el «cuestionamiento a algunos fallos de la Corte y a la conducta de algunos de los jueces federales (...) habían convertido al Judicial en el más polémico de los tres poderes cuando el presidente Menem y el expresidente Alfonsín comenzaron a discutir el texto del pacto político para reformar la Constitución» (ARTURO PELLET LASTRA, «La versión argentina del Consejo de la Magistratura y del jury de enjuiciamiento», *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, núm. 19, UNAM, México D. F., 1996, p. 111).

de 75 años, pasado el cual es necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo<sup>14</sup>. La Corte, basándose en un formalismo que no asimila las connotaciones jurídico-políticas del poder constituyente derivado y sin reflexionar sobre cuál es su posición en el marco de los poderes constituidos, entiende que el procedimiento de reforma es una cuestión justiciable y que la Convención se excedió al no estar habilitada para modificar este tema (en el «Núcleo de coincidencias básicas» que recoge la Ley que declara la necesidad de reforma no hay mención alguna a la garantía de inamovilidad). Ventura juzga correcto este proceder, aunque reconoce que abre incertidumbres, pero cree «que seguir tolerando que un proceso de reforma constitucional esté exento de todo control judicial puede llevar a que una eventual Convención reformadora (...) lleve adelante una reforma de alcances absolutamente inciertos» (p. 411). De nuevo, parece que no se quiere considerar lo que es y supone el poder constituyente derivado y cómo puede ocultar en realidad un poder constituyente originario.

El Ministerio Público va a tener, por primera vez, reconocimiento constitucional con la reforma de 1994. Es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera, cuya función es promover «la actuación de la justicia en defensa de la legalidad» y «de los intereses generales de la sociedad» (art. 120). Se entendió, como

apunta Cassani, que para defender con imparcialidad el interés público, el instituto no debía depender de ningún poder político, como garantía de neutralidad de cara a la sociedad» (p. 466). La Ley 24.946 desarrolla las previsiones de la Ley Fundamental.

10. Estamos, en suma, ante una obra de importante calado, que, más allá de los problemas estructurales que contiene, y de ciertas repeticiones y descompensaciones motivadas en buena medida por el gran número de autores que participan en ella, representa un destacado esfuerzo de propagación de la bondad de las ideas de democracia y libertad, al margen de ofrecernos una visión cabal de los cambios de 1994. El deseo de superar etapas más oscuras anima a los participantes en este colectivo a mirar hacia delante y confiar en que el sistema democrático se convierta en una constante necesidad para los distintos actores políticos argentinos. En esta labor las nuevas generaciones están llamadas a jugar un papel trascendental. Es precisamente desde la asunción de semejante afirmación donde se producen las apelaciones que en la obra se hacen a los jóvenes que integran la sociedad de este país hispanohablante<sup>15</sup>. Por todo ello, el libro no se limita a ser un árido comentario positivista de los cambios constitucionales sino que introduce elementos formativos (a veces un tanto simplistas), contextualizaciones conceptuales e histórico-políticas, líneas jurisprudenciales (im-

<sup>14</sup> El origen de esta previsión hay que buscarlo en la intención de la clase política de conseguir tres vacantes en la Corte Suprema para que pudieran ser nombrados otros magistrados más desligados del gobierno. Dos magistrados renunciaron, pero uno tercero (Ricardo Levene) se negó a renunciar. Por ello, la citada limitación de edad perseguía sacar al mencionado magistrado de la Corte. Este problema dice poco de la seriedad con que algunos encararon la reforma.

<sup>15</sup> Así, JIMÉNEZ: «Y las jóvenes generaciones venideras se constituirán (...) en las nuevas luces del sistema, que brillarán en el futuro Parlamento argentino, imaginado por nosotros como nutrido de integración homogénea, participativo, pluralista y con vocación de constituirse en adalid del control republicano, motor del freno frente al abuso» (p. 287). O Ubertone: «Confiamos en el futuro, en lo que va a hacer la generación que ahora es joven» (p. 292).

prescindibles para conocer la realidad jurídica argentina), precedentes, desarrollo postconstitucional, referencias al Derecho Comparado y continuas argumentaciones axiológicas. El resultado es un trabajo de elevado interés que incorpora dosis de utilidad para la construcción del proceso democrático. Es necesaria una labor de este tipo pues, como hemos visto, la reforma constitucional de 1994 presenta preocupantes sombras en el campo del equilibrio y control recíproco de poderes, que también hay que recordar junto al positivo avance experimentado en el reconocimiento y garantía de los derechos

fundamentales. Por ello, para Ekmekdjian, el balance final de la reforma «es negativo, porque las modificaciones producidas en la norma constitucional no han mejorado el sistema democrático y, sobre todo, han atenuado peligrosamente el sistema republicano, al acrecentar aún más las atribuciones, ya excesivas, del Poder Ejecutivo» (p. 34). No obstante, la clave estará realmente en la concreta dinámica institucional que genere la realidad política, aunque esta criticable construcción constitucional sea un riesgo cuya eliminación merecería otro deseable cambio de la Carta Magna.

GERARDO ETO CRUZ, *Régimen legal del habeas corpus y amparo*, Gaceta Jurídica, s/l. (Perú), 1999.

POR JOAQUÍN BRAGE CAMAZANO \*

1. En el libro que aquí vamos a comentar, Gerardo Eto Cruz estudia el hábeas corpus y el amparo en Perú, y ello con un detalle mayor del que podría inducir a pensar su modesto título, pues no se limita su autor a una exposición del régimen legal de estas acciones constitucionales de defensa de los derechos y libertades fundamentales en Perú, sino que formula objeciones, críticas y posibles vías de solución a algunos de los problemas que

dichas acciones plantean. En el libro se aborda, en realidad, un estudio de dos de los mecanismos procesales que, junto a la acción de cumplimiento y el hábeas data, configuran lo que podría llamarse, como hace el autor utilizando la célebre expresión de Cappelletti<sup>1</sup>, la «jurisdicción constitucional de la libertad» en Perú.

Sin entrar aquí en una definición precisa de la «jurisdicción constitucional de la libertad», lo que sí puede

\* Área de Derecho Constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

<sup>1</sup> Cfr. MAURO CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Giuffrè, Milán, 1955, del que hay traducción castellana de Héctor Fij Zamudio (UNAM, México, 1961). Pero, al día de hoy, sigue todavía faltando una elaboración y tratamiento en profundidad de la jurisdicción constitucional de la libertad como (posible) categoría dogmática de una Teoría de la Constitución, tarea que desde luego Cappelletti no llevaba a cabo en su citado libro. Por ello, sigue siendo cierta la apreciación de Cascajo Castro de que «la jurisdicción constitucional de la libertad no pasa de ser una expresión afortunada para designar lo que Fij Zamudio denomina medios procesales específicos de protección de los derechos fundamentales». JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO y VICENTE GIMENO SENDRA, *El recurso de amparo*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 50. Véase, asimismo, el temprano trabajo de JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, «La jurisdicción Constitucional de la libertad», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 199, enero-febrero 1975, pp. 150 ss.