

## LA CONSTITUCION Y EL PROCESO

*“Al fin y al cabo, somos lo que hacemos para cambiar lo que somos”*

*(Eduardo Galeno)*

**Por Jorge A. Rojas**

### **1.- INTRODUCCION**

Al tiempo de elaborar estas líneas se cumplen 20 años de la nueva Constitución del '94, gestada en forma unidireccional por el claro impulso reeleccionista que perseguía el entonces gobierno de turno, pero que contó con el apoyo del radicalismo para generar -por lo menos- una oportunidad mucho más amplia y de esa forma un núcleo de coincidencias básicas, que permitió sortear esa impronta reeleccionista y extender la reforma a otros institutos que supo recoger la letra de la nueva Ley Fundamental, para no agotarla en exaltar personalismos, aprovechando líneas de trabajo, trazadas desde la jurisdicción, que resultaban excluyentes, como fue el avance producido a través del reconocimiento de los nuevos derechos que fueron constitucionalizados.

La simple circunstancia de una nueva década -y ya van dos- invita a las reflexiones o balances, que si bien pueden ser de todo tipo, por la índole misma de nuestra materia requiere referirla al proceso judicial, involucrando dentro suyo, a las instituciones que hacen a su desenvolvimiento, a su evolución, y desde luego a la necesaria comparación para advertir, los eventuales avances o retrocesos,

precisamente a la luz de la nueva Constitución, teniendo en cuenta para ello la realidad del presente.

Precisamente el reconocimiento de esos nuevos derechos está íntimamente ligada no solo a los desarrollos políticos, sino –como adelantamos- a la labor que le cupo a la jurisdicción, que a los fines de este trabajo interesa, de ahí que todo ese proceso que llevó a esos reconocimientos, se considere conformado –según alguna línea doctrinaria- por tres componentes principales: la atención prestada por los jueces a los nuevos derechos, el apoyo judicial que recibieron esos nuevos derechos y su implementación en la práctica<sup>1</sup>.

Por lo que circunscribir el análisis de la manera propuesta, requiere ineludiblemente reparar en el proceso judicial como un ámbito “natural” para esos reconocimientos y permite el desarrollo de un trabajo de la extensión como la que este requiere, sin antes dejar de aclarar que la visión sistémica del proceso, lleva al análisis de diversos insumos que permiten su andamiaje, los cuales también se deberán circunscribir para no exceder la tarea propuesta.

## **2.- LA PRIMERA PARTE DE LA CONSTITUCION**

Bien sabido es que luego de la segunda guerra mundial, el nuevo orden que se fue gestando, hizo que paralelamente se fuera desarrollando una tarea por demás importante de reconocimiento y afianzamiento de los derechos humanos, y en este aspecto es importante destacar el rol que le cupo a la jurisdicción en nuestro país.

---

<sup>1</sup> Epp, Charles R.; La revolución de los derechos; Ed. Siglo veintiuno editores; Buenos Aires, 2013, p. 28.

Ello, en razón que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se hizo eco ya desde antes de la reforma del '94, del reconocimiento de los tratados internacionales a través de los cuales se cristalizaron esos derechos humanos, provocando así una apertura de extraordinaria importancia que abría las puertas a su recepción en la reforma, afianzando la tarea de los constituyentes para su constitucionalización.

De tal forma, existieron una serie de nuevos principios, como nuevos derechos a tener en cuenta, y por ende la necesidad de gestar las nuevas garantías para su adecuada protección, permitiéndoles cobrar vida en la realidad a través de la labor legislativa que debía complementarla.

La doctrina de la Corte Nacional asumió un rol importantísimo en esta línea, pues no sólo reconoció la importancia de organismos supranacionales, que relajaron conceptos otrora incólumes como el de soberanía, o el mismo de jurisdicción, sino que reconoció que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos 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 para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054)<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> En este caso Giroldi (Fallos 318:514), la Corte Nacional admitió como principio constitucional la doble instancia en el ámbito penal, respetando para ello no solo los tratados internacionales que había suscripto nuestro país, sino además reconociendo el valor que tiene la jurisdicción transnacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y sus precedentes para nuestro país. En esa misma línea la Corte se manifestó en otros casos insignes anteriores a la reforma del '94 como Fibraca (Fallos 316:1669) ó Cafès La Virginia (Fallos 317:1282), y en todos ellos privilegió mantener en línea a nuestro país con los compromisos internacionales que derivaban de haber adoptado esos tratados internacionales, considerando que su violación

De tal forma se reconoció por ejemplo, la protección de los usuarios y consumidores, la protección del medio ambiente, la protección del patrimonio cultural, todos ellos esbozados, como principios rectores – para su futura implementación- en los arts. 41 y 42 de la Ley Fundamental.

Esos nuevos derechos al igual que los civiles y los políticos que ya contemplaba la Constitución Nacional, marcan un norte muy claro a las funciones que ejercen los poderes constituidos, toda vez que fijan principios de los cuales ninguno de ellos se puede apartar, pues si bien no existe una refundación, si la hay en el ámbito jurídico por la extensión que ello importa para el común de las personas.

Esos principios que Aristóteles en su Metafísica señalaba que son el punto de partida desde el cual se inicia un camino, o bien desde el cual una cosa se da a conocer, marcan a su vez un rumbo, porque constituyen los presupuestos políticos que son fundantes de un ordenamiento procesal cualquiera<sup>3</sup>.

Tanto los derechos nuevos, como principios que surgen de la Ley Fundamental, marcan una premisa de sobrada importancia para el Poder Ejecutivo, como para el Legislativo, como para el Poder Judicial, con una particularidad muy especial a tener en cuenta.

Esa distinción tiene que ver con el rol que le tocó jugar al Poder Judicial, ya desde mucho antes de la reforma del '94, pues ya desde comienzos mismo de la década de los años 90 que viene sosteniendo la importancia de que los poderes constituidos ejerzan el control de no podía consumarse sin exponer al país a una violación de orden internacional, lo que resultaba a todas luces inadmisibile.

<sup>3</sup> Diaz, Clemente; Instituciones de Derecho Procesal, Ed. Abeledo-Perrot, 1968, T. I, p. 198.

convencionalidad de sus propios actos para no exponer al país a la violación de un tratado internacional<sup>4</sup>.

Esto importa la necesidad de reconocer la apertura que estaba brindando el Poder Judicial para el avance –en la inteligencia de una labor acompasada y concordante con los otros poderes del Estado- que se destacó desde entonces, por lo que esos nuevos derechos, principios y consiguientes garantías, solo faltaría cuestionar si pudieron tener vida en la realidad concreta.

### **3.- LA IMPORTANCIA DE LOS SISTEMAS**

Aquí radica el otro aspecto importante a tener en cuenta con relación a la reforma de 1994, toda vez que el reconocimiento de esos principios, derechos y garantías que consagra la primera parte de la Constitución Nacional, carecen de toda trascendencia y fundamentalmente efectividad, si no pueden tener existencia concreta en la realidad cotidiana, y para eso no solo el Poder Judicial, sino además los otros poderes, también tienen a su cargo esa puesta en movimiento, toda vez que como sostiene Alexy, esos sistemas son deberes que tiene el Estado

---

<sup>4</sup> En *Lastra c/Obispado de Venado Tuerto* la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que “cuando el país ratifica un tratado internacional, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que los tratados contemplan. Por ello, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede originar responsabilidad internacional del Estado argentino, y la mera posibilidad de que esta atribución de responsabilidad internacional argentina se vea comprometida por la interpretación y aplicación de un tratado con una potencia extranjera configura, de por sí, cuestión federal suficiente” (Fallos 314:1324). Esa misma línea la Corte la siguió transitando en otros casos insignes que mostraron la necesidad del sometimiento de la legislación local al respeto de la letra de los Tratados internacionales, sirva como ejemplo *Kauffman* (Fallos 315:1848) ó *Mendes Valles* (Fallos 318:2639), y que aún más cercanos en el tiempo continúa transitando, como *Simón* (Fallos 326:3988), o *Arancibia Clavell* (Fallos 327:3294).

para sus ciudadanos, los cuales se transforman a su vez también en derechos fundamentales<sup>5</sup>.

Para ello, la cuestión a formular sería cómo pueden cobrar vida en la realidad esos “nuevos” derechos fundamentales. La respuesta remite a la efectividad de las garantías, y para ello corresponde advertir que éstas se deben representar a través de sistemas adecuados, interpretando por tales a las formas metódicas que se deben observar para que esos presupuestos políticos cobren vida dentro de un ordenamiento –en este caso procesal- cualquiera<sup>6</sup>.

Y en este punto es útil la mirada sistémica sobre el proceso judicial toda vez que las falencias que presenta el sistema, hace que el avance tan destacado que había encarado el poder jurisdiccional, se vea seccionado por la omisión en la que incurre el legislador para instrumentar esos sistemas, o bien en la que incurre el poder administrador para proponerlos o en su caso tornarlos operativos.

Algunos detalles pueden dar cuenta de las falencias apuntadas. Mientras el constituyente se encargó de recoger los presupuestos que ya reconoció la Corte Nacional en casos líderes como los señalados, el Poder Legislativo ha incurrido en una serie de omisiones que resultan difíciles de interpretar.

---

<sup>5</sup> Sostiene Alexy que el concepto de derecho prestacional debe interpretarse como todo derecho a una acción positiva, es decir, a una acción del Estado, es un derecho prestacional, y en su clasificación considera que estos derechos en sentido amplio reconocen derechos a la organización y al procedimiento, entre otros, constituyendo estos procedimientos un conjunto de sistemas de reglas y/o principios para la obtención de un resultado, destacando que esas normas deben crearse de tal manera que con suficiente probabilidad el resultado sea acorde con los derechos fundamentales

<sup>6</sup> Siguiendo a Díaz, Clemente; Ob. cit., p. 298.

Sirva como ejemplo de lo expuesto, en una breve síntesis, el derecho a un medio ambiente sano que consagra el art. 41 de la Constitución Nacional.

Es cierto, que fue dictada la Ley 25.675 conocida como Ley General del Ambiente. Es cierto que desde la jurisdicción se propende a su encendida defensa, como ha sido elocuentemente resuelto por la Corte el caso Mendoza, también conocido como cuenca Matanza-Riachuelo<sup>7</sup>.

Sin embargo, lo que no se advierte, y esa omisión es en la que incurren tanto el Ejecutivo como el Legislativo, es que si bien la Corte diseñó para el tratamiento de ese caso emblemático, un proceso que sale de los cánones tradicionales, con una fuerte influencia de la oralidad, con una producción anticipada de pruebas, con un notable acortamiento de los plazos, con una tajante división de las pretensiones que se habían acumulado, nada de ello ha sido tenido en cuenta una ulterior regulación.

En la actualidad sigue sin regulación ese proceso colectivo, o si se quiere el proceso que permita la sustanciación de cuestiones vinculadas al medio ambiente, y eso no solo provoca inseguridad jurídica, sino además excede el marco tradicional de institutos que están previstos para brindar otro tipo de garantías.

Es elocuente por la fuerza de la realidad, las distorsiones a las que es sometido el art. 43 de la Constitución Nacional y todas las interpretaciones de las que fue objeto la acción de amparo que allí se contempla.

---

<sup>7</sup> Fallos 329:2316

Desde el amparo individual, hasta el amparo colectivo, se han intentado infinidad de interpretaciones siempre con la finalidad que – subjetivamente- cada intérprete quiso darle, sea a una como a otra figura del amparo.

Mientras permanecen en plena operatividad –aunque con una dudosa vigencia- la vieja ley 16.986 que a nivel nacional regula el amparo contra actos de la autoridad pública, y el art. 321 del Código Procesal donde se regula el amparo contra actos de particulares.

Por su cuenta, tanto la Ciudad de Buenos Aires, como la Provincia del mismo nombre regularon el amparo con una estructura muy similar a la de un típico proceso de conocimiento, desconociendo así no solo la letra de sus propias constituciones locales, sino además la de la Constitución Nacional que persigue la generación de un proceso de índole protectoria y no dirimente, pues ese fue el sentido desde sus orígenes en los casos Siri<sup>8</sup> y Kot<sup>9</sup>.

Sin embargo, nada de ello resulta apropiado para contener un derecho humano esencial, como lo reconoció la Constitución Nacional al contemplar el medio ambiente en esa línea, por lo que la franja infraconstitucional, que debe contemplar ese derecho prestacional al que hacía referencia Alexy, sigue inerte, sin vida, generando un vacío que lejos de brindar certezas, especialmente a los justiciables y a la jurisdicción, complica su labor.

---

<sup>8</sup> Fallos 239:459

<sup>9</sup> Fallos 241:291



Claro que no solo allí se agota la enumeración que es posible realizar con relación a los derechos de última generación, sino que sucede lo mismo con los derechos del consumidor o del usuario.

Es cierto que existe una Ley de Defensa del Consumidor (24.240), que se ha reformado recientemente (26.361), y que vale destacar que contempla también al usuario, pero solamente se han previsto mecanismos para reclamos puntuales a través de los tribunales arbitrales de consumo, sin generarse los sistemas de acceso adecuados a ese tipo de reclamos, y menos aun cuando de reclamos colectivos se trata, y aparece nuevamente en escena la omisión que existe sobre el proceso colectivo<sup>10</sup>.

Pero para apartarnos de ese esquema de trabajo, si contemplamos otro derecho fundamental que consagra no solo la Constitución Nacional en su art. 1, sino además los Tratados Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su art. 19, el derecho a la información que tiene toda persona, que desde luego se precie de vivir en un sistema republicano y democrático de gobierno, en el cual la transparencia y la publicidad de todos los actos de gobierno debe ser la regla, también nos encontramos con una regulación paupérrima, que muchas veces ni siquiera es observada, como es el decreto 1172/03.

---

<sup>10</sup> No puede alcanzar para ello la referencia que hace la ley remitiendo la sustanciación de una causa al molde del proceso de conocimiento más abreviado como manda el art. 53 de la ley, ni menos aún interpretar una regulación adecuada cuando se alude en los arts., 52 ó 54 al proceso colectivo, no porque no se permita la inclusión de una norma de carácter procesal en una ley sustancial, pues ello puede ser admitido conforme la doctrina de la Corte, sino porque la regulación que se requiere debe resultar adecuada y razonable, y para ello la omisión en la que incurre el legislador lo lleva a no tener en cuenta lo que ha hecho la Corte en el caso Mendoza o bien los efectos que provocó la sentencia que recayera en el caso Halabi (Fallos 332:111), a los efectos de ponderar que se trata de un ámbito diverso al tradicional el que debe receptor al proceso colectivo.

Si bien ese decreto se sancionó con la finalidad de mejorar la calidad institucional y permitir el libre acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, fortaleciendo así la relación entre Estado y sociedad civil, apuntalando al sistema republicano y democrático de gobierno, la realidad da cuenta de otra verdad<sup>11</sup>.

Aquí, ya no solo falta el sistema que permita la operatividad del derecho, sino la ley concreta que consagre, lo que la Constitución Nacional y los tratados que conforman el bloque de constitucionalidad conceden a la sociedad.

Desde luego que con ello no se pretende agotar el listado de deudas del legislador, u omisiones o de regulaciones pendientes, para que la reforma del '94 podamos considerar que ha provocado un impacto en la sociedad que permita su visibilización, pero si señalar algunos ejemplos paradigmáticos que repercuten en la sociedad, por la omisión en la que se incurre, por razones que escapan a todo entendimiento.

#### **4.- LA SEGUNDA PARTE DE LA CONSTITUCION**

La Ley Fundamental, consagra en su segunda parte el ordenamiento de los poderes del Estado, y en este aspecto –siguiendo la línea de trabajo– el que más importa para este análisis es el Poder jurisdiccional, pues constituye uno de los insumos esenciales, sino el fundamental, para el desarrollo del proceso judicial.

---

<sup>11</sup> Cuando existe un descubrimiento tan importante de un yacimiento petrolífero que tiene una importante proyección de futuro, y se unen la Nación con la Provincia –ahora titular de ese yacimiento– y se firma un contrato de explotación de una parte del yacimiento, por menor que sea esa explotación, se sostiene que el contrato es de índole privada y no puede ser exhibido, inhibiendo a toda la ciudadanía de conocer sobre una contratación del Estado.

Una de las novedades más importantes que introdujo la reforma de la Constitución, fue la incorporación del Consejo de la Magistratura en el art. 114, señalando expresamente la disposición transitoria decimotercera, que a partir de los 360 días de la reforma, los jueces deberán ser nombrados conforme el procedimiento que establece la norma que consagra ese organismo.

La transparencia que -se sostuvo- iba a generar la introducción en la Constitución de 1994 del Consejo de la Magistratura iba a permitir una mayor precisión en la designación de los jueces y también un mecanismo mucho más sencillo y ágil para su remoción por razones de mal desempeño.

Sin embargo, no podemos olvidar que si bien en el año 2003 se dictó el decreto 222 por medio del cual se pretendió extender esa mayor transparencia a la designación de los jueces del más Alto Tribunal del país, y luego fue seguido por otro decreto –el 588- que lo extendió a la designación de los jueces inferiores, aunque en la actualidad, no es menos cierto que existen muchísimos cargos sin cubrir por falta de designación del Ejecutivo, tampoco las irregularidades que se han producido en algunos concursos para la selección de magistrados, y todo ello se debió precisamente a la desvirtuación de los fines que originariamente se habían tenido en miras al dictarse los mencionados decretos.

La Constitución Nacional, había sido originariamente reglamentada, en este aspecto, por la ley 24.937. Sin embargo, en el año 2006 el gobierno, pese a que existió una importante oposición, que inclusive se manifestó en la legislatura, sancionó la ley 26.080, a través de la cual se desandó el

camino originario, y al cambiarse la integración de las mayorías en el referido Consejo y la forma en que se desarrollaban los concursos, se generó un campo propicio para avanzar sobre la independencia del Poder Judicial de la Nación.

Este avance hizo que –a través de un nuevo paquete de leyes- se aludiera a una presunta “democratización” del Poder Judicial, sin advertir que ya desde Hamilton en El Federalista, es bien reconocido y aceptado, como balanza fundamental del equilibrio entre los poderes del Estado, el rol que juega –como poder contramayoritario- el Poder Judicial.

Lo cierto es que el rol de la jurisdicción aparece totalmente desdibujado, afectándose su independencia cuando no su dignidad, que muchas veces se ve avasallada por incomprensibles embestidas que – generalmente desde el Ejecutivo- se ensaña con jueces que se limitan a cumplir su labor<sup>12</sup>.

Este aspecto de fundamental importancia hace a la independencia del funcionamiento de un poder esencial dentro del Estado, como es el que debe tener la jurisdicción, no solo para decir el derecho, sino fundamentalmente para hacer cumplir sus decisiones, aspecto de trascendental importancia a la luz de los comportamientos que observa

---

<sup>12</sup> En este caso es oportuno ver el comentario efectuado por Arazi sobre la recusación sin expresión de causa y el abuso del derecho en que incurre el propio Estado contra los jueces, en especial los integrantes de la Cámara Federal de la Seguridad Social, a quienes indirectamente se los persigue, por la sola y única razón de pretender cumplir con la propia doctrina de la Corte Nacional, que el Anses parece no querer observar, distorsionando así el funcionamiento de un fuero que fue especialmente creado al efecto, a punto tal de tornarlo inoperante, solo por el volumen de causas que existe en su seno que supera toda lógica (Arazi, Roland; Revista de Derecho Procesal 2012-1-11, Ed. Rubinzal-Culzoni).

en estos tiempos el Ejecutivo, en algunos casos en sentido totalmente contrario a derecho.

## 5.- A MODO DE CONCLUSIONES

Desde luego que el tiempo que transcurrió desde la reforma de la Constitución Nacional al presente, es por demás suficiente y holgado como para que los aspectos que destacamos hayan tenido un cauce adecuado y por supuesto para sacar algunas conclusiones preliminares.

Pero para eso no puede perderse de vista que la concepción de un Estado de Derecho, tiene como eje fundamental, el principio de legalidad, que importa la sujeción del propio Estado al derecho, aspecto primordial que influyó en la formación del constitucionalismo moderno<sup>13</sup>.

Esa concepción que data de los comienzos del siglo XIX fue desarrollada por los juristas alemanes, se opone –como bien enseñaba el maestro Linares Quintana- al “estado de poder” o “estado de policía”, cuyo doctrinario fue Maquiavelo, y que se inspira en la tristemente famosa frase que dice que el fin justifica los medios.

La apreciación de la realidad, que a veces se ve distorsionada con golpes de timón que de pronto nos enfrentan a frases ampulosas, como ideas descollantes, como por ejemplo, como fuera señalado anteriormente, la que pretende la “democratización” de la justicia, provoca cierto descolocamiento en el operador jurídico y desde luego una lógica conmoción en la sociedad.

---

<sup>13</sup> Linares Quintana, Segundo V.; Derecho Constitucional e Instituciones Políticas, Ed. Abeledo-Perrot, T. I, p. 90.

La noción de Estado de Derecho que debe emerger de la Ley Fundamental, importa la necesidad del sometimiento del Estado al orden jurídico creado por aquella, no pudiendo superponer conceptos claramente diferenciables como Estado y gobierno.

De ahí que todo principio que trazara el constituyente en la Constitución Nacional, requiera la seguridad de que el Estado se obliga a cumplirlo, claro que a través de sus poderes constituidos.

No puede pensarse en otro tipo de razonamiento, pues para el Estado el respeto a la Constitución, importa un deber inexcusable que proyectado al proceso judicial, o si se quiere al campo de la jurisdicción, hace al desenvolvimiento de la sociedad en paz, permitiendo una convivencia armónica.

Y las cuestiones que se generan en la realidad cotidiana, nos pone frente a interrogantes que se hacen difíciles de superar, toda vez que no se puede saber si las garantías mínimas del ciudadano pueden ser observadas por la jurisdicción.

Para contar con mayor legitimidad, las interpretaciones que las cortes realizan del derecho constitucional deben descender del predio donde tradicionalmente se han ubicado. Los jueces deben interpretar la Constitución de manera tal que, respetando el principio de legalidad, el estado de derecho, el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad, le resulte claro al pueblo que su voluntad democrática también está siendo considerada dentro del razonamiento de la decisión<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Post, Robert y Siegel, Reva; Constitucionalismo democrático – Para una reconciliación entre Constitución y Pueblo; Ed. Siglo veintiuno, 2013, p. 21.

El comportamiento de nuestra sociedad hace que repitiendo en el tiempo el mismo tipo de conductas con una frecuencia que ya resulta inusitada, no solo por las consecuencias que se producen, que no pueden ser desconocidas, sino por las inexplicables omisiones en las que se sigue incurriendo, por lo cual flaco favor se le hace al sistema democrático para la actuación de la jurisdicción con la independencia que su actuación requiere.

Ello permite delinear una cultura, que lejos está de ser la más apropiada, pues no solo no existe conciencia social del valor que representa un buen sistema judicial, sino que tampoco se puede apreciar que desde los otros poderes se pueda generar un encuentro dialógico que permita superar estos retrocesos que nos están llevando a un camino que ya no es incierto, sino que es evidente que continúa en una espiral descendente que es necesario superar<sup>15</sup>, reposando los esfuerzos para ello en la cultura del trabajo, de la educación, y de la ética que tanta falta hace a nuestra sociedad, pues ello permitirá reforzar la Constitución en lugar de seguir socavando su legitimidad.

---

<sup>15</sup> De la confianza del pueblo en las instituciones públicas, y en esto las altas cortes no son la excepción, depende en gran medida la autoridad necesaria para hacer cumplir la Constitución, muchas veces en contra de las decisiones de los poderes con representación popular (Post y Siegel, Ob. cit., p. 23).