

# **Acerca de una interpretación progresista y democrática de la Constitución Nacional: la provincialización de la Ciudad de Buenos Aires como estrategia futurista<sup>1</sup>**

**Por Karina Andrade**

## **Introducción**

Existen numerosas y valiosas posturas relativas al cambio que la reforma constitucional del año 1994 provocó en el estatus jurídico de la Ciudad de Buenos Aires, su régimen de gobierno, el alcance de sus facultades y demás cuestiones vinculadas.

Lo que generalmente se discute es el alcance de la autonomía que la reforma constitucional de 1994 le reconoció a la Ciudad de Buenos Aires. Ocurre, sin embargo, que el tema se encuentra prácticamente agotado y todavía hay mucho por hacer, discutir y consensuar, aún cuando todos aceptemos que la Ciudad verdaderamente es autónoma desde el año 1994.

Han pasado ya catorce años de la reforma y aún se siguen haciendo ese tipo de interpretaciones que conducen a razonamientos tales como "si la Constitución no dijo tal cosa, entonces no pudo querer decir tal otra". En mi opinión la Constitución Nacional le otorgó indiscutiblemente autonomía a la Ciudad, ello surge claramente de su artículo 129, lo cual es coincidente con un Régimen Federal de Gobierno al que también constitucionalmente adherimos. Entonces, sin menospreciar los debates doctrinarios que se originaron al respecto, propongo discutir el modo en que dicha autonomía debe llevarse a la práctica.

En definitiva, debemos consensuar cuál es el camino más conveniente, de entre los democráticamente correctos, para que se materialice la situación institucional, en teoría ya definida, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Digo camino correcto en términos democráticos, pues la cuestión que aquí planteo está íntimamente ligada con respuestas a

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se escribió en Abril de 2008 y fue publicado en la Revista Pensamiento Penal. Sección Doctrina. Categoría "Textos Generales".

preguntas tales como: quienes deberían concretarla, de qué modo debería hacerse, y si debemos abogar por que la decisión quede en manos de los jueces, como sucedió en varias oportunidades donde la Corte se expidió respecto de la situación de Buenos Aires.

En ese sentido, llamativo puede resultar que cuando se trata de resolver una cuestión los juristas analizan las mismas normas, para definir el alcance de las mismas cuestiones pudiendo sin embargo llegar a posturas radicalmente opuestas. La existencia de estas discrepancias no tiene que ver, en la mayoría de los casos, con un error interpretativo sino que es propia de todo ámbito jurídico. Para darnos cuenta de esto basta con mirar cual es el método por el cual un tribunal resuelve los casos que se le plantean, esto es, por aplicación de la regla de la mayoría (y piénsese que todos deciden teniendo en cuenta la misma norma y el mismo texto constitucional) y por el momento la decisión sigue siendo válida sin necesidad de unanimidad.<sup>2</sup>

Mi hipótesis que iré desarrollando en este trabajo parte de los siguientes presupuestos:

- La ciudad de Buenos Aires no gozó de autonomía hasta 1994 por ser la sede del Estado nacional.
- La Ciudad de Buenos Aires adquiere autonomía propia a partir de la reforma constitucional, principalmente con el artículo 129 de la Constitución, reconociéndosele expresamente facultades de legislación y jurisdicción.
- La reforma se hizo a sabiendas de la problemática particular que tiene nuestra Ciudad por ser la sede de asiento de las autoridades nacionales.

---

<sup>2</sup> De hecho la regla de que no es vinculante para cualquier Juez, el criterio que al respecto tenga otro juez generalmente no se discute. Más aún, sucede muchas veces, que un mismo juez puede dejar de lado un criterio adoptado en un determinado caso, al decidir otro caso similar, sin que ello se cuestione demasiado.

- Mientras esa particularidad no cambie deberán arbitrarse los medios necesarios para garantizar los intereses de la Nación de manera que no se menoscabe la autonomía reconocida a la Ciudad.
- No se descartó la posibilidad de que la Ciudad sea considerada en el futuro una provincia más (pues el artículo 129 de la Constitución Nacional, lógicamente, supedita el resguardo de los intereses nacionales al hecho de que la Ciudad continúe teniendo esa particularidad), pero tampoco se estableció, al menos expresamente, que es una provincia a partir de la reforma.

Considero que los presupuestos de los que parto pueden ser compartidos por autores que tengan distintas opiniones acerca del tema que nos convoca, sin necesidad de que resignen su postura. Esta particularidad de los presupuestos no es ingenua y está vinculada con mi hipótesis que seguramente no sea compartida por los distintos autores que trabajaron el tema:

**“La situación institucional de la Ciudad de Buenos Aires está definida en la Constitución Nacional, lo que no se definió es el modo de hacer efectiva esa decisión, y no es incorrecto, en términos democráticos, que así no se hiciera.”**

Mi hipótesis consiste en sostener que la reforma constitucional tuvo una mirada al futuro consistente en la provincialización de la Ciudad. Al plantear una estrategia de futuro se consideró que necesariamente habrá un accionar progresivo (aunque no estamos tan seguros de que proclame un avance tan paulatino como el que sucedió desde el año 1994 hasta ahora) exigiendo que se generen cambios con el transcurso del tiempo, los que deberán alinearse en ese sentido. Esta interpretación que denomino progresista, es la más respetuosa de nuestro sistema federal de gobierno. A su vez la hipótesis asume que no se estableció la manera en que debe concretarse dicho “plan futurista”, y que por cuestiones democráticas que fundamentaré a lo largo de este trabajo, es correcto que así no se hiciera.

**Aclaraciones Previas:** Este trabajo está dividido en dos Capítulos, el primero tiene como objetivo demostrar que la provincialización de la Ciudad fue un proyecto para futuro establecido constitucionalmente en el año 1994, para ello abordaré la situación previa y post reforma de la Ciudad Buenos Aires, según las posturas más comunes y las consecuencias normativas que ella produjo. Luego en el segunda capítulo, y aceptando que ese plan debe concretarse de manera progresiva pero teniendo presente que la Ciudad goza desde la reforma de un régimen autónomo de gobierno, describo quienes son los sujetos legitimados para materializar progresivamente ese plan y los modos en que dicho establecimiento debe llevarse a cabo.

**I.- La situación Institucional de la Ciudad de Buenos Aires: su análisis previo y post reforma**

1.- La Ciudad de Buenos Aires y el menoscabo sufrido por ser "La elegida"

La Ciudad de Buenos Aires fue designada capital de la República en el año 1880 mediante Ley N° 1029. Previo a su cesión por parte de la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad ya había sido "la elegida", las autoridades nacionales en virtud de la denominada "Ley de Compromiso" (producto de un acuerdo entre ellas y la Legislatura de la Provincia De Buenos Aires) residían y ejercían desde 1862 jurisdicción sobre ella. Luego de la reforma constitucional de 1860 ya se encontraba vigente su artículo 3: "Las autoridades que ejercen el gobierno federal, residen en la ciudad que se declare Capital de la república por una ley especial del Congreso, previa cesión hecha por una o más legislaturas provinciales, del territorio que haya de federalizarse." Lo dicho nos permite inferir fácilmente que la ley 1029 no fue más que el reconocimiento de una situación de hecho que ya se había definido en los enfrentamientos de Unitarios y Federales.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Esta breve mención no omite que la creación de la Ciudad de Buenos Aires como Capital Federal de la Nación fue el resultado de una negociación, o lucha, de largos años.

Así fue como bajo una situación atípica e impropia a cualquier modelo federal de gobierno, donde por definición sus habitantes se dan sus propias leyes, se juzgan por sus propios jueces y administran sus propios recursos, se condenó a la Ciudad de Buenos Aires a la privación de autonomía por más de un siglo y a los capitalinos a la privación de una soberanía propia. Dicha condena generó un estigma, la alienación de la los habitantes de la Ciudad de reconocerse como partes de una comunidad local.

La condena fue apelada por los Constituyentes de reforma constitucional de 1994 y revocada por el artículo 129 de la Constitución Nacional (en adelante CN). Algunos, como iremos viendo, dirán que la revocación lo fue solo parcialmente.

## 2.- Momentos Previos a la Reforma Constitucional de 1994

### **2.1- Pacto de Olivos**

En 1983 la vuelta de la democracia trajo bajo la manga el cuestionamiento de la Constitución, existía en los partidos políticos la idea compartida acerca de la necesidad de reformarla, en virtud de que fue un instrumento débil para impedir todas las violaciones que de ella se hicieron durante el siglo XX. Bajo esta línea de ideas la Unión Cívica Radical junto a otros partidos políticos lanza en el año 1987 un proyecto de reforma<sup>4</sup> que fue olvidado debido a la crisis económica hiperinflacionaria de aquella época. Sin embargo no fue olvidada la idea de su reforma y sirvió de instrumento al ex presidente Carlos Menem para asegurarse el cargo presidencial por otro mandato consecutivo. La reforma le era necesaria en ese sentido, pues la Constitución vigente a esa época contemplaba un mandato presidencial de período más largo que el actual (el mandato

---

<sup>4</sup> El partido radical creó con ese fin, entre otros, el "Consejo para la Consolidación de la Democracia" coordinado por el iusfilósofo Carlos Santiago Nino.

presidencial se ejercía por 6 años) pero la imposibilidad de ser reelegido.

Existía amplio consenso acerca de la necesidad reformar la Constitución, consenso que no se hallaba en relación a las formas que ella debería tomar. Ello obedecía, entre otras cosas, a que la finalidad de algunos actores políticos no era tanto el mejoramiento del régimen político sino lo funcional que la reforma les podía resultar.

El resultado de esa falta de consenso y la necesidad de políticas concretas del partido gobernante, Justicialismo con Menem a la cabeza, y también de la oposición, radicalismo con Alfonsín a la cabeza, fue el famoso Pacto de Olivos.

Lo cierto es que el ex presidente Alfonsín no tenía muchas opciones, el partido radicalista se estaba autodestruyendo, había hacia adentro distintas posturas claramente definidas respecto de la reforma, además de que varios gobernadores y parlamentarios radicales comenzaron a darle apoyo al Dr. Menem. Como si esto fuera poco para Alfonsín, el 22 de octubre de 1993 Menem dictó el decreto 2181/93 mediante el cual se convocaba a la ciudadanía a un plebiscito para tratar el tema en cuestión. Plebiscito que, si bien su resultado no hubiera sido vinculante para el Congreso, se sabía hubiera generado fuerte presión sobre él. Luego de ello comenzaron unas jornadas de negociación entre los Dres. Menem y Alfonsín, lográndose un acuerdo en el mismo mes que debía celebrarse aquel plebiscito. Dicho acuerdo básicamente consistió en que el radicalismo aceptaría una reelección presidencial, a la par que se acotaba el mandato a cuatro años y estableciéndose el sistema de elección de ballotage; al Peronismo le tocó, en lo que a nosotros nos interesa, aceptar la elección directa del intendente de la capital, siendo una de las medidas orientadas al debilitamiento del sistema presidencialista.

Por supuesto que tras ese acuerdo el plebiscito quedo como una posibilidad anecdótica de nuestra ciudadanía.

## **2.2- Núcleo de coincidencias básicas**

Es el documento en el que los Dres. Menem y Alfonsín, en Diciembre de 1993, ratifican lo acordado en el Pacto de Olivos y cuyo punto f bajo

el título "La Elección Directa Del Intendente y La Reforma de la Ciudad de Buenos Aires" estipula: el pueblo de la Ciudad elegirá a su jefe de Gobierno, la Ciudad tendrá un estatus constitucional especial que le reconozca autonomía y facultades propias de legislación y jurisdicción, por último establece que se garantizarán a través de una regla especial los intereses del Estado nacional mientras la Ciudad sea Capital de la Nación. Sugiere para el logro de esos cometidos la reforma de los artículos 67 inc. 27 y 86 inc. 3. Por último, se incluye una cláusula transitoria mediante la cual se estipula que el Congreso ejercerá competencia exclusiva sobre la Ciudad hasta que se "constituyan los poderes que surjan del nuevo régimen de autonomía de la Ciudad de Buenos Aires".

### **2.3- Ley 24309**

Es la ley Nacional que declara la necesidad de reforma constitucional, sancionada y promulgada poco mas de 15 días luego del núcleo de coincidencias, y cuyo texto no es más que la trascripción textual de las cuestiones del "núcleo de coincidencias básicas" que desarrollamos en el punto anterior.

### 3.- La Reforma del `94

La principal modificación que nos trajo la reforma fue el artículo 129<sup>5</sup> CN, pues considero que todas las demás cuestiones que modificaron la situación de la Ciudad son consecuencia de su dictado. Por su parte dicho articulado es otra repetición casi textual del núcleo de

---

<sup>5</sup> Art. 129 C.N. "La ciudad de Buenos Aires tendrá un régimen de gobierno autónomo, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad.

Una ley garantizará los intereses del Estado nacional, mientras la Ciudad de Buenos Aires sea capital de la Nación.

En el marco de lo dispuesto en este artículo, el Congreso de la Nación convocará a los habitantes de la Ciudad de Buenos Aires para que, mediante los representantes que elijan a ese efecto, dicten el estatuto organizativo de sus instituciones."

coincidencias básicas y por ende, también, de la ley de necesidad de reforma constitucional.

Entonces en virtud de él, lo que podemos afirmar con total certeza es que la Ciudad de Buenos Aires tendrá un Régimen de Gobierno Autónomo, con facultades de legislación y jurisdicción, y que los capitalinos podemos elegir a nuestro jefe de Gobierno.

Es importante mencionar que este artículo está ubicado en la segunda parte, denominada "Autoridades de la Nación", título Segundo de la C.N. cuyo acápite trata sobre los Gobiernos de Provincia.

### **3.1- La Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Nueva Naturaleza Jurídica y Competencia Jurisdiccional**

Es conocido ya el debate doctrinario que la cuestión del estatus jurídico de la Ciudad ha suscitado. La interpretación de los juristas en ese sentido puede dividirse en dos líneas bien diferenciadas, por un lado quienes sostienen que la Ciudad posee una autonomía distinta de las provincias, en algún sentido inferior, pero también distinta de los municipios, en este sentido una aptitud mayor.<sup>6</sup> Dicho de otra manera la Ciudad no tendría para estos autores una autonomía tal que permita asimilarla a la de las provincias, pero sí posee una autonomía en grado mayor a la de los municipios. La segunda postura enrola juristas que consideran que la Ciudad debe ser considerada, en cuanto a su naturaleza jurídica, una provincia más, porque ese fue el sentido que se le reconoció en la incorporación del artículo 129 C.N.

La labor de los autores al discutir el alcance de esa autonomía no es más que una tarea propia de teoría interpretativa.

Como sucede, o sería lógico que sucediera en lo que se denomina teoría interpretativa, si los autores parten de presupuestos opuestos respecto de la naturaleza jurídica, llegarán a conclusiones distintas a la hora de analizar el quid de la jurisdicción local, y definir quienes serán competentes para aplicar el derecho común en nuestra Ciudad. Encontramos aquí nuevamente dos posturas diferenciadas, la primera limita la competencia jurisdiccional de la Ciudad a las cuestiones locales con fundamento en que no posee la autonomía de que

---

<sup>6</sup> Dromi, Menem 1994:420

gozan las provincias. La segunda postura enrola autores como Sagües<sup>7</sup> quien sostiene que, al gozar la Ciudad de autonomía plena en virtud del artículo 129 CN, debe por ende, contar con sus propios tribunales ordinarios de justicia.

Como aclaración dentro de esta discusión doctrinaria, comparto la crítica que formula el Dr. De Giovanni<sup>8</sup> al hacer referencia a la imposibilidad de que al definir el estatus jurídico de la Ciudad podamos graduarla, pues no puede hablarse de autonomía amplia o restrictiva, solo puede hablarse de un ente autónomo o no autónomo. Igualmente es dable destacar que al expresar esa idea, se está fundamentando lo que otros autores definen como autonomía amplia.

#### 4.- La estrategia progresista por parte de la Constitución Nacional

Al comienzo de este trabajo sostuve que la reforma constitucional tuvo una mirada hacia el futuro respecto de la situación de la Ciudad de Buenos Aires consistente en su provincialización, dicho plan surge constitucionalmente de distintas cláusulas. Se estipuló que el número de Senadores que la Ciudad enviará al Congreso es de tres, habiéndose previsto la misma cantidad en el caso de las provincias, lo que surge del juego de los artículos 44 y 54 de la C.N. Los capitalinos, en virtud del artículo 45 CN, eligen a quienes los representarán en la Cámara de Diputados. Este artículo contempla expresamente la situación de que la Ciudad deje de ser la provincia de la Nación en el futuro, disponiéndose, en su caso, que la nueva capital también será un distrito con capacidad de elegir diputados nacionales.

En virtud del artículo 75.2 CN la Ciudad es sujeto de distribución de los ingresos coparticipables que recauda el Gobierno Nacional y aprueba mediante ley local, la reasignación de recursos que posibilita junto con la aprobación de la ley del Congreso la transferencia de competencias, servicios o funciones.

---

<sup>7</sup> Sagües, 2001

<sup>8</sup> De Giovanni, 1995

La Ciudad es susceptible de intervención federal, mediante ley del Congreso de la Nación, según artículo 75.31 C.N. y por disposición del Poder Ejecutivo en los supuestos habilitados, según artículo 99.20 C.N. La intervención federal de las provincias se posibilitó mediante las mismas causas y modos.

En conclusión no solo que a través de todas estas cláusulas se equiparó a la Ciudad a una provincia más, sino que se supeditó al futuro la elección de sus habitantes de elegir diputados nacionales, dándole así finalmente su cualidad de provincia.

#### **4.1- Consecuencias legislativas "inmediatas" del artículo 129**

La redacción del artículo 129 CN trajo aparejado dos mandatos de índole legislativa, por un lado el dictado de una ley que garantice los intereses del Estado Nacional (intereses que deben resguardarse mientras la Ciudad continúe siendo capital de la Nación, según reconocimiento explícito del artículo) y, por el otro, el dictado de la Ciudad de su estatuto organizativo.

El primer mandato se concretó en Noviembre de 1995 a través de la Ley 24588, denominada Ley Cafiero (haciéndose, con dicha mención, alusión al senador por haber sido uno de los principales impulsores de esa norma), y el segundo mandato se cumplió un año después a través del dictado de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CNCABA).

La denominada *ley Cafiero* es una norma considerada entre las denominadas leyes constitucionales que regula lo previsto en el segundo párrafo del artículo 129 CN. De conformidad con la técnica legislativa utilizada por el constituyente de reforma, estas normas deben completar de manera directa los vacíos legislativos dejados en el articulado de la ley fundamental y cuyo desarrollo debe ser completado por el legislador, por expreso mandato del constituyente, de acuerdo a plazos y a regímenes de mayorías que le son propios.<sup>9</sup>

Me atrevo a decir que la doctrina es casi unánime en cuanto a considerar la incompatibilidad de ambos cuerpos normativos. La mayoría

---

<sup>9</sup> Sabsay, Onaindia, 1997:18

de los autores que adoptan una tesis restrictiva en relación a la autonomía que la reforma le asignó a la Ciudad, sostienen que la Constitución que ella misma se dictó es inconstitucional, y por su parte, quienes apoyan la tesis amplia declaran la inconstitucionalidad del contenido de la Ley 24588, específicamente del contenido del artículo 8.

Los argumentos que se han vertido a favor y en contra de una y otras posturas ya están prácticamente agotados, pero es importante mencionar que los autores señalan una contradicción irreconciliable entre ambos cuerpos normativos. Dicha contradicción viene dada por el hecho de que mientras la ley federal dispone la jurisdicción y competencia de los tribunales nacionales para la aplicación del derecho privado o común (artículo 8), las normas locales de la Ciudad se reconocen competentes para ello (artículo 106 CNCABA).

Sin embargo, si se miran dichas normas a la luz de la interpretación constitucional que denominé progresista, ello podría no suceder. Debe hacerse un análisis complementario de ambos cuerpos normativos, de esa manera se entenderá que la limitación a cuestiones locales, en lo referente a la competencia jurisdiccional de la Ciudad, fue una disposición de carácter transitorio y provisorio. Se estipuló dicha limitación como situación previa al cumplimiento de la disposición que la misma ley establece en su artículo sexto, y solo mientras ella no suceda. Lo que quiero decir es que el artículo sexto al establecer que el "Estado Nacional y la Ciudad de Buenos Aires, celebrarán convenios relativos a la transferencia de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes", no solo está dejando abierta la posibilidad de la transferencia de competencias jurisdiccionales a la Ciudad, sino que lo está estipulando como acción positiva que entre ambos se dará en el futuro. Más aún, dicha posibilidad se estipuló de manera amplia, sin límite alguno en cuanto al contenido de esos acuerdos.

Quizá no sea un dato menor que en lo que a las facultades jurisdiccionales o la competencia de la Ciudad respecta, se haya establecido en primer orden la celebración de los acuerdos (artículo número 6) y luego la competencia en ese momento actual del Estado nacional (artículo número 8). Es por lo expuesto que estamos en condiciones de sostener que la ley nombrada estableció en su artículo

8 una disposición transitoria y a la vez efectuó un traspaso gradual y consensuado de organismos, funciones, competencias, servicios y bienes, de la Nación hacia la Ciudad Autónoma a través de su artículo 6. Con esta interpretación se concilian ambos cuerpos normativos, es decir, ya no parece tan contradictorio lo que prescribe la Constitución de la Ciudad (instrumento de carácter permanente de la Ciudad) y la "ley Cafiero" (instrumento para delinear el camino hacia la concreción de la autonomía de la Ciudad, y marca cómo debe ser la relación Estado nacional - Ciudad de Buenos Aires mientras eso no suceda).

Resta mencionar como consecuencia inmediata el dictado del decreto 1417 del año 1996, en fecha 9 de diciembre de 1996, el que al crear, en el ámbito del Ministerio de Justicia, una Comisión que tuviera a cargo la elaboración y estudio de proyectos a fin de transferir la Justicia Nacional ordinaria al Poder Judicial de la Ciudad, tuvo claramente la finalidad de crear un espacio en el que las partes y sectores interesados puedan consensuar, en términos políticos y técnicos, los temas potencialmente conflictivos que encierra el traspaso a la Ciudad autónoma de las funciones de los fueros ordinarios de la justicia nacional.

#### **4.2- Consecuencias legislativas "mediatas" del artículo 129 en materia jurisdiccional penal**

En materia de legislación penal debemos mencionar los dos convenios que traspasan jurisdicción en cuestiones originalmente ordinarias de la justicia nacional penal, al Poder Judicial de la Ciudad, y la sanción por parte de la legislatura porteña del Código Procesal Penal de Ciudad (ley 2303).

El primer convenio fue ratificado mediante ley 597 de la legislatura de la Ciudad y ley 25752 del Congreso Nacional, y por él se aprobó la transferencia de los delitos de tenencia y portación de arma de uso civil y su suministro a quien no fuera legítimo usuario, cometidos en la Ciudad. La competencia para entender en esos delitos fue atribuida a la Justicia en lo Contravencional y de Faltas.

El segundo acuerdo fue suscripto en junio del año 2004 y por él se acordó el traspaso de competencias penales al ámbito jurisdiccional de

la Ciudad. Sin embargo, tuvieron que pasar cuatro años para que la ley 26357 lo ratifique.

La Justicia Contravencional y de Faltas, en virtud de ese acuerdo, es competente para investigar y juzgar los delitos de lesiones en riña, abandono de persona, omisión de auxilio, exhibiciones obscenas, matrimonios ilegales, amenazas simples, violación de domicilio, usurpación, daños, ejercicio ilegal de la medicina, actos discriminatorios, incumplimientos de deberes de asistencia familiar y actos de crueldad contra animales.

Es indudable que estos Convenios celebrados entre el Ejecutivo de la Nación y de la Ciudad y ratificados por la Legislatura y el Congreso de la Nación generan el efecto de ir dejando atrás la denominada Ley Cafiero, mediante el procedimiento que esta misma ley estableció (art. 6).

<b>II.- Sujetos Legitimados y Modos en que debe concretarse el plan futurista.</b>
--

Una vez establecido que la Ciudad de Buenos Aires deberá por mandato constitucional ir concretando su autonomía de manera progresiva, nos queda por determinar la manera en que ello debe hacerse y quiénes son los actores principales e irremplazables en esa tarea.

Si bien el artículo sexto de la "ley Cafiero" nos da la pauta, es importante mencionar que no es exclusivamente de él de donde surge que el camino de traspaso debe consensuarse entre el Estado nacional y el local, sino que ello es producto de nuestro sistema democrático de Gobierno.

Además considero, como lo iré exponiendo en esta segunda parte del trabajo, que dicha tarea no es recomendable que quede asignada al Poder Judicial, esto vale aclararlo porque ya existen antecedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema en ese sentido.

1.- Particularidades del Control Judicial de Constitucionalidad: los jueces como sujetos no legitimados

## **1.1- Control Judicial de Constitucionalidad y su relación con los orígenes del Constitucionalismo**

En los orígenes del constitucionalismo encontramos tres vertientes de pensamiento: la liberal, la conservadora y la corriente radical republicana, cuyos modos de pensar la constitución son muy distintos. Sus principales diferencias se encuentran en la forma de concebir la organización del poder y la relación que debe existir entre moral y derecho.

La línea de pensamiento liberal, en lo que respecta a la organización del poder se caracteriza por la idea de límites a través de un sistema de frenos y contrafrenos, siendo que en la relación derecho-moral ubican al Estado en un plano de Neutralidad, el Estado para los liberales no debía intervenir imponiendo su propia concepción del bien.

Los liberalistas hablaban de "límites" porque se autodefinían como una corriente intermedia entre las otras dos, a las que caracterizaban como excesos. En ese sentido proclamaban ni anarquía, oponiéndose así a la corriente radical republicana, ni tiranía, oponiéndose de esta manera a los conservadores.

La línea de pensamiento conservadora se caracteriza por una visión netamente conservadora del poder y de los derechos, un pensamiento políticamente elitista respecto a la organización de poder y una tradición moralmente perfeccionista en cuanto al segundo aspecto. De esa manera habilitaban la coerción estatal en nombre de la concepción del bien. Puede observarse que este último aspecto es radicalmente opuesto a los ideales liberales.

Por último la línea de pensamiento radical republicana se encuentra caracterizada por un pensamiento políticamente populista o mayoritarista, en ellos estaba muy presente la idea de comunidades autogobernadas y un sistema constitucional como medio de efectivizar la voluntad mayoritaria. Vemos en este punto una oposición radical con la corriente conservadora.

En cuanto a la relación derecho moral, conciben a los derechos al servicio del autogobierno de la regla mayoritaria a través de la expansión de derechos sociales y políticos.

A pesar de la oposición radical que existe entre la línea de pensamiento liberal y conservadora, encontramos como punto en común la idea de que es necesario evitar el riesgo que provocan las mayorías en un sistema constitucional, es decir, comparten la idea de que los derechos políticos generan un riesgo y también la necesidad de reorganizar el sistema constitucional para socavar ese riesgo, ven al mayoritarismo como el mayor riesgo a controlar.

Ese punto de conexión es el que hace que se unan ambas corrientes en nuestra constitución de 1853. Ella es un modelo de ese acuerdo y producto de esa unión, lo que puede advertirse fácilmente, cuando al estudiarla vemos que nuestra Constitución no es ni federalista pura ni centralista pura. Verbigracia tenemos un sistema de frenos y contrafrenos pero con inclinación al poder Ejecutivo. El autor que mejor explica cuál es el riesgo de las mayorías y cuál es su remedio es Madison en sus escritos el Federalista 10<sup>10</sup>.

Allí el autor da cuenta de que el riesgo son las facciones y propone su solución a través del sistema de frenos y contrafrenos, explicando que necesitamos un sistema institucional que sirva de freno al peligro de las facciones. Para este autor una facción es:

Cierto número de ciudadanos, sean mayoría o minoría, que actúan movidos por el impulso de una pasión común, o por un interés contrario a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses de la comunidad<sup>11</sup>

Explica que hay dos maneras de socavar el riesgo de las facciones, la primera es suprimiendo sus causas, lo cual puede llevarse a cabo por dos métodos, en primer lugar destruyendo la libertad de los ciudadanos, puesto que es esencial a la existencia de las facciones, sin embargo inmediatamente da cuenta de que sería peor el remedio que la enfermedad, porque la libertad es un valor esencial en la vida política. El otro método es darle a cada ciudadano las mismas opiniones, pasiones e intereses, lo que explica es impracticable, pues naturalmente las personas tienen distintas pasiones e intereses, aunque agregaría que también no naturalmente, pues Madison explica que

---

<sup>10</sup> Madison, Hamilton, Jay, 1994

<sup>11</sup> Madison, Hamilton, Jay Ob. Cit.:36

la principal fuente de discordia es la desigualdad en la distribución de las propiedades.

La segunda manera de socavar aquel riesgo es reprimiendo sus efectos. Inmediatamente explica que como solo existen estas dos maneras de socavar las facciones y como la primera no se puede llevar a cabo, debemos seguir la segunda.

Si una facción es minoría, el remedio lo da el principio republicano del voto, porque votarán y la minoría no podrá hacer prevalecer sus pasiones. El problema existe si la facción constituye una mayoría, porque justamente la forma de gobierno republicano le permitiría sacrificar el bien público y los derechos de los demás ciudadanos. La solución aquí también la otorga la República a través del sistema de frenos y contrafrenos. La constitución de un país se forja para evitar el riesgo de las facciones, y si las minorías no generan problema, entonces podemos concluir que el objetivo principal del liberalismo es la mayoría. Madison ve al constitucionalismo como modo de limitar la mayoría.<sup>12</sup>

En conclusión nuestra constitución fue pensada sobre los riesgos que podía provocar la mayoría y la respuesta institucional fue imponer rasgos contra mayoritarios para minimizar ese riesgo, justamente ese rasgo contra mayoritario es el denominado control judicial de constitucionalidad.

## **1.2- Democracia y constitucionalismo**

Los problemas que hoy tenemos en cuanto a definir el alcance del régimen de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y consecuentemente

---

<sup>12</sup> Es importante mencionar que los liberales pueden deducir esto porque parten del presupuesto de que las personas generalmente se mueven por pasiones o intereses, entonces debido a esa desgracia debe diseñarse un sistema institucional consciente de que las personas que ocupen los cargos importantes van a moverse y actuar por sus propios intereses. Este presupuesto es antinómico del que asumían los principales teóricos de la tradición francesa, ellos creían en la idea del "cultivo de la virtud cívica", lo que denotaba la idea de ciudadanos comprometidos con la comunidad y hacia eso debía perfilarse el sistema institucional.

con ello, las facultades de legislación y jurisdicción que la misma posee, tiene que ver con un problema de fondo que esta siempre presente en los países que tienen un régimen de gobierno democrático y una Constitución.

Muchos autores sostuvieron que hay una tensión irreconciliable entre el constitucionalismo y la democracia. Esa tensión se exteriorizó en la pugna entre republicanos y demócratas.

Para los demócratas la constitución es un fastidio y para los constitucionalistas, la democracia es una amenaza que puede socavarse a través del documento constitucional.

El punto de partida de todas las teorías democráticas, aun teniendo posturas contrapuestas, es que existe una tensión propia de las democracias constitucionales difícil de resolver, y ello se debe a que tienen un doble compromiso difícil de cumplir, esto es, respetar la democracia y, a la vez, respetar los Derechos de cada uno de los ciudadanos. Un ejemplo de esta tensión lo vemos en la regla de la mayoría como forma democrática de decidir las cuestiones, y en contraposición con ella, la idea de que más allá de la proporción que se alcance al tomar una decisión, hay determinadas cosas que no se podrían hacer nunca. Se plantea la cuestión de si la regla de la mayoría tiene su límite en la democracia, o si la democracia tiene su límite en la regla de la mayoría, y en este ultimo caso si aún nos encontraríamos en un sistema democrático.

Madison explicó que la Constitución es un instrumento de gobierno y no un obstáculo a él, no incapacita sino que capacita, puede ayudar a posibilitar la democracia y estabilizarla. En un sentido similar Elster<sup>13</sup>, también sugiere que constitucionalismo y democracia se apoyan mutuamente y remarca que el proceso de crear una constitución nunca cesa y que pueden introducirse innovaciones. Ely<sup>14</sup>, en esa misma línea, sostuvo que los frenos constitucionales no son antidemocráticos, sino que pueden reforzar la democracia. Pensaba que el gobierno democrático, como toda creación humana necesita reparación periódica y esa reparación no siempre puede lograrse por medios directamente

---

<sup>13</sup> Elster, 1999

<sup>14</sup> Ely, 1997

democráticos. El tribunal recibe facultades constitucionales para ser el guardián de la democracia, pero para este autor solo en lo que el denominó un sentido procedimental.

### **1.3.- La Corte Suprema de Justicia de la nación como Sujeto que interpretó la situación de la Ciudad: "Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Tierra del Fuego" fallado el 18 de Diciembre de 2007.<sup>15</sup>**

Se inicia este caso por una demanda presentada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ante la Corte, contra la provincia de Tierra del Fuego para exigirle el cumplimiento de un convenio que ambas partes habían celebrado en materia hospitalaria.

Si bien este es un caso donde se analiza la procedencia de la competencia originaria de la Corte,<sup>16</sup> en lo que a nosotros nos interesa, los jueces, previo a fallar, analizaron e interpretaron el estado jurídico de la Ciudad. En ese sentido puede advertirse que en la misma sentencia existen posiciones antagónicas. Por un lado está presente la idea de salvaguardar los intereses de la Ciudad, cuyas facultades de legislación y jurisdicción son reconocidas, con el fuero originario de que gozan los estados provinciales (Voto Ricardo O. Bausset, procurador fiscal subrogante de la Nación), también encontramos la consideración de la Ciudad como ente federado (Voto E. Raúl Zaffaroni). Existieron posturas que guardan relación con el precedente "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c. Provincia de Chubut"<sup>17</sup>, fallado el 5 de agosto de 2003, donde se equiparó el estatus jurídico de la Ciudad al de las provincias. Por su parte la ministra Argibay también remitió a ese fallo pero entiende que la reforma de 1994 no le otorgó jerarquía de provincia a la Ciudad y por último la opinión mayoritaria<sup>18</sup> piensa que la Ciudad tiene una particular autonomía reconocida por el art. 129 y por la disposición transitoria séptima de la Constitución Nacional, lo que no permite la equiparación

---

<sup>15</sup> DJ 2008-I, 853

<sup>16</sup> La CSJN declaró que la causa resultaba ajena a su competencia originaria

<sup>17</sup> Fallos 326:2479

<sup>18</sup> Voto mayoritario integrado por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi y Maqueda.

de su situación a la de una provincia, sino que tiene calidad de persona de derecho público. Y agrega, en relación al precedente Fallos 326:2479, que no comparte la decisión a la que arribo la integración anterior aduciendo la inconveniencia de mantener ese criterio, pues fue una solución aislada sin continuidad en casos posteriores.

#### **1.4- Problemas en la interpretación judicial**

Respecto al control judicial de constitucionalidad tenemos varias cosas por decir. En primer lugar puede traer aparejado problemas e interrogantes respecto a si es un mecanismo que socava la democracia. Los antifederalistas sostuvieron que cuando el poder judicial invalida una ley muestra como el sistema institucional compromete la democracia porque un juez puede dejar de lado la voluntad del pueblo.

Hamilton en el federalista 78<sup>19</sup> le contesta, y explica que los antifederalistas no llegan a reconocer algo mas importante y es que el poder judicial, al invalidar una ley, restauran la voluntad del pueblo, porque invalida una ley que es contraria a la Constitución y allí está dicha voluntad. Este autor ubica a los tribunales como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, y explica que si hay discrepancia entre la ley y la Constitución debe preferirse a la segunda, porque de esa manera se da prioridad a la voluntad del pueblo antes que a la de los mandatarios de aquél.

La cuestión que quiero traer a colación con todo este desarrollo tiene que ver con una objeción a las interpretaciones constitucionales, pues los distintos autores que definen cuál es el régimen de gobierno que la Ciudad de Buenos Aires posee luego de la reforma constitucional de 1994, y consecuentemente con ello, cuál es la facultad de legislación y jurisdicción, llegan a distintas posturas pero todos dicen valerse de interpretaciones constitucionales ¿Cómo puede ser ello posible?

La realidad es que estos autores no nos están engañando, el problema no está en ellos sino en la denominada teoría interpretativa.

En teoría interpretativa encontramos dos grandes visiones de interpretación, por un lado una visión originalista, asociada con el

---

<sup>19</sup> Madison, Hamilton, Jay Ob. Cit

mirar atrás, dentro de ella tenemos tres vertientes, la que refiere a las intenciones, la relacionada con el sentido del término a la época que se lo utilizo y por último aquella relacionada con la historia, la tradición. Por otro lado encontramos la postura no originalista, y también dentro de ella encontramos 3 vertientes, aquella que enseña que debe actualizarse el sentido de la constitución (se habla de interpretación dinámica), aquella que refiere a la jurisprudencia más avanzada, remite al derecho comparado y por último las que al interpretar se remiten al derecho natural.

El problema es que no solo si tomamos una de las posturas, sea la originalista o la no originalista llegaremos a distintas conclusiones, sino que peor aún si tomamos una de las vertientes dentro de alguna de ellas, podemos tener distintas opiniones. Por ejemplo si nos basamos en las intenciones de los constituyentes deberíamos igualmente optar por alguno, pues dependiendo a quien tomemos obtendremos resultados distintos.

La moraleja de este desarrollo que introduje nos enseña que hay caminos interpretativos muy distintos y eso genera el riesgo de que los operadores judiciales decidan primero el resultado y luego busquen cual es el camino que lo conduce a esa decisión. El solo hecho de que hayan surgido distintas vertientes y tanta cantidad de ellas nos da cuenta de que en la tarea de interpretación podemos llegar a conclusiones muy distintas.

Esta situación no puede evitarse pero sí debería alertarnos. Waldron<sup>20</sup> fue defensor de una postura crítica del control judicial, el punto central de su teoría es que las sociedades contemporáneas están marcadas por desacuerdos, existen diversidad de opiniones muy difíciles de conciliar por el hecho de que realmente se piensa distinto, no es que haya mala fe, pero al mismo tiempo debemos hacer algo para convivir.

Lo que nos enseña, se ve claramente en la problemática del tema que estamos tratando, aún cuando todos sepamos que a la Ciudad le fue otorgada un régimen de gobierno autónomo con facultades de

---

<sup>20</sup> Waldron, 2005

legislación, lo que sucede es que pensamos distinto en cuanto a lo que dicha cláusula implica. Entonces dada la dificultad en ponernos de acuerdo, debemos pasar a otra discusión, es decir, acerca de la teoría de la autoridad, esto es, quien decide dado el hecho del desacuerdo.

Las decisiones de la Corte son tensiones con mayoría y minoría, los jueces votan. Los desacuerdos del interior del tribunal demuestran y es paralelo con los desacuerdos de la comunidad. Tenemos dos mundos, el del interior del tribunal y el exterior del tribunal, ambos regidos por la regla de la mayoría.

No se trata de criticar a los jueces o a los juristas, la realidad es que aún inconscientemente en sus decisiones deslizan sus propios valores personales. Entonces, dadas las características propias de toda teoría interpretativa, y dado que debemos pasar a la teoría de la autoridad, debemos establecer quién o quienes deberán decidir la situación de la Ciudad de Buenos Aires.

## 2.- Los Sujetos Legitimados

Los sujetos legitimados para resolver de qué manera debe ir progresivamente concretándose la autonomía que la Ciudad adquirió a partir de la última reforma constitucional, son las autoridades del Estado Nacional y Local, con la participación de la Legislatura Porteña y del Congreso de la Nación. Nótese que hice referencia a la acción de participar, la cual no se limita a aprobar o no aprobar un acuerdo que celebren aquellos, sino que al hablar de participación, estoy incorporando la idea de que la Legislatura y el Congreso deben estar presentes de manera activa en los debates previos a la celebración de dichos acuerdos. Después de todo, quién puede lo más puede lo menos.

Dado que la regla de la mayoría es la que impera en los tribunales para resolver cuestiones que nos incumben a todos, se advierte como más respetuoso de nuestros intereses que la situación de la Ciudad se resuelva en última instancia por la regla de la mayoría fuera del tribunal.

Es preferible la decisión parlamentaria al engaño colectivo de que a través de un tribunal se encontró la respuesta objetiva y correcta. Lo

que planteo, en definitiva, es que la salida democrática frente al desacuerdo es el derecho de participación.

En este esquema de toma de decisiones que planteo los jueces tienen también un lugar. En este punto adhiero a la teoría interpretativa del prestigioso jurista Carlos Nino<sup>21</sup>. Este autor en realidad adhiere a la teoría interpretativa de Ely<sup>22</sup> con el agregado de lo que Nino denominó democracia deliberativa. En primer lugar *Ely* al explicar la posición que para él deberían ocupar los jueces utiliza la metáfora de un referee y jugadores de fútbol, en paralelo con los roles que deben ocupar un juez y la comunidad. Un referee debe dejar que se juegue el partido, debe impedir que alguno de los jugadores haya sido impedido de jugar, así debe actuar un juez, pero los jugadores no pueden acudir a él si no les gusta el resultado y pedirle que lo cambie en virtud de que es injusto. En el mismo caso, ante una decisión que debe ser pública, aquellos disconformes no pueden acudir a un juez para pedirle que cambie la decisión a la que constitucionalmente y democráticamente se arribo. Pero sí es importante que en la discusión que motivó la decisión hayan sido oídas las minorías, y para el caso que ello no ocurra el juez debe intervenir, pero solo advirtiéndole que la decisión no fue válida, ello por los motivos ante expuestos. Puede también orientar o encaminar a los actores políticos acerca de cómo debe ser el proceso de discusión.

Los jueces deben custodiar los procedimientos de tomas de decisiones de manera democrática, *Ely* sintetiza esto en dos ideas, por un lado deben mantener abiertos los canales de cambio político, lo que implica que deben impedir que se censure la discusión política de los sujetos legitimados, y por el otro deben también impedir que un grupo minoritario sea expulsado arbitrariamente de la discusión.

Debemos demandar activismo judicial para permitir que el partido se juegue, esto es, sobre la forma en que la Ciudad debe concretar su autonomía. La diferencia fundamental con Nino, es que este último autor no habla de minorías sino de los potencialmente afectados por la decisión que se tome. Es por eso que encuentro más adecuada su teoría

---

<sup>21</sup> Nino, 1997

<sup>22</sup> Ely, Ob. Cit.

para el tema que nos ocupa. En este caso, los potencialmente afectados por la decisión que se tome respecto a la concreción de la autonomía de la Ciudad, es justamente el Estado Nacional, el Local y los ciudadanos. Es por ello que deben ser escuchados, diría Nino que en realidad deben ser los más escuchados.

Cuando una decisión es tomada a través de un proceso deliberativo, de discusión moral en palabras de Nino, se maximiza la posibilidad de que el resultado al que se llegue, es el que sería aceptado por un árbitro imparcial, es decir, aceptado por alguien que toma en cuenta los intereses de todos los involucrados, o por lo menos tiene más posibilidades de serlo en comparación con una reflexión individual aislada como sucede en los casos en que los jueces toman partido. También se maximiza el conocimiento de hechos relevantes y la detección de errores a través de un proceso de mutua corrección, lo que tampoco se encuentra en el razonamiento individual. El ideal que se persigue es alcanzar el consenso en la decisión, sin embargo la eficacia de esta práctica puede verse socavada en un caso concreto por la necesidad de que deba terminarse la discusión y tomarse una decisión aún no habiéndose alcanzado dicho consenso. En ese caso la decisión deberá tomarse por mayoría, no obstante lo cual, el hecho de que sea una mayoría nos provee alguna posibilidad de que el resultado sea imparcial (el denominado teorema de Condorcet nos da cuenta de esto: cuanta más gente apoye un juicio más probable es que dicho juicio sea correcto).

Llevada la teoría de Nino a nuestro tema, concluimos que la razón de que los sujetos legitimados sean los mencionados anteriormente es porque son los potencialmente afectados por la decisión que se tome al respecto. El Estado Nacional, porque al estar su sede en territorio de la Ciudad le interesa que las decisiones que se tomen en ese sentido no lo afecte; y la Ciudad pues al gozar de autonomía por imperio constitucional, el no reconocimiento de ello o la no concreción de los acuerdos la perjudica claramente. A su vez el Congreso Nacional y la Legislatura local son también representantes del pueblo y en ellos está la voluntad popular y sus intereses representados, o por lo menos eso se presume en nuestro sistema de gobierno.

Con este mecanismo de celebración de acuerdos que propongo, pienso que está siendo escuchado la ciudadanía local (a través de la Legislatura Porteña y las autoridades locales en virtud de nuestro sistema representativo de gobierno) y también se tienen en cuenta los intereses del Estado Nacional (a través de la participación del Congreso Nacional y del Ejecutivo).

Si se debate y no se logra un acuerdo hay que debatir más, pero no debe acudir rápidamente al Poder Judicial para que suplante la decisión. Si tenemos un problema político, como lo es la problemática de la Ciudad políticamente debe resolverse.

En el mismo sentido, si se diera el caso de que una vez celebrado un acuerdo (como podría ser un convenio de transferencia de competencia) algunos de los actores acudiera al Poder Judicial reclamando que dicho acuerdo lo afecta, en mi opinión ningún Juez debería modificar la decisión a la que democráticamente se llegó, salvo que la decisión no haya sido democrática, por ejemplo, que no haya sido producto de un proceso en el que los potencialmente más afectados hayan sido escuchados. Y para el caso de que se acuda, la respuesta del Poder Judicial debe ser la correcta y debe darse expresamente sin miedo, un juez debería decir que no acudan a él para resolver el problema político que políticamente ya se resolvió, dado que él no podría modificar el resultado sin socavar la democracia.

## CONCLUSIONES

La provincialización de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires es parte de una estrategia futurista que se plasmó en la Constitución de 1994. Al decir que es un plan a futuro, está implícita la idea de que ello se producirá de manera progresiva, aunque vale aclarar, no es lo mismo a decir de manera paulatina, ni mucho menos nula.

Esta interpretación de la Constitución reformada la denominé progresista, en primer lugar por la idea de progreso ligado a la idea de avance, avance en el sentido de que sin prisa pero sin pausa se le reconozca a la Ciudad la autonomía que se le otorgó en el texto Constitucional. En segundo lugar porque encuadra con el respeto a

nuestro sistema federal de gobierno, donde por definición sus habitantes se dan sus propias leyes, se juzgan por sus propios jueces y administran sus recursos.

Se rebate la postura de quienes sostienen que la Ciudad de Buenos Aires no es una provincia, dando especial significación al hecho de que la Convención Nacional Constituyente de 1994, que no incorporó referencia alguna a la Ciudad de Buenos Aires en los arts. 5° A 8°; 11 a 13, 23, 29, 31 y 34, haya omitido mencionar a los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires en el art. 75, atribución 12<sup>a</sup>, de la Constitución Nacional, que establece que la aplicación de los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social, corresponde a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones<sup>23</sup>.

Considero que dicha omisión está basada en el reconocimiento de que a la época de la reforma la Ciudad no era una provincia, lo que no obliga a sostener que nunca deba serlo, por lo menos eso no se infiere tan fácilmente del texto constitucional como algunos pretenden convencernos.

Más bien yo diría que a la época de la reforma de manera prudente se entendió que no podía modificarse radicalmente la situación de la Ciudad, por un lado dado los efectos que ello le produciría al Estado Nacional en virtud de que la Ciudad de Buenos Aires es sede de asiento de sus autoridades, por lo que los constituyentes no podían pensar que dicha modificación se llevaría a cabo mediante un mecanismo simple; pero además porque en términos democráticos era correcto que así no se hiciera. Pues de esa manera no se socavó la discusión pública y se permitió que democráticamente elijamos la manera que nosotros creemos es la mejor para generar el cambio institucional de la Ciudad. Respecto a la discusión pública, soy consciente de que introduje temas e ideas que no estamos acostumbrados a escuchar tan fácilmente, sobre todo esa idea de que el Poder Judicial no debe inmiscuirse en debates que son propios de la discusión pública. Deseo aclarar que ello no obedece a una desconfianza hacia el Poder Judicial del cual soy parte,

---

<sup>23</sup> Garber, Bielsa 1997:3

sólo que si seguimos pidiéndole que en dicho ámbito se decidan este tipo de cuestiones, se está dejando de lado el mecanismo fundamental para resolver cuestiones públicas, en palabras de Nino, se socava la discusión moral.

La idea es sencilla, si hay un problema político, como en este caso, es el de la Ciudad y su relación con el Estado Nacional no debería la Corte decirnos cómo debemos hacer, sí debería garantizar el debate tal como se explicó en este trabajo, pero la problemática debe resolverse entre los sujetos legitimados mediante un proceso de discusión política. Este mecanismo, a su vez, libera a los jueces de tener que decidir sobre cuestiones que los excede.

La estrategia futurista que la Constitución Nacional tomó para la Ciudad no es la primera vez que es utilizada por el Constituyente, la misma se utilizó con el instituto de juicio por jurados, pero sinceramente como porteña anhelo un reconocimiento a la autonomía mucho más rápido, debemos velar por la provincialización de la Ciudad y porque dicho anhelo no se transforme en algo ficticio.

Por último es importante no olvidar que tenemos constitucionalmente establecido un sistema de gobierno determinado, un régimen federal, y a partir de esa directriz, debemos pensar como tendría que ser la relación Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Estado Nacional, o cómo podemos pretender que sea.

Se me podrá criticar que mi planteo no es correcto, pues al igual que otros autores tomo una postura respecto al estatus de la Ciudad, sin embargo considero que mi camino no es el mismo, principalmente tomé el único artículo constitucional que define, o por lo menos quiere hacerlo, el estatus de la Ciudad (129 CN) y no me detuve, pues no lo necesité, a discutir demasiado cuál es o debería ser el alcance de la autonomía. Lo que planteo es que dado que hay un problema político, debemos dejar de discutir qué quiso decir la Constitución y emprender acciones positivas, previa discusión política entre los afectados, que vayan resolviendo la problemática. Igualmente debe tenerse presente que el artículo 75 Inc. 12 reconoce solo dos órdenes de jurisdicción: la federal y provincial, entonces estoy convencida de que la Ciudad deberá en el futuro encuadrar necesariamente en la provincial.

En definitiva creo que la Ciudad de Buenos Aires debe pensarse como una futura provincia e ir alineándose su situación institucional en ese sentido a través de distintos acuerdos celebrados entre el Ejecutivo y el gobierno local, con la participación de los demás sujetos legitimados como vimos en este trabajo.

La reforma constitucional fue en ese sentido, estableciendo como único límite, para que definitivamente lo sea, la situación concreta de la federalidad impuesta por el artículo 3 de la Constitución Nacional, es decir, los intereses nacionales en la sede de las autoridades de la Nación como intereses que deben ser garantizados en ese territorio. Nótese que el impedimento a que sea la provincia número 24 no es por la circunstancia de ser Capital de la Nación, sino la necesidad de salvaguardar los intereses del Estado Nacional. Una vez que conciliemos esto, no existe óbice para que la provincialización de la Ciudad se concrete.

En estos años hubo algunos avances en materia jurisdiccional penal, sin embargo, considero que es el principio de un largo camino que debemos transitar.

Por supuesto que la provincialización de la Ciudad traerá anexada otras cuestiones como ser la problemática de la inmovilidad de los cargos de los jueces y su independencia, sin embargo, ello no puede ser un impedimento a lo que constitucionalmente se estipuló. En ese caso, sobre la base de esta propuesta los jueces deberían ser escuchados con especial atención por ser los posibles potencialmente afectados en la futura decisión, pero insisto, deben ser escuchados en un contexto de debate público, y no a través de sentencias judiciales. Pues como sostuve el Poder Judicial no puede modificar ni suplantar la deliberación pública en cuestiones políticas como estas.

Una de las formas de generar un espacio de diálogo entre la Ciudad y el Ejecutivo es creando comisiones especiales destinadas a trabajar sobre los futuros convenios que ambos celebren como se empezó a hacer. La provincialización de la Ciudad o el reconocimiento pleno de la autonomía que le otorgó el artículo 129 CN ocurrirá cuando la Ciudad de Buenos Aires tenga una doble actividad jurisdiccional, la Justicia Federal por un lado, y la justicia ordinaria de la Ciudad por el otro.

## BIBLIOGRAFIA

- De Giovanni, Julio (1995) "Algunos aspectos del proceso autonómico de la Ciudad de Buenos Aires y la sanción por el Congreso de la ley de garantías" *La Ley*, 1995-E, 699 Buenos Aires, Argentina
- Dromi Roberto, Eduardo Menem (1994) *La Constitución Reformada*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, Argentina
- Elster John, Rune Slagstal (1999) "El precompromiso y la paradoja de la democracia" *Constitucionalismo y Democracia*, FCE, México
- Ely, John "Cáp. III y IV" *Democracia y desconfianza*, Siglo del hombre, Universidad Los Andes, Bogotá, Colombia
- Garber Carlos, Rafael Bielsa (1997) "La transferencia a la Ciudad de Buenos Aires de la función judicial de los tribunales nacionales con competencia ordinaria- (Problemas y soluciones)" *La Ley*, 1997-A, 1033 Buenos Aires, Argentina
- Hernández, Antonio María (1997) "Cáp. II y VI", *Federalismo, autonomía municipal y Ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994*, Depalma, Buenos Aires, Argentina
- Madison James, Alexander Hamilton, John Jay (1994) "Cáp. 78" *El federalista*, FCE, México
- Madison James, Alexander Hamilton, John Jay (1994) "Cáp. 10" *El federalista*, FCE, México
- Nino, Carlos (1997) *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, España
- Palacio de Caeiro, Silvia (2008) "La competencia originaria y la situación de la Ciudad de Buenos Aires" *La ley*, Sup. Const. 2008 (marzo), 13 Buenos Aires, Argentina

- Palacio de Caeiro, Silvia (2003) "Transferencia de la Justicia Nacional a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Deslinde de competencia" *La Ley* 2003-A, 1184 Buenos Aires, Argentina
- Sabsay, Daniel, José Onaindia (1997) *La Constitución de los Porteños*, Errepar, Buenos Aires, Argentina
- Sagües, Néstor (2003) Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos)", *Lexis Nexis*, IV-9 Buenos Aires, Argentina
- Sagües, Néstor (2001) "Los jueces nacionales de la Justicia ordinaria de la Capital federal, ante el posible traspaso de sus fueros a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" *DJ* 2001-1-379 Buenos Aires, Argentina
- Vázquez, Marcelo (2005) "Transferencia de competencias penales a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Algo mas que unos pocos delitos" *La Ley* 2005-F, 1478 Buenos Aires, Argentina
- Waldron, Jeremy (2005) "Cáp. I y XIII" *Derecho y Desacuerdo*, Marcial pons, Madrid, España

Ciudad de Buenos Aires, Abril de 2008