

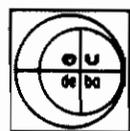
Los argentinos venimos de una larga serie de desencuentros y frustraciones. Parecería que fue necesario descender al fondo del abismo para comprender la necesidad de restablecer los valores de la libertad, la justicia y la tolerancia. A partir del surgimiento de la democracia el 10 de diciembre de 1983 una nueva voluntad de convivencia se va consolidando. Atrás quedaron las apelaciones a la violencia y a la creencia de que la estabilidad es el resultado de la imposición de un sector sobre el resto de la comunidad. Hoy entendemos que las decisiones colectivas deben ser fruto del consenso mayoritario en el marco de la libre discusión de ideas y proyectos. Que la razón no es propiedad de algún sector sino que se construye comunitariamente en el debate cotidiano. Que los intereses deben ser considerados no en función del poder de quienes son sus titulares sino en razón de los principios que los justifican. Que debemos superar el sistema de sociedad facciosa que hemos padecido y retomar caminos de conciliación y acuerdos. Sabemos que nuestra Constitución tiene defectos estructurales que dificultan la negociación y el arreglo. Es por esto que este nuevo espíritu de convivencia exige necesariamente eliminar las trabas institucionales que impiden su desarrollo. Todo nuevo período histórico necesita de un gran pacto de convivencia. La Constitución de 1853, después de finalizadas las guerras civiles, fue el gran pacto sobre el que se formó la Nación Argentina. La República Argentina inicia un nuevo período histórico. Superados los desencuentros estamos construyendo el país que debemos ser. Ahora como en 1853 debemos explicitar ese gran pacto que sirva de eje para construir la Argentina moderna y solidaria.

El Consejo para la Consolidación de la Democracia fue creado por el señor Presidente de la Nación, doctor Raúl Alfonsín, el día 24 de diciembre de 1985 mediante el decreto 2446. Este organismo asesor nace por la necesidad de encarar un vasto proyecto de consolidación de nuestro régimen republicano y democrático, tendiente a la modernización de las estructuras políticas, culturales y económicas, fundado en la ética de la solidaridad y en la amplia participación de la ciudadanía.

El Consejo ha intervenido en una variada serie de temas entre los que se encuentran: el Traslado de la Capital, el Seguro Nacional de Salud, la creación de Centros de Excelencia, la creación de Tribunales Vecinales, un nuevo Código de Procedimientos Penales, una nueva Ley Orgánica de la Justicia Penal, la descentralización del Banco Central, la Ley de Radiodifusión, etc.

A través de este libro presenta su segundo dictamen sobre la reforma de la Constitución que contiene algunas precisiones destinadas, principalmente, a clarificar y profundizar el esquema de organización de poderes presentado en el dictamen preliminar.

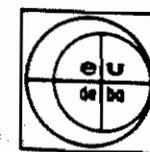
FC 0290  
ISBN 950-23-0390-3



EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES

# Reforma Constitucional

## Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia



EUDEBA

**Consejo para la Consolidación de la Democracia**

Reforma Constitucional: Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia / Consejo para la Consolidación de la Democracia — 1ra. ed. —

Buenos Aires: EUDEBA, 1987

232p.

ISBN: 950-23-0390-3

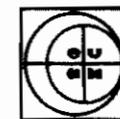


**Sistema de Bibliotecas y de Información (SISBI) UBA.**

# *Reforma Constitucional*

# *Reforma Constitucional*

**Segundo dictamen  
del Consejo para la  
Consolidación de la  
Democracia**



**EUDEBA**



EUDEBA S.E.M.  
Fundada por la Universidad de Buenos Aires

© 1987

EDITORIAL UNIVERSITARIA DE BUENOS AIRES  
*Sociedad de Economía Mixta*  
Rivadavia 1571 / 73  
Hecho el depósito que marca la ley 11.723  
ISBN: 950-23-0390-3  
IMPRESO EN LA ARGENTINA

## PROLOGO

### SEGUNDO DICTAMEN SOBRE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

**SEÑOR PRESIDENTE:**

*En el dictamen preliminar que el Consejo para la Consolidación de la Democracia le entregó el 7 de octubre del año pasado, se anunciaba que en la medida en que se concluyeran nuevos estudios que precisaran las propuestas de ese dictamen o ampliaran sus fundamentos se le iban a hacer conocer.*

*La reflexión crítica, las nuevas consultas efectuadas y las observaciones que tanto especialistas nacionales y extranjeros como la opinión pública en general realizaron al primer informe contribuyeron a la elaboración de este segundo dictamen.*

*Pero, además, se ha podido confirmar, al mismo tiempo, la importancia de haber introducido el tema de la Reforma Constitucional en la discusión pública.*

*El Consejo ha ido ampliando, entonces, el dictamen preliminar juntamente con la profundización de este debate en la sociedad, y lo ha hecho consciente de que la Reforma también debe ser resultante de una construcción social y no producto exclusivo de un conjunto de especialistas y técnicos.*

*Como se ha dicho en el informe anterior, la Reforma Constitucional requiere un amplio consenso, y no puede haber un genuino consenso sin un debate abierto y generalizado. Por ello, el Consejo para la Consolidación de la Democracia considera que el aporte que puede realizar tiene fundamentalmente el valor de servir como promotor de algunas ideas para ese debate; sólo los ciudadanos y sus representantes decidirán si deben o no ser instrumentadas.*

*En este orden de pensamientos se sugieren, a través del segundo dictamen, algunas precisiones destinadas, principalmente, a clarificar y profundizar el esquema de organización de poderes presentado anteriormente.*

*El Consejo continuará con los estudios sobre la Reforma Constitucional, ampliando las consultas y abocándose especialmente al análisis del tema del régimen económico y tributario y de los derechos sociales.*

**MIEMBROS DEL CONSEJO  
PARA LA CONSOLIDACION DE LA DEMOCRACIA**

**COORDINADOR  
DR. CARLOS SANTIAGO NINO**

**CONSEJEROS**  
DR. ISMAEL AMIT  
DR. JOSE ANTONIO ALLENDE  
DR. GENARO CARRIO  
DR. RAUL DELLEPIANE  
DR. GUILLERMO ESTEVEZ BOERO  
DR. RENE FAVALORO  
DR. OSCAR E. NICOLAS ALBRIEU  
GRAL. BRIGADA (R) RICARDO FLOURET  
SR. ENRIQUE NOSIGLIA  
DR. JULIO OLIVERA  
DRA. EMMA PEREZ FERREIRA  
DR. OSCAR PUIGGROS  
DR. ANGEL ROBLEDO  
RVDO. P. FERNANDO STORNI  
DR. JORGE A. TAIANA  
DR. ALFREDO VITOLO  
SRA. MARIA ELENA WALSH  
DR. EMILIO WEINSCHELBAUN

## **ASESORES**

**DR. MARCELO ALEGRE**  
**DR. CARLOS BALBIN**  
**DR. GABRIEL BOUZAT**  
**DR. ALBERTO DALLA VIA**  
**DR. MIGUEL DE DIOS**  
**DR. ROBERTO GARGARELLA**  
**LIC. MARCELA GIANZONE**  
**DR. JORGE LAVOPA**  
**LIC. JORGE MAYER**  
**DR. MIKE MEIER**  
**DR. ROBERTO DE MICHELE**  
**DRA. MARCELA RODRIGUEZ**  
**DR. DANIEL SABSAY**  
**DR. JAVIER SARAN**

## **I** **INTRODUCCION** **LAS REFORMAS AL REGIMEN PRESIDENCIALISTA**

### **1.1.- Consideraciones Generales**

El cambio de nuestro actual sistema presidencialista por un sistema mixto es, indudablemente, el núcleo de la transformación institucional propuesta por este Consejo, sin perjuicio de otros aspectos de importancia considerable. Ello ha hecho que este tema se haya centrado en una continua e intensa reflexión en el seno de este cuerpo. Los resultados de esa reflexión confirman básicamente las conclusiones del dictamen anterior.

Un dato que hemos tomado especialmente en cuenta es la escasez de pruebas empíricas que apoyen la hipótesis de que nuestro actual sistema institucional es viable para consolidar un régimen democrático duradero y estable. Los pocos años en que ese sistema rigió en la Argentina —sin restricciones o fraudes electorales, sin proscripciones o persecuciones políticas, sin abusos de mecanismos excepcionales como el estado de sitio o las intervenciones federales y sin abruptas interrupciones ilegítimas— no son suficientes para concluir que el sistema institucional vigente es apto para enfrentar graves situaciones de tensión o crisis, para promover un consenso a partir de conflictos sociales o políticos serios, para controlar el ejercicio del poder sin obstaculizarlo y para asegurar cierta eficiencia en la toma de decisiones. Tampoco proporciona elementos de juicio suficientes la experiencia comparada. Dada la expansión de los sistemas parlamentarios o mixtos, son muy pocos los casos de democracias pluralistas plenas y estables que cuentan con sistemas presidencialistas puros y los pocos casos que hay en el mundo difieren, en general, del nuestro en forma tan relevante que la extrapolación de las conclusiones resulta sumamente cuestionable. En el caso especial de los Estados Unidos de América, que suele ser considerado con justicia como el sistema presidencialista más exitoso, aunque no son pocos los publicistas de origen norteamericano que actualmente precisan los aspectos vulnerables del mismo, son notorias las diferencias de tipo institucional —para no entrar en el plano social y económico— con nuestro país. Basta tomar en cuenta las diferencias normativas y prácticas en las relaciones entre la Unión y los Estados, el papel distinto que ha asumido el Congreso y, especialmente, el Senado, el peso considerablemente mayor de la Corte Suprema de Justicia que se debe en parte a una concepción distinta

de sus funciones, las diferencias en cuanto al mandato del Presidente y, sobre todo, las distinciones en cuanto al sistema electoral y al régimen de partidos políticos para que el éxito del sistema norteamericano difícilmente pueda tomarse como indicador de la viabilidad del sistema argentino.

Es, por lo tanto, inevitable completar las observaciones sobre los resultados del funcionamiento de este tipo de sistemas, con especulaciones teóricas para evaluar si nuestro presente régimen institucional es apto para asegurar la estabilidad, continuidad y relativa eficacia de una democracia pluralista. Ese desarrollo teórico descubre, al menos, cuatro focos de problemas en el sistema presidencialista puro, tal como está implementado en nuestro ámbito, problemas que se ven atenuados o superados en sistemas alternativos. Algunos de estos problemas ya fueron mencionados en el dictamen anterior, pero conviene reverlos para tener un panorama más completo del conjunto de dificultades del sistema y para conectarlos con las propuestas que se presentan más adelante.

### 1.1.1.- Los focos de problemas del sistema presidencialista

#### I. PROBLEMAS RELATIVOS A LA CANALIZACION DE TENSIONES POLITICAS

Una de las virtudes de un buen sistema institucional consiste en su plasticidad para enfrentar situaciones de crisis proveyendo válvulas de escape para tensiones que se van incrementando, de modo de impedir que se busquen soluciones fuera del sistema. Cuantas más salidas alternativas un sistema ofrezca para resolver situaciones como las producidas por un conflicto de poderes, un estallido de violencia social, la brusca pérdida de prestigio de quienes ocupan las más altas funciones, etcétera, más resistente es ese sistema a las turbulencias del medio social.

El sistema presidencialista puro es notoriamente deficiente para canalizar tensiones. La concentración de poderes y expectativas en el Presidente, de la que hablaremos a continuación hace que las graves crisis se terminen concentrando en su persona y que se llegue a un punto en el que la única salida de la crisis consista en su abandono del cargo. Dado que los ministros tienen un rol relativamente secundario en este sistema, los cambios de los titulares de las diferentes carteras tienen un efecto muy atenuado. Debido a que el Parlamento tiene escasa injerencia en la tarea de gobierno, tampoco se puede esperar de allí una solución drástica que permita superar una crisis. Lo mismo ocurre con el Poder Judicial y con la Corte Suprema en particular, que se autoexcluye de cuestiones políticas y que debe, de cualquier modo, cumplir con procedimientos que hacen morosa su capacidad de reacción. Por último, es posible

que la próxima elección esté todavía lejana, por lo que no se puede esperar por esa vía el cambio que la crisis reclama.

En estas circunstancias, si la crisis es realmente grave las presiones se dirigen a provocar la partida del Presidente. Sin embargo, el sistema hace esa partida sumamente difícil: dado el carácter plebiscitario que tiene el cargo presidencial y su duración fija. El Presidente, seguramente, sentirá que traicionaría el mandato recibido por presiones de grupos que seguramente, son menos numerosos que quienes lo han apoyado en su elección: a esto se agrega la perspectiva de la difícil situación de un Presidente que deja sus funciones, sobre todo con sensación de fracaso.

Dada la habitual resistencia de un Presidente a renunciar a sus funciones, la alternativa es la destitución mediante juicio político. Pero este es un camino prácticamente imposible de recorrer, por lo que nunca se lo ha transitado en nuestro país y raramente en otros ámbitos. Esto es así porque este es un juicio y, como tal, requiere una acusación: difícilmente en estas situaciones de crisis haya cargos concretos de mala conducta o de proceder ilegal que se puedan imputar convincentemente al Presidente. Por otra parte, la regulación del juicio político suele requerir mayorías tan calificadas para formular la acusación y la condena, que no se pueden alcanzar casi nunca sin la colaboración del partido, del que el Presidente suele ser jefe, lo que convierte en prácticamente ilusoria la posibilidad de que se lleve a cabo. A esto se agrega la dificultad de que, aun cuando logre remover al Presidente, reemplazarlo, como vimos, no resulta fácil.

Todo esto se allana enormemente en un sistema parlamentario mixto. El Primer Ministro y todo su gobierno son los grandes "fusibles" del sistema que saltan frente a una brusca subida de tensión preservando la continuidad de aquél. La caída del Primer Ministro y su gabinete se resuelve de modo mucho más fácil (el dictamen del Consejo requiere la remoción por el Presidente o la censura por la mayoría absoluta de los miembros de la Cámara baja). Esa caída está desprovista de dramatismo, ya que es un hecho normal en este sistema en el que el gobierno depende de la continua confianza del Presidente y los diputados. No se requieren para esa caída acusación alguna, sino simplemente la expresión de que la coalición mayoritaria o el jefe de Estado ya no apoyan al gabinete. Esa caída raramente afecta el prestigio del Primer Ministro, quien vuelve normalmente al Parlamento para, desde allí, buscar una nueva oportunidad de acceso al gobierno.

Mientras tanto, el país no sufre la sensación de vacío de poder, ya que queda el Presidente como garante de la continuidad del sistema: su presencia continua se hace relevante en la transición entre el gobierno saliente y el entrante, de modo de asegurar que no se interrumpa la atención de los negocios de la Nación.

Pero la remoción del Primer Ministro y su gabinete no es la única

válvula de escape frente a situaciones de crisis que provee el sistema parlamentario o el mixto. Hay varias otras como la disolución de la Cámara de Diputados y el llamado a elecciones anticipadas por parte del Presidente, su intervención excepcional en un asunto serio de gobierno haciendo valer su prestigio en el ejercicio de algunas atribuciones que tiene asignadas, el recurso al Consejo Constitucional para resolver conflictos de poderes, la convocatoria a una consulta popular, etc. Esta pluralidad de salidas frente a situaciones de tensión o conflicto está dada por el hecho de que este sistema multiplica los jugadores principales del proceso político y le da a cada uno de ellos "cartas de triunfo" que pueden exhibir cuando las otras han fracasado.

## II. PROBLEMAS RELATIVOS A LA PERSONALIZACION DEL PODER

El sistema presidencialista que ahora tenemos concentra un gran cúmulo de facultades en un órgano unipersonal, como es el Presidente de la Nación. Los atributos reales de este funcionario, más los que erróneamente se le atribuyen como consecuencia de los anteriores, lo convierten para la población en un centro de referencia de grandes expectativas.

Esto provoca una considerable personalización del poder. Tal personalización, por cierto, crea el riesgo de abusos autoritarios, ya que a veces el Presidente se ve tentado a obviar limitaciones normativas para satisfacer las expectativas depositadas en él y su correlativa convicción de que tiene una misión trascendente. Pero, por otra parte, esta posibilidad ha determinado que en los sistemas presidencialistas se impongan al Presidente controles y restricciones, que a veces son vistos como artificiales y conflictivos.

La personalización del poder en el Presidente hace al sistema enormemente vulnerable, puesto que él se resiente con cualquier acontecimiento que pueda afectar a esa persona, desde problemas físicos a psíquicos hasta una brusca pérdida de prestigio o popularidad.

También esta personalización del poder hace al sistema débil por el hecho de que el Presidente se convierte en el único foco de todas las presiones de los diversos sectores sociales. En la política como en la física la presión que ejerce un cuerpo es mayor cuanto menor sea la superficie sobre el cual se ejerce. Por eso es que la principal prescripción para enfrentar con éxito amenazas coactivas consiste en descentralizar la posibilidad de toma de decisiones que producen el resultado buscado.

Otra consecuencia negativa de concentrar funciones en el Presidente está dada por el hecho de que ello lleva a suponer en él dos imágenes bien diferentes: la del jefe de Estado, que debe estar más allá de las contiendas partidarias y representar la unidad y continuidad de la Nación y su Constitución, y la del jefe de Gobierno, que es un líder partidario que debe batallar en igual-

dad de condiciones para defender a su gobierno y preservar el poder contra los embates de la oposición. Esta superposición de imágenes hace con frecuencia que, sobre todo ciertas élites que no han votado por el Presidente pero aspiran a que él las represente, se sientan frustradas por el sesgo partidario que éste tiene que asumir. Por cierto que cada una de estas imágenes supone actitudes diferentes desde y hacia quien se proyectan: la jefatura de Estado presupone una jerarquía institucional que no se compece con la mayor accesibilidad del jefe de un gobierno democrático para sus colaboradores, los opositores y los ciudadanos en general.

La personalización del poder inherente al régimen presidencialista también determina lo que es uno de sus problemas más acuciantes y nunca bien resuelto: el problema de la sucesión. Los sistemas que responden a este régimen deben ser extremadamente rígidos sobre el mandato presidencial: éste debe durar un determinado número de años, con o sin reelección intermedia. Esto no sólo hace difícil un reemplazo prematuro, como luego veremos, sino que genera una situación delicada en el caso de un Presidente que, habiendo sido hasta cierto día el centro del poder y de las expectativas de la gente, debe resignarse a pasar a un segundo plano, ya que no hay cargos de dignidad comparables en el sistema. Los intentos de determinar la nominación del próximo candidato a Presidente o de gobernar detrás de éste, son frecuentes en este tipo de regímenes.

Por cierto que cuando el Presidente debe ser reemplazado por muerte, incapacidad o destitución, estos sistemas suelen sufrir traumas sumamente serios. Esto es así porque el reemplazante, generalmente un vicepresidente electo, suele ser nominado, como dice Juan Linz, sin tomar en cuenta seriamente esta posibilidad de reemplazo y atendiendo a otras consideraciones, como el deseo de no provocar divisiones partidarias, el acuerdo con líneas políticas o partidos políticos minoritarios o su eficacia para ejercer su papel permanente de Presidente del Senado.

Se dice que la personalización del poder, de la que estos inconvenientes son consecuencia, es inherente a la psicología social hispánica, que se materializa en la permanente búsqueda de caudillos. Pero si esto es así, las instituciones deben estar dirigidas a atenuar y no a acentuar esta tendencia que contradice la concepción de la sociedad democrática como un esquema de cooperación entre ciudadanos libres e iguales.

Pero desalentar los caudillismos no significa desatender la realidad de la existencia de los fenómenos de los liderazgos políticos. Este es un dato observable en todos los sistemas democráticos, incluso, y con la misma nitidez en los de índole mixta y hasta parlamentaria pura. La mayor o menor fuerza de dichos liderazgos se vincula estrechamente con las cambiantes circunstancias sociales, económicas y políticas de cada sociedad democrática. Justamente, en épocas de cambio —ya sea de consolidación de instituciones democráti-

cas, desarrollo económico, integración socio-cultural, etc.— es donde asumen los liderazgos su cariz más positivo concentrando la confianza y la cohesión de voluntades necesarias para concretar los grandes desafíos nacionales.

En virtud de la importancia de los liderazgos democráticos es que se debe pensar en esquemas institucionales que no los desnaturalicen, evitando así que de los líderes dependa la subsistencia del propio sistema democrático.

La personalización del poder resultante de la estructura institucional y su corrección por un ordenamiento mixto, con connotaciones propias del sistema parlamentario, no puede afectar a la existencia del liderazgo político que, ejercido dentro del marco de un estado de derecho, con plena vigencia de las libertades públicas, resulta beneficioso para la afirmación del sentido de lo nacional, su unidad y su fortalecimiento y para la eficacia en el ejercicio de la alta función pública, ya que es sabido que —en cualquier sistema— el consenso que aquél suscita es básico para el éxito en el desempeño de las tareas y de los planes que se llevan a cabo.

Por otra parte, al enmendarse los excesos de la personalización, por la corrección del sistema, se despejan los inconvenientes y sospechas que siempre llevaron a impedir alguna continuidad en el poder, aun contra la voluntad pública que puede anhelar la repetición del mandato a fin de lograr la prosecución de las diversas políticas emprendidas y la conclusión de la obra pendiente.

La división de funciones ejecutivas entre un Jefe de Estado electo popularmente y un Jefe de Gobierno que surge de un acuerdo tácito o expreso entre el Presidente y la Cámara de Diputados descentraliza las atribuciones, dispersando las expectativas. El sistema se hace, por consiguiente, menos vulnerable a las contingencias personales de quien ocupa una y otra función. Hay diferentes polos de poder, con lo que las presiones se atenúan. La sucesión de quien ocupa uno y otro cargo se hace menos dramática, dada la menor expectabilidad del cargo presidencial y la fluidez del mandato del Primer Ministro (desde que su permanencia depende no de un plazo fijo sino de la continua confianza del Presidente y del Parlamento, no resulta llamativo que el Primer Ministro dure un sólo año ni que permanezca diez años en sus funciones). Por último, la división de funciones entre la Jefatura de Estado y la de Gobierno permite distinguir nítidamente la imagen de quien es símbolo de la unidad nacional y la de quien ejerce el gobierno en nombre de uno o de varios partidos y debe estar permanentemente en la arena política en la puja legítima para preservar el poder.

La solución que un sistema mixto aporta a tal fin, se basa en un desdoblamiento del liderazgo político. Así, mientras por un lado se garantiza la permanencia de un liderazgo en la figura del Jefe de Estado —permanencia que se fundamente en la de los grandes valores sociales que conlleva su mandato (la imagen nacional ante el mundo, la defensa, la continuidad del Esta-

do) que no están expuestos a la cruda disputa política diaria con los que se evite el subsiguiente desgaste de la figura presidencial—, por el otro se permite la normal aparición de liderazgos políticos vinculados a los temas más cercanos y cotidianos —política económico-social, obras públicas, salud, educación, etc.— que por su inmediatez están más sujetos a los vaivenes de las luchas partidistas, con la posibilidad latente de la extinción de este segundo liderazgo, sin que se resienta el esquema democrático, ya que la agilidad del sistema mixto propuesto absorbe naturalmente la caída del gobierno como una contingencia más.

El actual sistema no es inmune a la desnaturalización del rol del ocupante del Poder Ejecutivo por la concentración en sus manos de las Jefaturas de Estado y de Gobierno, y la poca flexibilidad de este sistema ante los cambios en las condiciones que hacen al ejercicio del cargo.

### III. PROBLEMAS RELATIVOS A LAS RELACIONES ENTRE LOS PODERES DEL ESTADO

El dictamen anterior del Consejo puso énfasis en las dificultades de las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo cuando el sistema presidencialista puro se combina como en nuestro medio, con un sistema electoral y un sistema de partidos políticos que privilegia la cohesión partidaria por sobre el interés de cada legislador de preservar una fuente independiente de apoyo electoral. Esto provoca lo que puede llamarse “mayorías congeladas”, o sea, mayorías que raramente se constituyen alrededor de una cierta cuestión sino que están predeterminadas según las líneas partidarias. La mayoría así formada en una u otra de las Cámaras del Congreso puede o no coincidir con la que respalda al Presidente y en uno u otro caso las consecuencias son negativas. Si hay coincidencia entre el partido del Presidente y el que tiene mayoría en la Cámara en cuestión, el Presidente, que suele ser también el jefe de ese partido, tiene casi siempre asegurado de antemano el apoyo automático de esa Cámara, con lo que su intervención cumple un papel secundario, que no genera expectativas y canaliza tensiones sociales. Cuando, en cambio, el partido que domina una o ambas Cámaras es opositor al del Presidente, le es muy difícil a éste formar una mayoría para lograr que algunas de sus iniciativas sean aprobadas. Esto produce una obstaculización de la tarea ejecutiva, que con el tiempo redundará en el desprestigio del Presidente, y con él —dado lo que se explicó en el punto anterior—, el del sistema en su conjunto.

Aun en los Estados Unidos algunos expertos han hecho notar la rigidez del sistema presidencialista en cuanto a las relaciones entre los poderes políticos. Por ejemplo el constitucionalista estadounidense Lloyd N. Cutler recomienda la inclusión de notas parlamentarias en el sistema de su país. En uno de sus artículos<sup>(1)</sup> hace diversas observaciones al funcionamiento del presiden-

cialismo. Refiriéndose al papel de la oposición en este sistema sostiene que: "...Probablemente serían incapaces de imponer por sí un programa de gobierno, y contar con las voluntades necesarias para llevarlo a cabo. Como consecuencia de esto se produce una situación de encerrona, y al no ser posible formar gobierno tampoco se puede implementar un programa". En este sentido señala: "No podemos honradamente atribuir al Presidente la responsabilidad por el éxito o el fracaso de su gobierno, porque carece del poder constitucional para ejecutar su programa".

El mismo autor refiriéndose a la dinámica del parlamentarismo expresa que en este sistema "la mayoría es enteramente responsable de formar y conducir el gobierno. Si el Parlamento rechaza una parte clave de su programa y aprueba una moción de desconfianza, el gobierno debe renunciar, pudiéndose constituir un nuevo gobierno a partir de la composición parlamentaria existente, o bien se llama a elecciones para elegir un nuevo Parlamento".

Detrás de esta relación difícil entre los poderes del Estado hay una dinámica en el juego de los partidos políticos que supera las intenciones de los individuos y que ha sido bien explicada por Linz: el sistema presidencialista tiene las características de un juego de "suma cero" en el que todo lo que alguien gana lo pierden los otros competidores, con lo que se desalientan las actitudes de cooperación. Esto ocurre porque la concentración de facultades en el órgano presidencial y su carácter unipersonal hace que haya una sola posición importante a conquistar, de la cual depende el control de innumerables palancas de poder en el sistema. Este juego de "todo o nada" lleva a la posición de un enfrentamiento sistemático con el fin de desgastar al partido gobernante y acrecentar sus propias probabilidades para la próxima elección. Esta oposición salvaje, más los poderes reales del Presidente, provoca una reacción de fuerte cohesión alrededor de su figura en el gobierno y en el partido, que redundo, por cierto, en una contraofensiva hacia la oposición y un, aún mayor, marginamiento del poder.

En nuestra estructura presidencial, donde las calidades de "Jefe de Estado" y "Jefe de Gobierno" se confunden con reiterada frecuencia, la oposición más que una fuente de alternativas para la voluntad cívica del país, se desempeña con "un deseo ferviente del fracaso del gobierno" que ha llevado más de una vez por el desborde de las pasiones, a alentar los golpes de estado o a hacer oposición por la oposición misma.

Está demás decir que todo este proceso resiente enormemente el valor de la labor parlamentaria y, en especial, la calidad de los debates. El resultado de las votaciones generalmente está predeterminado por lo que las discusiones en el recinto no están realmente dirigidas a persuadir a los oponentes,

como debe ser todo debate racional orientado a lograr consenso. Esto provoca una sensación de superfluidad del debate que desacredita a la institución parlamentaria. El desprestigio se acentúa con la agresividad que es propia de situaciones en que las actitudes de cooperación, de buena voluntad y hasta de cordialidad parecen no tener réditos inmediatos.

Estas dificultades se reducen notoriamente en un sistema mixto como el propuesto. Como se ha dicho en el dictamen preliminar, uno de los mayores méritos de ese sistema es su versatilidad, la posibilidad de que adquiera un sesgo más presidencialista o más parlamentarista según coincidan o no el partido que respalda al Presidente y el que controla la mayoría de la Cámara de Diputados. Si no hay tal coincidencia, el Presidente debe necesariamente nombrar a un Primer Ministro que pertenezca al partido mayoritario en la Cámara baja, o por lo menos que sea aceptable a tal partido. Ello implica de su parte una aceptación a transferirle el peso mayor de las responsabilidades ejecutivas, ya que sólo así se puede obtener la aquiescencia necesaria del Congreso para gobernar eficazmente. De lo contrario, el Presidente que no desea producir esta transferencia de poder efectivo pues cree que cuenta con el apoyo de la mayoría de la población para impulsar una política distinta, debe disolver la Cámara de Diputados y convocar a elecciones anticipadas. Si obtuviera una ratificación de su postura, habrá legitimado su pretensión de preservar los resortes de poder a través de un gobierno que sea leal a sus convicciones.

En el sistema mixto (o "semipresidencialista" o "semiparlamentario", según como se lo denomine) el gobierno constituido por un Primer Ministro y su gabinete sirve de "bisagra" entre los dos órganos de la soberanía popular: el Presidente y la Cámara de Diputados. De este modo, ese gobierno debe expresar el punto de convergencia entre esos dos órganos que se materializa en un acuerdo expreso o tácito sobre un programa de acción y sobre quienes lo llevarán a la práctica. Por cierto, que ese acuerdo será mucho más fácil cuando las mayorías del Presidente y de la Cámara coinciden y requerirá negociaciones más o menos arduas en caso contrario. Pero una vez logrado ese acuerdo, a ambas partes les conviene cooperar para que sea fluidamente implementado.

En el sistema propuesto el responsable de la política de gobierno es el Primer Ministro. El Presidente puede tener mayor o menor influencia en las decisiones del Jefe de Gobierno, según sus respectivas personalidades, las coincidencias o no entre los partidos a que ambos pertenecen, la magnitud del respaldo popular con que cuenta, etcétera. Pero en todo caso, quien debe defender su política ante el país y el Parlamento es el Primer Ministro. Una vez logrado el acuerdo con la Cámara de Diputados, al Presidente le resulta conveniente tomar distancia de la ejecución del programa acordado para no verse involucrado en todos sus avatares. Generalmente se retrae a sus funciones específicas que están asociadas a la representación de la unidad, independencia

1 Cutler, Lloyd N. "To form a Government" Foreign Affairs —otoño 1980—.

y continuidad de la Nación. Esto implica tener una intervención decisiva en todas aquellas cuestiones que no deben ser manifestaciones de una política partidaria.

El Presidente debe quedar vigilante para intervenir en forma decisiva en situaciones de crisis. Y cuando llega el momento tiene una serie de resortes cruciales para poner en acción: la remoción del Primer Ministro y el nombramiento de otro nuevo, la disolución de la Cámara baja y la convocatoria a elecciones anticipadas, la presentación de un recurso ante el Consejo Constitucional, la declaración de guerra, de estado de sitio o la intervención federal (con los acuerdos correspondientes), etcétera.

Este sistema hace mucho más fluidas las relaciones entre los poderes políticos del Estado y entre el oficialismo y la oposición. Esta tiene injerencia en la formulación del programa de gobierno y en la elección de los responsables de su ejecución. Además de su relación inmediata con el Primer Ministro y su gabinete, en el mismo ámbito parlamentario, la oposición tiene un interlocutor más imparcial en la persona del Presidente de la Nación. La posibilidad de tener injerencia en el gobierno, como veremos en el punto siguiente, hace que la oposición y el oficialismo no entren en una dinámica de "juego de suma cero" sino que tengan suficientes estímulos para participar de un esquema de cooperación.

#### IV. PROBLEMAS RELATIVOS A LA FORMACION DE COALICIONES O CONVERGENCIAS MULTIPARTIDARIAS

Hay ocasiones en la historia de los países en que es necesario gobernar con una mayoría más amplia que la que proporciona un solo partido, aun cuando éste sea un partido con gran apoyo popular. Estas son, por ejemplo, situaciones de guerra, de luchas civiles, de estallidos de violencia, de agudas crisis económico-sociales, de necesidad de una profunda reconversión del aparato productivo con todo lo que ello implica en cuanto a intereses afectados, de fracturas culturales o regionales, etcétera. Esto hace necesario la formación de coaliciones, alianzas o convergencias multipartidarias alrededor de un gobierno.

El sistema presidencialista es especialmente poco apto para implementar estas alianzas multipartidarias sin serias perturbaciones. En primer lugar, la rigidez del mandato presidencial (y su extensión en algunos casos) hace que no haya, en general, ocasión para formar esa alianza frente a una crisis emergente en coincidencia con las elecciones presidenciales, que son las realmente relevantes a estos efectos. En segundo lugar, si de cualquier modo, la coalición se logra formar para sostener una candidatura a Presidente, dado el carácter de todo o nada de esa elección, se corre el riesgo de una cohesión interpartidaria que debilite enormemente a la oposición que quede al margen de

ella, socavando de este modo el pluralismo inherente al sistema. La pérdida de individualidad de los partidos que integran la coalición triunfante y el carácter hegemónico que puede adquirir ésta, puede generar temores de que surja un "movimiento", que en los hechos sea excluyente de otras alternativas de acceso al poder. En tercer lugar, si la coalición multipartidaria se forma luego de la elección presidencial y se refleja en la composición del gabinete, los inconvenientes son de otra índole: un gabinete de composición muy diferente a la afiliación ideológica y partidaria que fue objeto de las preferencias electorales mayoritarias, puede provocar cuestionamientos de legitimidad sobre la implementación del mandato recibido. Por ejemplo, si cerca de la mitad del gabinete representara a un partido de oposición con apoyo electoral equivalente, dado el carácter de todo-o-nada con que son concebidas las elecciones, la gente que votó al incumbente podría alegar que el sentido partidario de su voto fue diferente.

Nada de esto ocurre en un sistema con fuertes componentes parlamentarios. En primer lugar, la flexibilidad con que se elige el momento para formar gobierno permite, y casi determina, que se forme ese gobierno en coincidencia con la emergencia de la crisis de modo que su composición refleje la amplitud de la mayoría que es necesario constituir para hacer frente a aquélla. En segundo término, la coalición preserva perfectamente la individualidad de los partidos y el consiguiente pluralismo, ya que el acuerdo es eminentemente temporario, pudiéndose romper en cualquier momento para formar nuevos acuerdos que den lugar a coaliciones distintas. Por otra parte, la convergencia se hace alrededor de un programa y preserva la posibilidad de que algunos partidos de la coalición gobernante hagan una oposición activa al Primer Ministro o a ministros de otros partidos sobre los puntos no incluidos en el programa o sobre la forma en que están implementando éste. En tercer lugar, no se presenta ningún problema de legitimidad en la formación de coaliciones multipartidarias con posterioridad a las elecciones, ya que el electorado sabe que el gobierno es el resultado de un acuerdo entre el Presidente y la Cámara baja, y que en el logro de este punto de convergencia, del que resulta el gobierno, tienen injerencia todos los partidos que la población ha votado para que tengan representación en el Parlamento. Esto hace que los sistemas mixtos o parlamentarios sean mucho más aptos para producir mayorías que excedan los límites partidarios cuando ellas son necesarias para encarar situaciones críticas.

##### 1.1.2.- La fisonomía general del sistema mixto propuesto

Las consideraciones anteriores permiten concluir que no sólo los sistemas presidencialistas puros han sido experimentados muy pocas veces en la práctica de las democracias pluralistas y que cuando lo han sido, muy pocas veces han dado lugar a regímenes estables y duraderos, sino también que hay

hipótesis teóricas de por qué ello ha sido así. Las mismas tienen que ver con la vulnerabilidad del sistema provocada por la falta de válvulas de escape para tensiones generadas por situaciones críticas, por la personalización del poder, por la dinámica de no cooperación entre el oficialismo y la oposición y entre los poderes que ellos pueden controlar, y con la dificultad de formar coaliciones multipartidarias en el momento oportuno para enfrentar graves problemas, sin socavar la individualidad partidaria y sin provocar que se cuestione la desvirtuación del mandato electoral.

Hemos visto que, en relación a todos estos puntos los sistemas con componentes parlamentarios importantes son claramente superiores. Sin embargo, para que esa superioridad se maximice es necesario que el sistema satisfaga una serie de condiciones que fueron objeto de especial preocupación por parte de este Consejo.

El Presidente de la Nación debe surgir de una elección popular que le asegure un amplio respaldo de la opinión pública, para poder cumplir así con sus funciones de garante de la continuidad del sistema y de árbitro frente a situaciones críticas. De este modo, y atendiendo además a la necesidad de no producir un choque brusco con expectativas arraigadas, debe descartarse la introducción de un parlamentarismo puro, con un Presidente que, al no ser popularmente electo, aparece demasiado débil para llenar vacíos de poder en situaciones críticas. La experiencia enseña que la diferencia entre el parlamentarismo puro y el sistema mixto no está dada tanto por las facultades que se le asignan al Presidente "vis a vis" las del Primer Ministro, sino por el origen electivo de aquél, que le otorga considerable poder e influencia en el ejercicio de las facultades formalmente concedidas y de otras de índole informal como, por ejemplo, su comunicación con la población.

Pero, por otra parte, casi ninguna de las ventajas antes enunciadas se materializan si el Primer Ministro no es genuino responsable de la conducción política del país y de implementar el programa de gobierno. Si él y su gabinete asumen un rol relativamente oscuro y secundario, ni se atenúa la personalización del poder ni existe un "fusible" real frente a situaciones críticas, ni el gobierno cumple el papel de puente entre los dos órganos de la soberanía popular, siendo el resultado de su necesaria cooperación, ni se da lugar a la formación fluida de coaliciones multipartidarias. Para que se materialicen todos los méritos de este sistema, la gente debe identificar al gobierno con el Primer Ministro y su gabinete y estos no deben tener una dependencia exclusiva del Presidente sino que deben tener una conexión estrecha y directa con la Cámara de Diputados, de modo que puedan expresar genuinamente el punto de convergencia entre los dos órganos con mandato popular (esta conexión debe también manifestarse con la presencia física periódica del gabinete en la Cámara de Diputados). Esto exige una clara responsabilidad parlamentaria, con mecanismos efectivos y no ilusorios de remoción por parte de la Cámara baja.

Aquí cabe decir que multiplicar la dependencia del gobierno, haciéndolo también dependiente de otros órganos, como puede ser el Senado y como contrapartida la facultad del Presidente de disolverlo, haría extremadamente complicado hasta límites peligrosos el proceso de formación del gobierno, haría poco clara la naturaleza del mandato de ese gobierno y la posibilidad de influir en él a través del voto en elecciones parlamentarias y presidenciales. Además, desvirtuaría el papel del Senado como un órgano estable de la representación de las autonomías provinciales, de control de la gestión de gobierno y de ámbito de concertación de acuerdos interprovinciales. Prácticamente toda la experiencia comparada desaconseja una complicación semejante del sistema mixto.

Los dos órdenes de consideraciones anteriores parecen ir en sentido opuesto ya que, mientras el primero de ellos aboga por un Presidente fuerte, el segundo advierte contra la posibilidad de un Primer Ministro débil. Esto requiere una cuidadosa distribución de funciones. Debe evitarse una superposición de áreas, como ocurre en Francia con la defensa y las relaciones exteriores, ya que ello constituye una fuente potencial de conflictos y de consiguiente inestabilidad.

El principio más adecuado de distribución de funciones parece ser el que concentra en el Primer Ministro la responsabilidad central de la marcha del gobierno sobre todas las áreas (ya que una es inescindible de las otras), y reserva para el Presidente facultades muy cruciales para la preservación de la continuidad de las instituciones, pero acotadas y circunscriptas. El Presidente debe ser un custodio del cumplimiento por el gobierno del programa acordado con la Cámara de Diputados, pero no debe tener injerencia formal en su implementación sino que debe contar con ciertos "botones rojos" que debe accionar cuando cree que el programa está siendo seriamente desnaturalizado o el sistema está en peligro (remoción del gobierno, disolución de la Cámara, reenvío de leyes al Parlamento, etc.). Además debe ejercer todas aquellas funciones que no interfieran con el sesgo partidario de la política de gobierno, sino que sean expresión de intereses permanentes del país (como la nominación de jueces, oficiales superiores de las Fuerzas Armadas y Embajadores).

De cualquier modo, debe preverse un mecanismo para solucionar posibles conflictos de competencia que se generen entre el Presidente y el Primer Ministro, así como entre otros poderes del Estado. Para ello debe pensarse en la creación de un órgano cuasi-político y cuasi-judicial, como es un Consejo Constitucional, que resuelva los conflictos con flexibilidad política pero desarrollando el espíritu de la división de funciones que inspira a la Constitución. Dado que estos conflictos pueden implicar cuestiones de alta tensión política no es conveniente derivarlos hacia la Suprema Corte de Justicia, que debe preservar su imagen de imparcialidad para graves cuestiones en las que están en juego derechos individuales. Debido a la necesidad de reservar para la Corte

esta última función, no es plausible transferir hacia un Consejo Constitucional un control abstracto de constitucionalidad, en esa materia, como ocurre en algunos países europeos; ello disminuiría el rol relevante que aquél tribunal, eminentemente jurídico, debe cumplir. El desideratum es que los conflictos entre los poderes políticos se resuelvan de forma netamente política, a través de la relación de fuerzas entre los diversos protagonistas, pero, es necesario que haya en el trasfondo un mecanismo institucional de resolución de conflictos aunque de hecho no se recurra a él.

Esto se relaciona con la necesidad de que el electorado pueda expresar su voluntad nítidamente de modo de marcar una orientación clara que permita superar conflictos. Para lograrlo es necesario, en primer lugar, un sistema de elección presidencial, el de la doble vuelta, que permita que esa elección sea resultante de una definida preferencia mayoritaria. En segundo término, también requiere que el electorado pueda ser convocado para resolver situaciones conflictivas fuera de los períodos electorales normales, lo que presupone la facultad del Presidente de disolver la Cámara baja y llamar a elecciones anticipadas. En tercer término, la intervención del electorado para dar orientaciones nítidas que sirvan para superar conflictos, requiere que se siga la práctica de los sistemas parlamentarios de elegir en bloque a la Cámara de Diputados, en lugar de nuestro actual sistema de renovación por mitades. De lo contrario, el mandato del electorado resulta ambiguo al tener que combinarse con mandatos precedentes. Como hay una necesidad de que el electorado se exprese con una periodicidad estrecha, de modo de canalizar a través del voto cambios serios de la opinión pública, es conveniente intercalar la elección parlamentaria en el medio del período presidencial.

Estos mecanismos aseguran que la composición del gobierno refleje en forma elástica las variaciones de la opinión pública. Si bien evita las tensiones producidas por la discordancia entre representantes y representados, un exceso en esta dirección puede generar una considerable inestabilidad, que impida implementar políticas de largo plazo y de efectos inmediatamente impopulares.

Está demostrado que la mentada inestabilidad de los sistemas parlamentarios, como el italiano, es relativa, pues los cambios de gabinete no entorpecen la continuidad de muchos ministros y a veces la del propio Primer Ministro. Sin embargo, es conveniente tomar recaudos en este sentido y adoptar mecanismos reconocidos para asegurar que el gobierno no esté permanentemente desafiado. La mayoría calificada para proponer y aprobar una censura (pero no al extremo de hacerla ilusoria); límites temporales para reiterarla, la llamada "censura constructiva" existente en Alemania (que exige que haya una mayoría en apoyo de un nuevo gobierno antes de hacer caer al incumbente), y la posibilidad de disolución de la Cámara por parte del Presidente y la

convocatoria a elecciones anticipadas, que desalienta las censuras cuando no es claro el apoyo de la opinión pública.

Estas han sido las cuestiones sobre las que ha reflexionado el Consejo en estos meses con respecto al sistema de relaciones entre los poderes del Estado. A continuación expondremos algunos desarrollos específicos para encarar los problemas planteados.

## II PODER EJECUTIVO

### 1.- Atribuciones del Presidente y del Primer Ministro Gobierno Nacional

Uno de los desafíos más importantes que se presentan en los regímenes semipresidencialistas<sup>(1)</sup>, lo constituye la delimitación de las atribuciones del Presidente de la República de aquellas que le corresponden al gobierno conducido por un Primer Ministro. En el Parlamentarismo clásico la cuestión no plantea los mismos inconvenientes, a pesar de contar con un Poder Ejecutivo bicéfalo. Ello en razón de que dentro del esquema de poderes del parlamentarismo, el Jefe de Estado (Presidente o Monarca) carece de poderes efectivos, dado lo cual el Primer Ministro desempeña —salvando importantes diferencias— el rol que cumple el Presidente en un sistema presidencialista. En este sistema el Jefe de Estado cumple un papel simbólico de representación externa e interna como prenda de unión nacional.

Las dificultades sobrevienen cuando el ejecutivo bicéfalo está ocupado por dos figuras con poder real. Esta es la situación que impera en el semipresidencialismo. La realidad puede variar según cual fuere el equilibrio político existente. Si el Presidente cuenta con una mayoría propia en el Parlamento que le permite elegir a un Primer Ministro de su misma etiqueta política, evidentemente los eventuales desajustes que pudiera contener el texto constitucional, pasarán inadvertidos frente a una “entente” que se basa en un color político y en un programa de gobierno comunes. Distinta es la situación cuando el Presidente y el Primer Ministro tienen orígenes políticos diferentes. Esta es la realidad que vive Francia en la actualidad. La llamada “cohabitación” importa el cogobierno de un Presidente producto de una mayoría diferente y más lejana que la del actual Primer Ministro. Esta experiencia ha exigi-

---

(1) “Se entiende por régimen semipresidencialista a las instituciones de una democracia de occidente que reúnan los siguientes elementos: 1) Un Presidente de la República elegido por sufragio universal y dotado de importantes poderes propios; 2) Un Primer Ministro y un gobierno responsables ante los diputados. Siete países corresponden o han correspondido a estos criterios: la República de Weimar (1919-1933), Finlandia desde 1919, Austria desde 1929, Irlanda desde 1937, Islandia desde 1945, Francia desde 1962, Portugal desde 1976” (Duverger, Maurice “Los Régimes Semi presidentiels P.U.F., 1936, p. 7mo).

do un profundo reexamen de la Constitución de 1958, especialmente de aquellas disposiciones relativas al deslinde de atribuciones entre el Jefe de Estado y el Gobierno-Primer Ministro. Ello ha puesto de manifiesto diversas "zonas grises", que exigen una actuación cada vez mayor del Consejo Constitucional.

En nuestro país, la adopción de nuevas instituciones que implican cambios al sistema presidencialista vigente, obliga a tomar las mayores precauciones a fin de lograr el más claro deslinde de facultades entre el Presidente y el Gobierno. Las razones que nos han llevado a aconsejar este sistema, podrían verse empañadas si imprecisiones en el texto constitucional pudieran contribuir a generar en el futuro conflictos insolubles de poderes. Semejantes situaciones, lejos de posibilitar la consolidación del sistema democrático, podrían provocar debilidades, facilitando su quebrantamiento.

En el esquema de división de poderes establecido en el dictamen preliminar el Presidente conserva ciertas funciones cruciales dentro del Poder Ejecutivo.

La inclusión de un Primer Ministro y de formas parlamentarias de colaboración entre los poderes políticos han sido pensadas como una manera de desconcentrar el poder dentro del Poder Ejecutivo. Como habíamos señalado, en todo sistema parlamentario o semipresidencialista coexisten habitualmente dos Jefaturas, la de Estado y la de Gobierno que incluye la jefatura de la administración pública. En consecuencia se impone determinar el alcance de las mismas. El criterio que aporta la Constitución Nacional en su art. 86, inc. 1 establece para el Presidente la calidad de Jefe Supremo de la Nación y que está a su cargo la administración general del país. La doctrina ha interpretado de manera pacífica que ambas expresiones consistían en la reunión en la cabeza del Presidente, de las Jefaturas de Estado y de Gobierno. Es decir que, si se toma administración en el sentido del texto constitucional, la misma equivale a gobierno.

El esquema de poderes contenido en el dictamen importa para el Presidente la atribución de poderes privativos, taxativamente enumerados y otros para los cuales requiere el refrendo del Primer Ministro.

Por otra parte le han sido asignadas a este último todas las facultades que se derivan de su calidad de Jefe del Gobierno, no atribuidas al Presidente.

En consecuencia, el Presidente y el Primer Ministro ejercen funciones diferentes. El Presidente tiene ciertas facultades claves que hacen al equilibrio de poderes. El Primer Ministro por su parte, tendrá una mayor o menor injerencia en la fijación de las grandes políticas del gobierno, de acuerdo al equilibrio de fuerzas que se establezca entre él y el Presidente. Como mínimo tendrá a su cargo la realización de los actos necesarios para implementar las grandes opciones políticas del gobierno, incluyendo el control directo de la Administración Pública y de la prestación de los servicios públicos.

Este esquema debe resultar adecuado para enfrentar lo que se puede considerar como su prueba mayor: "la cohabitación". Es decir la reunión en el Poder Ejecutivo de dos jefaturas cuyos titulares provengan de orígenes políticos distintos —la experiencia que en la actualidad están viviendo Francia y Portugal—. Pese a lo difícil que resulta prever el futuro a través de escenarios posibles, de todos modos puede ser de utilidad analizar situaciones susceptibles de presentarse con la aplicación del nuevo sistema.

Frente a un triunfo de la oposición en el transcurso de su mandato, el Presidente cuenta con importantes argumentos para convalidar su poder:

- Aducir que su legitimidad procede de un pronunciamiento anterior, donde la opción que se le planteaba al electorado era diferente. Por lo tanto, esa legitimidad no se vería cuestionada por un resultado electoral posterior que le ha sido adverso, ya que en esta oportunidad estuvo en juego una alternativa diferente: la renovación del Parlamento.

- En base a ello ejercitar con toda plenitud sus facultades privativas, las que le conceden claramente el rol de árbitro, de mediador en la resolución de las situaciones de crisis institucional.

- Hacer uso de su predicamento para la elección de quién será el Primer Ministro y la formación del Gabinete.

Por su parte, el Primer Ministro podría negarse a refrendar ciertos actos del Presidente como manera de presionar para agilizar la negociación. Resulta plausible esperar que entre ambos finalmente se llegue a un acuerdo, ya que de lo contrario se produciría una situación de vacío de poder. En este caso el Primer Ministro no sería objeto de un voto de censura, puesto que es de suponer que su mayoría parlamentaria no lo abandonaría y el Presidente igualmente podría mantenerse en su actitud hasta la finalización del mandato. En última instancia siempre quedaría la posibilidad de que éste disuelva la Cámara y llame a elecciones.

Se exige para evitar conflictos de competencia una delimitación precisa de las atribuciones del Presidente y del Primer Ministro. En consecuencia, a efectos de dar mayor contenido y previsibilidad al rol del Primer Ministro, sería conveniente encontrar una fórmula que defina con precisión su esfera de competencia.

Para ello, se aconseja la inclusión en el texto constitucional de una cláusula que le asigne al Primer Ministro, todas las atribuciones necesarias para la concreción de la política general de la Nación, y para asegurar la continuidad y buen funcionamiento de la Administración Pública.

Asimismo se deberá contemplar la actuación de un Consejo de Ministros, el cual deberá tener especificadas sus atribuciones, funcionamiento y carácter de sus resoluciones.

Sobre la base de estas consideraciones y del análisis pormenorizado

del art. 86 de la Constitución Nacional, se podría delinear un esquema de distribución de funciones como el que sigue:

#### A. ATRIBUCIONES PRIVATIVAS DEL PRESIDENTE

1. Jefe Supremo de la Nación (Jefe de Estado) (Art. 86 inc. 1ro, 1ra parte).
2. Designa y remueve al Primer Ministro.
3. A propuesta del Primer Ministro designa y remueve a los Ministros y Secretarios de Estado.
4. Disuelve la Cámara de Diputados.
5. Puede vetar las leyes, con las modalidades que se establecen en el capítulo correspondiente.
6. Nombra los magistrados de la Corte Suprema y de los demás Tribunales inferiores, con acuerdo del Senado (art. 86, inc. 5to.).
7. Puede indultar y conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados (art. 86, inc. 6to.).
8. Nombra y remueve a los embajadores, ministros plenipotenciarios y encargados de negocios, con acuerdo del Senado acredita los representantes de otros estados.
9. Participa de la formación de las leyes con arreglo a la Constitución, y las promulga (art. 86, inc. 4to.).
10. Hace anualmente la apertura de las sesiones del Congreso, reunidas al efecto ambas cámaras.
11. Prorroga las sesiones ordinarias del Congreso o lo convoca a sesiones extraordinarias (art. 86, inc. 12), sin perjuicio de la facultad del Congreso de autoconvocarse.
12. Es Comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar, aire y tierra (art. 86, inc. 15).
13. Designa a los Oficiales Superiores de las Fuerzas Armadas con acuerdo del Senado (art. 86, inc. 16).
14. Declara en estado de sitio uno o varios puntos de la Nación en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado. En caso de conmoción interior sólo tiene esa facultad cuando el Congreso está en receso porque es atribución que corresponde a ese cuerpo. El Presidente la ejerce con las limitaciones prescriptas en el artículo 23 (art. 86, inc. 19).
15. Tendrá la facultad para llenar las vacantes de los empleos, que requieran el acuerdo del Senado, y que ocurran durante su receso, por medio de nombramientos en comisión que expirarán al fin de la próxima legislatura (art. 86, inc. 22).

#### B. ATRIBUCIONES DEL PRESIDENTE QUE EJERCE CON REFRENDO DEL PRIMER MINISTRO

1. Celebra los tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras.
2. Dicta los reglamentos de necesidad y urgencia.

#### C. ATRIBUCIONES PRIVATIVAS DEL PRIMER MINISTRO

1. Es Jefe del gobierno y de la Administración Pública.
2. Reglamenta las leyes y expide los reglamentos autónomos.
3. Designa los empleos civiles y militares no previstos dentro de las atribuciones privativas del Presidente (art. 86, inc. 10).
4. Tiene iniciativa legislativa.
5. Concede jubilaciones, retiros y licencias, conforme a las leyes de la Nación (art. 86, inc. 7).
6. Hace recaudar las rentas de la Nación y decreta su inversión con arreglo a la ley o presupuestos de gastos nacionales (art. 86, inc. 13).
7. Refrenda, juntamente con el Ministro del ramo, todos los actos del Presidente que no hayan sido establecidos como privativos de éste.
8. Ejerce las funciones que le puede delegar el Presidente por decreto.
9. Puede delegar funciones privativas en los Ministros y redistribuir competencias entre ellos; la decisión debe ser tomada en Consejo de Ministros.
10. Debe concurrir semanalmente a la Cámara de Diputados para explicar cuestiones de gobierno y responder a inquietudes sobre ellas.

#### D. ATRIBUCIONES DE LOS MINISTROS

1. Tienen a su cargo el despacho de los negocios de la Nación y refrendan y legalizan los actos del Primer Ministro y del Presidente según corresponda por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia. Una ley especial deslindará las ramas del respectivo despacho de los Ministros (art. 87).
2. Cada Ministro es responsable de los actos que legaliza y solidariamente de los que acuerda con sus colegas (art. 88).
3. No pueden por sí solos, en ningún caso, tomar resoluciones, a excepción de lo concerniente al régimen económico y administrativo de sus respectivos departamentos (art. 89).
4. Luego que el Congreso abra sus sesiones, deben los Ministros del despacho presentarle una memoria detallada del estado de la Nación, en lo relativo a los negocios de sus respectivos departamentos (art. 90).

5. Pueden ser Diputados de la Nación, conservando sus bancas.

6. Gozan por sus servicios de un sueldo establecido por la ley, que no podrá ser aumentado ni disminuido en favor o perjuicio de los que se hallen en ejercicio (art. 93).

7. Concurren, con el Primer Ministro, a la Cámara de Diputados cuando se pudieran tratar cuestiones de su competencia.

## E. CONSEJO DE MINISTROS

1. El Consejo de Ministros se integrará con el Primer Ministro y los titulares de los respectivos Ministerios o quienes hagan sus veces.

2. Deberá celebrar de manera ordinaria una reunión semanal. En toda oportunidad podrá ser convocado por el Presidente de la Nación o por el Primer Ministro. Las reuniones del Consejo de Ministros serán presididas por el Primer Ministro, salvo cuando el Presidente de la Nación decida concurrir a las mismas, oportunidad en que serán presididas por él.

3. Tendrá competencia en todos los asuntos de gobierno y administración que planteen en su seno el Presidente, el Primer Ministro, o cualquiera de los Ministros en temas de sus respectivas carteras. Su intervención siempre tendrá carácter de consultivo.

4. Será órgano de consulta obligatoria del presidente para la toma de decisiones previstas en los incisos 18 y 19 del art. 86 y para dictar reglamentos de necesidad y urgencia.

5. Dictará su propio reglamento.

*NOTA:* Conviene aclarar, conforme lo propuesto en el dictamen preliminar, que el Primer Ministro y los Ministros no deberán ser necesariamente miembros del Parlamento. Si lo fueran deberán pedir licencia a la Cámara respectiva, una vez concedida la Cámara incorporará al suplente, quien se desempeñará en lugar del titular por el término que dure la licencia.

### 2.- La potestad reglamentaria

La potestad reglamentaria es la facultad del Poder Ejecutivo de dictar actos administrativos de alcance general.

Se ha sostenido que es una atribución de la función ejecutiva y a partir de allí la doctrina señala una doble fundamentación de la misma.

Por un lado, la Constitución Nacional en el art. 86 inc. 2 faculta al Poder Ejecutivo a dictar "reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias".

Pero también se ha dicho que se trata de una potestad inherente a

la función administrativa y que... "Si el constituyente no la hubiera establecido... se encuentra implícita y contenida en la potestad suprema que le corresponde según el art. 86 inc. 1; o bien que la administración pública... tiene que cumplir una tarea múltiple y para ello necesita, no sólo realizar actos subjetivos y operaciones materiales, sino también dictar normas generales, sobre todo para regular la actuación de sus propios órganos". (2)

Asimismo podemos decir que si bien la potestad reglamentaria es una, la misma se manifiesta en distintas especies; una cuando se trata de la ejecución efectiva de las leyes, otra cuando la misma se funda en la calidad de jefe del poder administrador y de la organización administrativa que el ejecutivo detenta, otra es la situación cuando nos hallamos frente a una habilitación legislativa, o finalmente a razones políticas de urgente necesidad.

La oportunidad de la reforma constitucional y la necesidad de clarificar estas cuestiones, más aún en un sistema institucional complejo como el que se propone, nos lleva a precisar estos conceptos.

La doctrina distingue los llamados reglamentos:

a) DE EJECUCION: Aquellos dictados para realizar y aun facilitar la ejecución de las leyes.

b) AUTONOMOS: Aquellos dictados en ejercicio de atribuciones propias o poderes discrecionales que la Administración ejerce.

c) DELEGADOS: Dictados en función de una habilitación legal que le es conferida.

d) NECESIDAD Y URGENCIA: Dictados por el órgano ejecutivo asumiendo facultades propias del Legislativo y que necesitan la confirmación posterior por parte de éste.

Asimismo sostiene la naturaleza sublegal de los tres primeros, a diferencia de los reglamentos de necesidad y urgencia que tienen rango legal, lo que hace que necesiten un tratamiento diferente.

Dada la naturaleza de la potestad reglamentaria parece en principio claro que si el Primer Ministro en el sistema propuesto es quien tiene a su cargo la "coordinación y dirección del gobierno", es a él a quien se le debe atribuir.

En tanto el Primer Ministro ejerce la función administrativa debe disponer del medio eficaz que le permita poner en marcha sus facultades constitucionales otorgadas y para ello necesita la potestad reglamentaria.

Si analizamos cada una de las especies en particular resulta más fácil de comprender.

En efecto, el dictado de reglamentos de ejecución tiene su más inmediata razón en que si es el órgano ejecutivo el encargado de ejecutar las leyes, para realizar esta tarea debe poder dictar normas generales que reglen situaciones de detalles sólo apreciables desde determinados conocimientos técnicos específicos con que el parlamento no cuenta, o bien que sólo se advierten de

la ejecución concreta de la norma: es entonces el Primer Ministro quien debe hacerlo.

Se sugiere modificar el texto del inc. 2 del art. 86 de la Constitución estableciendo, que el Primer Ministro podrá dictar reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación cuidando de no alterar sus disposiciones.

Otro tanto sucede con los reglamentos autónomos que comprenden la materia propia de la Administración, como la carrera de agente público, los recursos administrativos, los servicios internos, etc. Los mismos no pueden corresponder sino a quien tenga a su cargo la Administración y es el Primer Ministro a quien le es atribuido.

En cuanto a los reglamentos delegados la cuestión es mucho más compleja y merece un análisis más pormenorizado en lugar aparte. (ver sección III).

Queda finalmente por analizar los denominados reglamentos de necesidad y urgencia. Como dijimos, son aquellos actos administrativos de alcance general dictados por el órgano ejecutivo asumiendo facultades propias del Legislativo y que a posteriori necesitan la confirmación del mismo a través de la denominada "Ley de Conversión".

Como podemos apreciar tratan sobre materia legislativa lo que ha llevado a decir que es "sustancialmente un acto legislativo y formalmente administrativo".<sup>(7)</sup>

Son pocos los regímenes comparados <sup>(9)</sup> que han tratado este tema y siempre sobre la base de cuatro cuestiones principales:

a) Causas que justifican el dictado de tales reglamentos. Se habla de "hechos de urgencia o de interés público relevante" Brasil, "cuando el interés del Estado lo exija imperiosamente" Polonia, "circunstancia de extrema urgencia" Islandia, "circunstancias extraordinarias de necesidad y urgencia". Italia o bien "casos de fuerza mayor" Indonesia.

b) Materias sobre las que tratan tales reglamentos. En general las Constituciones estatuyen un criterio amplio, pudiendo los reglamentos de necesidad y urgencia versar sobre cualquier materia legislativa; pero hay algún caso como Brasil que hace una enunciación de temas "asuntos de seguridad nacional, finanzas públicas, y leyes tributarias, creación de cargos públicos y fijación de vencimientos".

En nuestra doctrina este punto es objeto de amplio debate. Joaquín V. González admite la facultad del Poder Ejecutivo de dictar reglamentos de necesidad y urgencia en casos excepcionales y urgentes en tanto el Congreso no haya dictado una ley sobre esa materia.

Por su parte Marienhoff <sup>(7)</sup> entiende que sólo se justifican en caso de necesidad y de urgencia súbita y aguda, ejemplificándolo con terremotos, incendios, epidemias, crisis económicas.

Cassagne fundamenta tales decretos ante graves calamidades o ur-

gentes razones públicas en tanto haya imposibilidad de hecho de que el Parlamento, por estar en receso o no encontrarse reunido, puede dictar leyes que la urgencia del caso requiera.

Toda la doctrina coincide en la necesidad de enviar inmediatamente el reglamento al Congreso a los efectos de su confirmación. Si no fuera enviado "pierde toda eficacia y la autoridad judicial, a petición de parte, puede juzgar su ilegitimidad" (conf. Diez; Marienhoff, Cassagne).

Bielsa considera que el decreto es nulo si no incluye en su texto una cláusula en la cual se establezca su envío al Congreso.

c) Ratificación por el Congreso. En este punto la cuestión gira en torno de si la misma debe ser expresa o tácita. Ciertas Constituciones, como las Constituciones de Italia e Indonesia, disponen que si el Parlamento no lo aprueba pierde eficacia. En tanto la Constitución del Brasil establece la aprobación tácita: "si en el plazo de 60 días no hay deliberación, el texto se tendrá por aprobado".

d) La derogación y sus efectos. Aquí el problema se halla en el alcance de la derogación ¿la misma debe ser ex-nunc o ex-tunc?. La Constitución del Brasil dispone que la desaprobación del decreto por el Congreso deroga tal disposición normativa a partir de la fecha del rechazo del Parlamento. Según la Constitución Italiana el decreto pierde eficacia desde el principio si no es convertido en ley.

Es conveniente diferenciar cuando la derogación se basa en que no hubo necesidad y urgencia justificatoria del decreto o ley o porque no comparte lo resuelto sobre el fondo del asunto por el Poder Administrador. En el primer supuesto hay un vicio de origen y por lo tanto la derogación tiene efecto retroactivo, en tanto si el Congreso no comparte lo resuelto sobre el fondo la derogación tiene sólo efectos para el futuro.

Nuestra propuesta consiste en incluir en la Constitución Nacional como una facultad conjunta del Primer Ministro y el Presidente el dictado de los reglamentos de necesidad y urgencia. Entendemos que ciertas circunstancias de extrema gravedad o fuerza mayor, de marcada complejidad, justifican la arrogación de competencias legislativas —en principio vedadas al Poder Ejecutivo— por parte del Presidente con refrendo del Primer Ministro. Constituye una excepción al principio de separación de poderes, el cual tiene por fundamento evitar la suma de poder y la transgresión de los derechos individuales, no debiendo afectar la unidad del ordenamiento jurídico.<sup>(8)</sup>

El Estado —señala Bielsa— es un poder dinámico; tiene por misión esencial realizar fines y para eso no puede excusarse con el receso parlamentario y dejar sin satisfacer una necesidad súbita y grave para la Nación.

Es conveniente prever en la Constitución el dictado de tales reglamentos por cuanto en la actualidad se discute su constitucionalidad como así también la validez y legalidad de las teorías convalidatorias, verbigracia poderes

colegislativos del P.E. delegación tácita del P.L., estado de necesidad, poderes residuales y otras.

Tales reglamentos, en principio, podrán versar sobre cualquier cuestión de naturaleza legislativa salvo la reglamentación de los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución, creación de impuestos y legislación penal, por cuanto en estas materias no podrá inmiscuirse el P.E. a través de la aprobación de reglamentos de necesidad y urgencia.

Una cuestión que se plantea, en este tema, es si el ejercicio de tal facultad depende de que el Parlamento esté en receso y o de la imposibilidad de hecho en convocarlo.

Creemos que aun cuando estuviese en sesiones el Parlamento, el Presidente y el Primer Ministro podrán hacerlo por cuanto ciertos hechos de urgencia súbita y aguda, reclaman una respuesta inmediata sin dilaciones de ninguna naturaleza. Sin perjuicio de esto, deberá enviarse el decreto inmediatamente a las Cámaras para su ratificación o derogación a través de una ley denominada "Ley de Conversión". Si el Congreso estuviese en receso se deberá convocar al sólo efecto del tratamiento del decreto en cuestión.

Si el P.E., no enviase inmediatamente el reglamento al Parlamento, podrán autoconvocarse las Cámaras con el fin de tratar el mismo.

Se enviará a la Cámara de Senadores cuando se tratase de una disposición sobre legislación Federal y a la Cámara de Diputados en caso de legislación común. El reglamento tendrá tratamiento privilegiado en la cámara a que haya debido enviarse. A tales efectos el mismo deberá ser incluido en el primer término del orden del día de la sesión inmediata posterior a su ingreso en la Cámara.

Cuando el legislador autoriza al Poder Ejecutivo a dictar un decreto sobre materia legislativa sujeta a ratificación se trata de un reglamento delegado y no de necesidad y urgencia.

El Congreso podrá confirmarlo o no en un plazo de 90 días. Hasta tanto no se manifestase, el decreto tendrá vigencia.

Si en el plazo previsto el Congreso no lo aprobare expresamente el decreto perderá eficacia.

(1) Fiorini, Manual de Derecho Administrativo.

(2) Díez, Manuel pág. 235 M. "Derecho Administrativo" T 11.

(3) Idem. nota 1 pág. 257.

(4) Corte Suprema de Justicia de la Nación (F:148:430)

(5) Gallego Anabitarte, "El Poder Reglamentario en el Derecho Continental Europeo".

(6) Story, Joseph "Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos".

(7) Villegas Basavilbaso "Derecho Administrativo".

(8) Marienhoff, Miguel "Tratado de Derecho Administrativo".

(9) Sagüés, Néstor Pedro L.L. pág. 798.

En caso de modificación o derogación por parte del Poder Legislativo sus efectos serán hacia el futuro y no con carácter retroactivo. Si se envía al Consejo Constitucional, éste podrá declararlo inconstitucional con efecto retroactivo.

### 3.- Función colegislativa

Se entiende por función colegislativa a todas aquellas atribuciones del Poder Ejecutivo relacionadas con el procedimiento de formación y sanción de las leyes.

La misma está comprendida por los siguientes actos de gobierno:

- 1) Iniciativa legislativa.
- 2) Veto.
- 3) Promulgación.

Un ejecutivo presidencialista no ofrece dudas en cuanto a quién es el titular de esas atribuciones, ya que ellas recaen naturalmente en el Presidente de la República. El carácter dual de ejecutivo que se propone en el dictamen preliminar obliga a determinar a quién le competen estas facultades.

#### 1) INICIATIVA

La iniciativa en materia legislativa no importa una capacidad decisoria en sí misma. La facultad de presentar proyectos ante cualquiera de las Cámaras del Congreso obligando a que éstas se pronuncien sobre los mismos solamente impulsa, inicia el procedimiento legislativo. Resulta de utilidad toda medida que aliente la labor parlamentaria. En nuestro caso el reconocimiento de la facultad de iniciar las leyes debería recaer en los titulares del Poder Ejecutivo-Presidente y Primer Ministro. Esto va a contribuir a un enriquecimiento del debate en el Congreso, afianzando las relaciones entre ambos poderes.

Por lo tanto, se recomienda que la iniciativa legislativa pueda ser ejercitada indistintamente por el Presidente o por el Primer Ministro respecto de todo tipo de materias.

#### 2) VETO

El veto es el acto por el cual el Jefe de Estado correspondiéndole el derecho de promulgar o no los proyectos de ley sancionados por las Cámaras, desaprueba un proyecto en todo o en parte impidiendo su conversión en ley, sea en forma absoluta o condicional.

Nuestra Constitución establece el veto total y el veto parcial pero no dispone cuál es el procedimiento en el caso de vetarse parcialmente una ley. Se interpreta de acuerdo a la letra del artículo 72 "...El proyecto vuelve con sus objeciones..." que todo el proyecto es enviado nuevamente a la Cámara de origen.

Esto trae dos consecuencias: en primer término, el Poder Ejecutivo no puede promulgar parcialmente el texto no vetado de la ley, en segundo término ese mismo texto o artículos no vetados por el Poder Ejecutivo quedan aprobados (aun cuando todavía no han sido promulgados ni publicados, por cuanto nuestro derecho positivo no admite la promulgación parcial). Por lo tanto esos artículos no son susceptibles de enmiendas ni por el Congreso ni por el Poder Ejecutivo.

La cuestión ha dado lugar a distintas interpretaciones de la Corte Suprema. En autos "Giulitta, Orencio A. y otros C/Gob. Nac." (año 1941) la C.S.J. estimó que lo cuestionado por el actor era únicamente el derecho de vetar parcialmente la ley y no la legitimidad o ilegitimidad de la promulgación parcial. El alto tribunal se pronunció en favor de la constitucionalidad del veto parcial conf. el artículo 72 de la C.N.

En 1967 en Autos "Collela, Ciriados C/Fevre y Basset S.A. y/u otro" se discutió la constitucionalidad de la promulgación parcial de la ley 16.881. La Corte hizo lugar a lo solicitado declarando la inconstitucionalidad de la ley por cuanto el proyecto sancionado por el Congreso constituía un todo inescindible, y en consecuencia no podía promulgarse la parte no vetada sin detrimento de la unidad del texto.

El Presidente conserva la facultad de vetar las leyes sancionadas por el Congreso, aun cuando el proyecto hubiera sido sancionado por el voto de los 2/3 de los miembros de las Cámaras o se tratase de un proyecto enviado por el mismo Poder Ejecutivo y no se hubiese modificado en la discusión parlamentaria.

Las razones por las cuales el Poder Ejecutivo puede vetar un proyecto de ley son la ilegitimidad o inconstitucionalidad del mismo así como también la inoportunidad, inconveniencia o falta de mérito.

El Poder Ejecutivo tiene un plazo de diez días a los efectos de vetar el proyecto de ley sancionado por las Cámaras, si no lo hiciese en ese plazo habrá promulgación tácita. Se trata de días útiles, es decir de días de trabajo en la administración pública y comienzan a contarse desde la recepción y registro del proyecto en la Presidencia. Se entiende que el Congreso puede considerar el proyecto vetado, sin que exista plazo para ello.

En un régimen con un Poder Ejecutivo bicéfalo, las facultades relacionadas con el veto deberían distribuirse de la siguiente manera:

El Presidente debe conservar la posibilidad de vetar las leyes. Pero,

las consecuencias del veto variarán cuando el mismo ha sido adoptado por el Presidente como facultad privativa o cuando su decisión ha sido refrendada por el Primer Ministro.

*1 - Veto adoptado por el Presidente como facultad privativa:* En este caso la mayoría necesaria para resistir el veto debe ser la misma que ha sancionado la ley vetada. Es decir que la medida presidencial produce los efectos de una "devolución legislativa". El Presidente a través de su intervención provoca una nueva consideración del proyecto cuestionado por parte del órgano legislativo. Exigir una mayoría calificada para resistir el veto, importaría un desconocimiento de la representatividad del gobierno.

*2 - Veto del Presidente con refrendo del Primer Ministro:* Cuando el veto del Presidente se ve acompañado del refrendo del otro titular del Poder Ejecutivo, la situación varía. En este caso la decisión presidencial cuenta con el respaldo del responsable de la política de gobierno. Por ello, resulta aconsejable que respecto de esta hipótesis se mantengan los requisitos exigidos actualmente. En consecuencia, un acto presidencial de este tipo sólo puede ser resistido por la mayoría de los dos tercios de los miembros presentes de las Cámaras.

Las Cámaras tienen la facultad de confirmar o no el proyecto de la legislatura vetado por el Poder Ejecutivo. Si no lo hicieren será desechado sin perjuicio de la posibilidad de ser tratado nuevamente en las sesiones de ese mismo año. Si no introdujeran modificaciones, se tratará de un nuevo proyecto de ley, en cuyo caso podrá ser aprobado por mayoría simple de la Cámara y el Poder Ejecutivo podrá ejercer su derecho de veto.

Sería conveniente que el Poder Ejecutivo pueda proponer normas sustitutivas a las disposiciones vetadas sin carácter vinculante para el Congreso.

Cuando se trate de la confirmación por las Cámaras de un proyecto vetado por el Poder Ejecutivo no habrá aprobación tácita por la Cámara revisora, sino que será necesaria la confirmación por mayoría absoluta o por dos terceras partes de los miembros presentes según se trate de un veto con refrendo del Primer Ministro o sin él. Con respecto a los alcances del veto el mismo podrá ser total o parcial debiendo admitirse la promulgación parcial cuando no se altere el espíritu o el sentido del proyecto aprobado por las Cámaras. Cuando el Presidente desee promulgar parcialmente una ley, previamente deberá someterla a la decisión del Consejo Constitucional, quien en un plazo perentorio se pronunciará autorizando o no la promulgación parcial de la misma.

Con respecto a la ley de presupuesto se considera conveniente admitir el veto parcial "y su promulgación sin intervención del Consejo Constitucional" porque de lo contrario se dilataría la sanción de una ley tan trascendente en la organización y funcionamiento del Estado. La promulgación parcial del presupuesto no atenta contra la unidad del texto.

En consecuencia el veto de una partida, inciso o ítem del presupuesto no invalida el resto de la ley que entrará en vigencia en las partes no afectadas por el veto.

Algunas Constituciones provinciales aún con nuestro actual sistema han receptado este criterio. Por su parte la Corte, ha reconocido la validez de la promulgación parcial de la ley de presupuesto en el orden federal.

### 3) PROMULGACION

La promulgación es una facultad colegislativa y de la misma se desprende el derecho de vetar o no la ley.

En consecuencia no se puede asignar a un órgano la facultad de promulgar y a otro el derecho de vetar la ley sancionada por el Congreso.

El Presidente debería tener la facultad de promulgar la ley y de vetarla, de acuerdo a lo establecido en el punto dedicado a veto.

### 4.- El sistema semipresidencialista y los poderes militares

La dinámica del sistema semipresidencial que se está definiendo, plantea la necesidad de definir como se distribuyen los poderes militares entre los titulares del Poder. Al Presidente de la República se le ha dado un perfil mediador, actúa como último recurso en las situaciones de urgencia que pueda plantear el sistema, cumple un rol de representación tanto interna como externa.

El papel de un Jefe de Estado con estas características difiere fundamentalmente del rol que tiene el Presidente en nuestra Constitución.

Por lo tanto, las atribuciones que al Presidente le competen en materia militar deben variar de un sistema a otro.

La normativa constitucional vigente le concede al Presidente el monopolio de estas facultades, la situación no podría ser de otra manera tratándose del único titular del Poder Ejecutivo.

### PODERES MILITARES

Nuestra Constitución los enumera en el artículo 86 inc. 15: "Es Comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar y tierra de la Nación". Inc. 16: "Provee los empleos militares de la Nación con acuerdo del Senado, en concesión de empleos o grados de oficiales superiores del Ejército y Armada, y por sí solo en el campo de batalla". Inc. 17: "Dispone de las fuerzas militares marítimas y terrestres, y corre con su organización y distribución, según las necesidades de la Nación".

En la distribución de los poderes militares es necesario considerar los siguientes aspectos:

#### I) LINEAS DE AUTORIDAD

- Autoridad para el empleo de las Fuerzas Armadas (Poderes de guerra).
- Autoridad de administración.

#### II) POLITICA

- Política de defensa.
- Política militar.

#### III) NOMBRAMIENTOS MILITARES

- Oficiales superiores.
- Resto de la estructura militar.

### DISTRIBUCION DE ESTAS FACULTADES ENTRE LOS TITULARES DEL PODER EJECUTIVO.

#### LINEAS DE AUTORIDAD Y NOMBRAMIENTOS MILITARES.

El jefe de las Fuerzas Armadas ocupa el máximo nivel de la jerarquía militar. En tal carácter quedan a su cargo las facultades de entender como última instancia respecto de recursos interpuestos contra decisiones de autoridades militares. Formula las órdenes específicas en marco de la política de defensa y militar. Tiene la facultad operacional de las Fuerzas Armadas en tiempo de paz y de guerra. Ejerce los denominados poderes de guerra, que le confieren autoridad para el empleo del aparato militar en caso de una agresión externa.

Estas atribuciones deben quedar en manos del Presidente de la República. Ello, en razón de que el Primer Mandatario reúne en su persona la calidad de Jefe de Estado, simboliza la representación de la Nación en el plano externo y su unidad en el interno. Además, en el sistema semipresidencialista debe actuar como mediador entre los poderes del Estado y entre éste y la sociedad. Todas estas características le confieren a su tarea la continuidad y objetividad necesarias que exige el ejercicio del mando militar.

A tales efectos y como facultad excepcional se considera necesario que el presidente retenga la facultad contemplada en el artículo 86 inc. 16 de la Constitución Nacional, es decir el nombramiento de los oficiales superiores de la estructura de las Fuerzas Armadas. Esta atribución constituirá la única relacionada con el mando administrativo de las fuerzas que quedaría en manos del Presidente.

De este modo el Presidente podrá ejercitar una función que hace a su calidad de máxima autoridad militar: la constitución de las cúpulas de las tres fuerzas. Ello facilitará el desempeño del rol de interlocutor principal de las Fuer-

zas Armadas que debe ejercer el Primer Magistrado. En tal sentido es importante que pueda decidir conjuntamente con la Cámara alta, manteniendo el acuerdo de ésta como forma de control del poder presidencial.

Las otras funciones que ejerce el Presidente en su carácter de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas están vinculadas con la política de defensa y militar que le competen al Gobierno. Por ello, las decisiones que tome relativas a las mismas requeridas del refrendo del Primer Ministro.

#### *POLITICA DE DEFENSA*

La política en materia de defensa no se relaciona sólo con lo estrictamente militar, comprende un gran número de variables respecto de las cuales se deben pronunciar varias áreas del Gobierno.

La política militar constituye una de las principales áreas involucradas. Es decir que la política de defensa y su variable militar están íntimamente ligadas con la política general de gobierno. En consecuencia parece lógico que la formule quién está al frente del Gobierno y es responsable de la fijación de su política dentro de los grandes lineamientos que trace el Congreso al respecto.

Por ejemplo, las opciones en materia militar quedarán determinadas en gran medida por los objetivos que se haya fijado el país para el manejo de sus relaciones exteriores.

Pretender una solución diferente podría llevar a incongruencias insalvables en el ejercicio de la acción de gobierno, como compatibilizar los objetivos de una política de defensa que no se compadezcan con las bases de una política de gobierno, situación que podría producirse fácilmente cuando las dos cabezas del Ejecutivo provinieran de orígenes políticos distintos.

Por lo expuesto, se entiende que esta facultad debe ser asignada al Primer Ministro y a su Gabinete, quienes a su vez deberán diseñar el perfil de la estructura que tendrá a su cargo el manejo de todos los asuntos relacionados con esta importante cuestión.

A su vez el Primer Ministro y por delegación el Ministro de Defensa deberán ejercer todas las funciones ligadas a la administración de las Fuerzas Armadas. Es decir los nombramientos del personal que no estuvieren a cargo del Presidente, el presupuesto, el alistamiento, la formación y educación de los cuadros militares, etc. En tal sentido la política que tracen le permitirá al Presidente de la República hacer uso del aparato militar. Facultad que, como se ha dicho, deberá verse acompañada en estos casos del refrendo del Primer Ministro y del Ministro del ramo.

El esquema de poderes quedaría definido de la siguiente manera:

- *Presidente de la República:* es Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, jefatura que ejerce con el alcance que se le ha dado en este informe.
- *Primer Ministro y gabinete:* implementa la política de defensa y por

ende su capítulo militar, dentro de los lineamientos fijados por el Congreso. Ejerce el mando administrativo de las Fuerzas Armadas.

Se agregan como anexo las experiencias de países con sistemas políticos similares al propuesto.

### III PODER LEGISLATIVO

Una de las cuestiones principales consideradas en el dictamen preliminar fue la necesidad de introducir ciertas modificaciones en el funcionamiento del Congreso.

Hemos aconsejado la ampliación del período de sesiones ordinarias, la posibilidad de que el Congreso prorrogue sus sesiones y la obligatoriedad de que el Poder Ejecutivo convoque a sesiones extraordinarias en tres situaciones: declaración del estado de sitio, intervención federal y ante el dictado de reglamentos de necesidad y urgencia.

En cuanto al proceso de formación y sanción de leyes se considera oportuno modificar el actual juego de sistema bicameral de modo que se agilice su funcionamiento.

En efecto, el sistema bicameral de tipo perfecto establecido en la Constitución tuvo en mira dos elementos principales: por un lado, la discusión y reconsideración de un proyecto de ley previo a su sanción con el fin de obtener leyes sabias y eficaces mediante la existencia de dos Cámaras y un complejo procedimiento de aprobación entre ellas. Por otro lado, da solución a la necesidad de que haya una representación equitativa de las provincias en el gobierno de la Nación.

La oportunidad de la reforma constitucional nos presenta la posibilidad de reformular el bicameralismo en su actual concepción para hacer posible un sistema más dinámico conforme a los objetivos propuestos en la Constitución vigente.

Se aconseja avanzar hacia una mayor diferenciación en las funciones de cada Cámara; pasando así a un "bicameralismo diferenciado". Este sistema, entre otros aspectos, cuenta con el mecanismo de aprobación ficta de un proyecto de ley por la Cámara revisora. Alberdi destacaba las ventajas de este sistema en "Las Bases". El mismo fue incorporado por la enmienda del '72 a nuestra Constitución con resultados positivos. Por otra parte la experiencia comparada en países como Italia abona las bondades de este mecanismo.

En el dictamen preliminar se propone que los proyectos de ley podrían ser presentados por cualquiera de los miembros del Congreso o por el Poder Ejecutivo, sea el Presidente o el Primer Ministro, en la Cámara de Diputados o en la de Senadores según la materia de que se trate.

Aprobado un proyecto por la Cámara de origen pasa a la revisora

para su consideración. Esta tendrá un plazo de 60 días para analizarlo y disponer su rechazo, su aprobación o bien introducirle modificaciones. Si la Cámara revisora, en cambio, no se pronunciase expresamente, el proyecto se considerará aprobado y pasará al Poder Ejecutivo para su promulgación.

Para el caso de que se introdujesen modificaciones al proyecto de ley, cada Cámara tendrá sólo 30 días corridos para aprobarlas o desecharlas. En caso contrario, se considera aprobado y pasará el proyecto al Poder Ejecutivo.

Se aconseja mantener el juego de mayorías del art. 71 de la Constitución Nacional que, unido al sistema de aprobación ficta, permite superar las situaciones de bloqueo entre las Cámaras.

La reforma principal está dada por la diferenciación de materias en las cuales la Cámara de Diputados oficiará como Cámara de origen y aquellas en las que actuará como tal la Cámara de Senadores.

Para la generalidad de la legislación será Cámara iniciadora la Cámara de Diputados, en tanto que, para aquellas cuestiones que hagan a la autonomía y autarquía de las provincias, lo será el Senado.

Las materias en que el Senado será Cámara de origen deberán ser; la intervención federal; la fijación de los límites territoriales entre provincias y la creación de nuevas, la fijación de la capital de la República, el régimen de coparticipación impositiva, las leyes convenios entre Nación y Provincias tendientes a promover todo lo referente a planeamiento y regionalización, (reservando a las provincias de cada región la decisión de los objetivos y políticas de desarrollo y a las provincias individualmente la ejecución de dichos planes en sus respectivas jurisdicciones) y la reglamentación de los art. 67, incs. 16 y 27 y art. 107.

Se privilegia así el rol del Senado, garante de las entidades políticas a las que sus miembros representan, es decir, las provincias. En tanto queda reservado a la Cámara de Diputados el impulsar la sanción y modificación de la legislación general.

El dictamen preliminar ha dado lugar a cierta interpretación que entiende que el sistema institucional propuesto es extraño a la organización federal de un Estado o bien que se debilita al federalismo al excluir al Senado — órgano representativo del poder provincial— de la intervención en la designación o remoción del Primer Ministro y su gabinete.

Se considera que no es acertado sostener que un sistema político que establezca la responsabilidad del Gobierno frente al Parlamento sea contrario a la forma federal de estado como lo prueban la organización institucional de países como Alemania, India, etc.. Según nuestra Constitución el Senado de la Nación no tiene mayores relaciones institucionales con el Poder Ejecutivo en cuanto a su responsabilidad y control. Darle esas facultades a la Cámara de Diputados no implica empeorar la situación del Senado, sino producir una

diferenciación que contribuya a que éste cumpla específicamente con la misión de salvaguardar las autonomías provinciales.

Debemos tener en cuenta un elemento importante que tiene gran trascendencia en la articulación de este juego de poderes, y que consiste en que, como contrapartida de las funciones de la Cámara de Diputados en la designación y remoción del Primer Ministro, el Presidente de la República tiene la facultad de disolver dicha Cámara. En cambio no puede el Presidente en ningún caso disolver el Senado, lo que da a sus miembros una mayor estabilidad.

El dictamen fortalece el federalismo al preservar al Senado de los avatares de la política de coyuntura. El sentido de su permanencia surge justamente de ser el órgano que representa a las autonomías provinciales, que son preexistentes a la Nación y han delegado en ella importantes facultades.

Otro elemento fundamental a tener en cuenta es la asignación de nuevas funciones de contralor al Senado. Se le debe dar la facultad de nombrar y remover a ciertos funcionarios importantes de la Administración Pública. Nos estamos refiriendo a los directores del Banco Central, así como a miembros de organismos de contralor como puede ser la Sindicatura de Empresas Públicas. Debe jerarquizarse el rol del Senado en el control de la ejecución del presupuesto. Deben también crearse mecanismos de vinculación entre el Senado y los Consejos Federales, como el de educación, de inversiones, de radiodifusión, etc..

Por otra parte como un elemento más que propende a la jerarquización de este cuerpo, se consideró conveniente que los ex-presidentes de la Nación tengan la condición de Senadores vitalicios. Podrán participar en las deliberaciones del Senado pero sin voto para que no se vea afectada la representación igualitaria de las provincias.

### **El Senado y el federalismo**

Uno de los objetivos fundamentales que orientaron el dictamen preliminar ha sido el de fortalecer el federalismo.

No vamos en este dictamen complementario a justificar las razones de este objetivo, cosa que ya hicimos, pero sí vamos a profundizar los fundamentos de las soluciones institucionales propuestas.

Tal vez el principal problema que se deba enfrentar en esta tarea de fortalecer el federalismo es el del enorme desequilibrio económico que se da entre las diversas provincias. Este desequilibrio llegó a un punto tal que, al día de hoy hay varias provincias que carecen de recursos propios suficientes, lo que determina una dependencia indebida del poder central. Esto quiere decir que aunque todos los impuestos fuesen cobrados por ellas, y ninguno por la Nación, habría provincias que no podrían garantizar a sus habitantes los servicios mínimos. Por otro lado, tomando el caso de la Provincia de Buenos

Aires, si se le dieran a cobrar a ella todos los impuestos, podría mejorar enormemente sus ingresos y bajar al mismo tiempo el monto de aquéllos hasta en un cincuenta por ciento, y por consiguiente acrecentaría aún más el desequilibrio del que hablamos.

Estos datos los consideramos relevantes porque uno de los requisitos necesarios para que se fortalezca el régimen federal es que las provincias cuenten con los recursos necesarios y que los obtengan preservando su autonomía. La complejidad del problema está dada por el hecho de que si se aumenta la autonomía de las provincias en la obtención de recursos, se llega como vimos anteriormente a un mayor grado de desequilibrio.

Esto debe llevarnos a dos reflexiones: la primera es que el problema no se soluciona únicamente a través de la modificación de diversos textos jurídicos, sino que exige de una política de crecimiento armónico e integrado del país. La segunda, que el gobierno nacional debe cumplir un rol activo en la distribución y asignación de recursos. Paradójicamente el fortalecimiento del federalismo que tiene como objetivo incrementar el grado de autonomía de las provincias, exige al mismo tiempo para concretarse que se incrementen los lazos de solidaridad entre ellas.

Se estima que en función de la dinámica de la vida política y económica y de la dificultad de prever las consecuencias de las innumerables variantes que entran en juego, se hace muy difícil precisar en un texto constitucional aspectos puntuales y es conveniente fijar únicamente principios generales. Lo que sí es posible y muy importante es fijar mecanismos procedimentales para que la discusión y armonización de los diversos intereses y puntos de vista tengan un ámbito de negociación institucionalizado.

Este Consejo, como lo ha dicho en su dictamen preliminar, está convencido que la reforma constitucional debe tender a convertir al Senado de la Nación en el órgano fundamental del federalismo argentino, constituyéndose en el ámbito donde se dé la concertación entre la Nación y las Provincias. Es en el Senado donde debe discutirse la coparticipación impositiva, las regalías a las provincias por la explotación de sus recursos naturales, los planes de fomento regionales, el código de minería, etc..

#### **Pedido de urgente tratamiento. Aprobación en comisiones**

Otro tema sobre el cual se pronunció el dictamen y que es necesario profundizar, es la posibilidad de que el Poder Ejecutivo le imprima a ciertos proyectos de ley enviados por él o que estuviesen en estudio en cualquiera de las Cámaras el pedido de urgente tratamiento. La Cámara de origen, lo tendrá por aprobado y pasará a la revisora. Esta deberá considerarlo en igual término y si no se pronunciare pasará al Ejecutivo para su promulgación.

También se señaló la conveniencia de que ciertos proyectos de ley pue-

dan ser derivados a las comisiones de las Cámaras para su tratamiento en particular y posterior aprobación. Parece conveniente que sea la Constitución la que establezca los alcances del funcionamiento de este sistema, exigiendo la habilitación del proyecto en general en el recinto previo giro a las comisiones. Se deberá garantizar, en las mismas, igual representación de los bloques que en la Cámara. Asimismo, debe establecerse que el 25% de los miembros del Parlamento puedan requerir que el tratamiento en particular deba realizarse nuevamente en el recinto.

#### **Delegación legislativa**

Se ha sostenido que la potestad legislativa no es delegable y para ello, se invoca el principio de separación de poderes, arts. 29 y 89 de la Constitución Nacional, o que tratándose de cuestiones privativas del Poder Legislativo como órgano representante de la voluntad popular, no puede admitirse la delegación.

Contando el Ejecutivo con conocimientos técnicos especializados sobre ciertos temas, parece conveniente admitir en la Constitución la posibilidad de que el Congreso habilite al Ejecutivo a hacerse cargo de aquellos.

En el derecho comparado, en especial en las cartas constitucionales más modernas (Francia 58, España 78, Portugal, Perú 79), se faculta al órgano legislativo a delegar en mayor o menor alcance facultades al Ejecutivo.

En nuestra práctica se han realizado delegaciones y las mismas en general han sido convalidadas por la Corte Suprema de Justicia.

Nuestra Constitución debe pronunciarse en términos positivos, habilitando al Congreso a delegar facultades legislativas al Ejecutivo.

La delegación al Gobierno debería realizarse mediante el procedimiento ordinario de formación y sanción de leyes. La habilitación legal autorizará al Primer Ministro el dictado de reglamentos que deberán contar con la aprobación del Presidente, en caso contrario caduca el proyecto de reglamento sin perjuicio de que el mismo sea enviado por el Gobierno al Congreso para su tratamiento como un proyecto de ley ordinario.

La delegación importará la facultad de dictar un reglamento sobre materias del legislativo, pero no la de derogar o aun modificar el mismo; se entiende que se convertiría la delegación legislativa en declinación de competencia del Poder Legislativo, para ello será necesario siempre una nueva habilitación legal.

En torno a las materias que serían susceptibles de delegar por el Congreso se consideran dos alternativas: por un lado una solución amplia que consiste en establecer una provisión general sobre delegación legislativa y especificar las materias no susceptibles de delegación. Únicamente serían indelegables las llamadas facultades de competencia exclusiva del Congreso, es decir la ma-

teria penal, impositiva y el poder de reglamentación de los derechos fundamentales de los habitantes.

Otra alternativa consiste en que sea la Constitución la que señale específicamente los temas susceptibles de delegación, aunque se advierte que es difícil establecer una enumeración taxativa.

No obstante esto, la organización de los servicios públicos, la fijación de tasas, el régimen de moneda y bancos nacionales, la regulación del comercio y los regímenes de enseñanza entre otros temas podrían contarse entre ellas.

#### IV PODER JUDICIAL

Nuestra Constitución ha otorgado a la Corte Suprema facultades que posibilitaron que la misma desarrollara una labor jurisprudencial, contribuyendo a un reconocimiento y afianzamiento paulatino de amparo jurisdiccional de los derechos y garantías. Por ello y tomando en consideración el tradicional respeto que la Corte ha despertado en tal función, pensamos que una reforma constitucional debe mantener las pautas generales y solamente introducir modificaciones a los efectos de modernizar y agilizar esas potestades constitucionales, brindándole mayor flexibilidad y operatividad, tendiente a satisfacer las necesidades que plantea la sociedad actual.

Con tal objeto consideramos conveniente dirigir nuestra atención a dos posibles puntos de reforma, íntimamente vinculados entre sí:

- a) Incorporación del "writ of certiorari".
- b) Incorporación del "stare decisis".

##### A) Writ of certiorari

La dinámica judicial demuestra que se ha producido un gran aumento en la cantidad y tipo de casos en los que debe entender la Corte Suprema lo que ocasiona que se baje el nivel y la cantidad de sus fallos. En realidad, muchas de estas causas no presentan ninguna cuestión de índole constitucional, ni se encuentran afectadas la defensa en juicio o el debido proceso. La Corte Suprema no puede dedicar su atención a la corrección de los errores de los tribunales inferiores, sino que debe encargarse de mantener la supremacía federal, de ser la tutora final de derechos y garantías y reservar su rol como último intérprete de la Constitución Nacional.

Por ello, consideramos conveniente la incorporación del "writ of certiorari" tal como lo aporta el derecho norteamericano permitiendo que los casos presentados sean atendidos o rechazados a discreción de la Corte. Tal discrecionalidad hace posible que el Tribunal Supremo determine qué casos son de importancia exclusiva de los litigantes y cuáles revisten importancia pública. Si bien la Corte dejará de actuar como árbitro final de conflictos de derechos, que serán juzgados en la mayoría de los casos por los tribunales superiores de provincias y otros tribunales inferiores, podrá dedicar su mayor esfuerzo al entendimiento de aquellas causas cuyo contenido va más allá del mero ám-

bito de un conflicto particular. De este modo la Corte actuará en la esfera para trascender su repercusión jurídica e institucional del interés general, decidiendo aquellos casos que involucren la determinación de principios de más amplio alcance.

Mantiene el requisito de la existencia de una controversia real y sustancial que requiera una solución específica a través de una decisión de carácter definitivo.

Por otro lado, si bien la denegación de un recurso deja en firme la decisión anterior, ello no implica que pueda extraerse otra consecuencia jurídica, en el sentido de inferir que la Corte aprueba tal decisión, pues no significa una confirmación. Nada revela acerca de la actitud de la Corte, pues aún cuando considere que el caso plantea una cuestión relevante, puede consignar actuaciones confusas, requerir aclaraciones suplementarias, etc..

#### **B) "Stare decisis" con respecto a la sentencia de la Corte Suprema**

Nuestro sistema no contempla la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema. Sin embargo la mayoría de los jueces inferiores las adoptan en virtud de su autoridad moral y en aquellos casos en que esto no sucede queda abierto el recurso ante la Corte como vías para obtener un pronunciamiento semejante.

Nuestro sentido de justicia demanda que todos los hombres sean tratados en igualdad de condiciones. Se considera conveniente que los principios sentados por la Corte a través de una decisión deliberada y reflexiva sobre un punto de nuestra Constitución planteado correctamente en un caso sean aplicados a todos en igualdad de condiciones. Por otro lado, considerando que de todas formas se llega a tal solución a través del recurso extraordinario, parece innecesario el gasto de esfuerzos y recursos. Finalmente, a través de esta solución se restringe la posibilidad de incurrir en arbitrariedades.

El "stare decisis" le da valor de fuente normativa general a las sentencias de la Corte Suprema, en la medida que requiere que los jueces y tribunales inferiores acudan a ella cuando se le presenten casos que ofrezcan similitud.

Se generaliza una sentencia de la Corte a través de un proceso por el cual se elimina una serie de hechos del caso que los motiva, por carácter operativo. Así, del deber jurídico de aplicar los principios que emanan de la sentencia sólo es tal en la medida en que respecto de casos futuros se presentan los mismos hechos operativos.

Para determinar qué principios o norma general resulta obligatoria, debe distinguirse entre los fundamentos expresados en la sentencia, el holding, del "obiter dictum". El primero es el principio esencial y necesario para la resolución del caso, el segundo representa lo superabundante, ya sea por referirse a hechos hipotéticos que aún siendo pertinentes resultan superfluos. Po-

demostramos establecer que sólo resulta obligatorio para los jueces y tribunales inferiores aquella parte de la sentencia constituida por el principio en base al cual se ha resuelto el conflicto en cuestión. Tal norma obligatoria no ha de extenderse más allá de la que ha sido necesario para fundar el fallo.

Con respecto a quien debe calificar que es lo esencial y necesario para resolver un caso, nos enfrentamos a dos posibilidades: o bien lo hace la misma Corte, o bien el juez que debe interpretarlo para resolver un caso semejante. En este último supuesto deberíamos aceptar que un juez inferior se encuentra facultado para analizar nuevamente el litigio decidido por la Corte, determinando cuál es la base de fundamentación del fallo. Consideramos conveniente que sea la misma Corte Suprema quien determine cuáles son los principios que serán obligatorios para futuras decisiones.

**ARTICULO 101 Bis:** Las decisiones de la Corte Suprema en materia Federal serán obligatorias, en cuanto a los principios sentados para decidir los casos concretos, para todos los tribunales inferiores de la Nación.

En aquellos casos que deba conocer la Corte, que revistan gravedad institucional y cuya solución no admita demoras, el Tribunal podrá conocer en forma directa, a solicitud de la parte interesada formulada ante la propia Corte.

En todos los casos, la Corte podrá desestimar, sin otro fundamento que la invocación de este artículo, aquellos recursos que según su criterio no planteen cuestiones que justifiquen la intervención de la Corte.

## CONFLICTO ENTRE PODERES Y CONTROL CONSTITUCIONAL

La incorporación a nuestro sistema presidencialista de elementos de los sistemas parlamentarios debe tomar en cuenta la posibilidad de modificar el control constitucional y de crear un órgano para la resolución de los conflictos de competencia. Esto último, especialmente, porque la incorporación de la figura del Primer Ministro, la diferenciación de funciones entre la Cámara de Diputados y Senadores, y la delegación legislativa potencian la posibilidad de que se generen dichos conflictos.

A ese efecto se estudiaron el funcionamiento de estos sistemas en algunos países con régimen parlamentario y con régimen semipresidencialista, se realizaron comparaciones con nuestro actual sistema presidencialista y se imaginaron posibles mecanismos a implementar.

### I. Fundamentación

La marcha hacia un sistema semipresidencialista, que combina elementos del presidencialismo y del parlamentarismo, tiene por objetivo lograr una mayor "flexibilidad" del sistema frente a la "rigidez" del actual, donde los tres poderes aparecen como perfectamente separados y delimitados.

En el sistema parlamentario se da una interdependencia por "coordinación", usando la terminología de Karl Loewenstein. La mayor expresión de esta situación son los gobiernos de tipo parlamentario donde se da una interacción dinámica entre el gobierno y la oposición. Los ejemplos de España y, muy especialmente, de Italia muestran lo fructífero de las negociaciones, pactos y acuerdos políticos que se dan en el seno del parlamento para formar gobiernos. En los regímenes de tipo semipresidencialista se dan también, tal vez en menor medida, las negociaciones para buscar un equilibrio político dentro del gobierno, como por ejemplo pasa en la actual cohabitación en el Poder Ejecutivo Francés.

Todo este complejo juego de distintas variantes que el sistema propuesto plantea puede producir una cantidad de nuevas situaciones que necesitarán de un tribunal o un árbitro de tipo político-constitucional, para determinar competencias e, inclusive, invalidar actos de gobierno.

En tal sentido, un primer análisis del derecho comparado nos permite determinar claramente algunas diferencias sistemáticas que existen entre nuestro actual régimen presidencialista y los sistemas semipresidencialistas y parlamentarios.

En los regímenes parlamentarios y semipresidencialistas el control de constitucionalidad se realiza a través de un tribunal o cuerpo que declara la inconstitucionalidad de las leyes con alcance general, es decir que la declaración tiene el efecto de derogar las leyes. Esto es lo que ocurre en los países europeos, y aun en el sistema semipresidencialista más atenuado que se conoce, como es el de la nueva Constitución del Perú, donde la sentencia del Tribunal de Garantías es enviada al Congreso para que éste derogue la ley. Este aspecto que hemos descripto resulta esencial para nuestro análisis, y por ello debe ser minuciosamente observado.

Sin embargo, creemos conveniente que nuestra nueva Constitución adopte un Consejo Constitucional fuera de la órbita del Poder Judicial, y con la función exclusiva de dirimir los conflictos de competencia entre los poderes o intrapoderes.

La diferencia se encuentra en que los Tribunales Constitucionales encarnan un modelo de control de constitucionalidad concentrado, en el cual toda cuestión de constitucionalidad debe caer finalmente en el mismo. Así ocurre en los modelos de Alemania y España, en los cuales los jueces remiten al Tribunal toda cuestión en la cual aparezca un conflicto de constitucionalidad para que éste las resuelva. Notemos que el llamado recurso de amparo en España es, en realidad, un recurso muy similar a nuestro recurso extraordinario.

El dictamen preliminar del Consejo decidió mantener la actual estructura del Poder Judicial, con la Corte Suprema a la cabeza, esto porque existe en nuestro medio jurídico un tradicional respeto por la función de la Corte Suprema como guardiana de la Constitución y sería muy difícil que pudiera prosperar una propuesta que no respetara esas circunstancias.

Ahora bien, parecería necesario que en un sistema que tiende a parlamentarizarse exista también un control de tipo político-constitucional que dicte resoluciones con alcance general, y aun derogatorio, de normas vigentes.

Nuestro caso se presenta con ciertas peculiaridades que lo diferencian de los sistemas del derecho comparado que hemos estudiado, donde se concentran la doble función de contralor político constitucional y la declaración de inconstitucionalidad por violación de derechos constitucionales.

Esto ocurre porque los países europeos mantienen un sistema de control de constitucionalidad "concentrado" por el cual toda causa en la que exista conflicto de constitucionalidad debe ser elevada por el juez actuante al Tribunal Constitucional, órgano que no integra el Poder Judicial y que se ocupa específicamente de tales cuestiones.

En tanto, en el dictamen preliminar del Consejo se mantiene la base

de nuestro actual régimen de control de constitucionalidad, que consiste en un sistema de control "disperso", de inspiración norteamericana, por el cual los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de los actos administrativos a pedido de parte, aplicándose la sentencia únicamente al caso concreto.

No creemos que sea oportuno ni necesario, ni adecuado a nuestra realidad y a nuestra costumbre constitucional, cambiar la totalidad de un sistema difuso de protección constitucional por uno de tipo concentrado. No se trata de quitarle facultades constitucionales a la Corte ni a los Tribunales de la Nación, sino de crear un órgano separado, específico para resolver los conflictos de poderes que resulten del nuevo esquema de organización del gobierno.

Nuestro sistema también prevé un recurso extraordinario de inconstitucionalidad que permite llegar en sucesivos grados de apelación hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en determinados casos según el art. 14 de la ley 48, actualmente en vigencia, por otra parte, también se admite el recurso extraordinario en los casos de "arbitrariedad" y de "gravedad institucional", cuyo origen está en la elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema.

Por otra parte, la supremacía constitucional se encuentra resguardada en la reserva que hace el artículo 100 de la Constitución para los Tribunales Federales y el 101 para la Corte en competencia originaria y exclusiva, existen además remedios excepcionales de protección constitucional a los derechos fundamentales a través de las acciones de hábeas corpus y amparo.

Este es el sistema clásico de protección constitucional de nuestra Constitución vigente y que el dictamen del Consejo ha sugerido mantener. En él, el protagonismo de la Corte ha sido fundamental, ya que a través de su labor interpretativa ha ido marcando la verdadera vida de la Constitución, como lo ha señalado Bielsa "...su norte es la Constitución y la estabilidad político-constitucional de la Nación, o sea que ella es mantenedora del orden jurídico existente y del político institucional en sentido lato, aunque en forma secundaria y aún, en mayor o menor grado, también del político económico..." (Bielsa, Rafael. La protección constitucional y el recurso extraordinario).

Destaquemos que si bien nuestra Corte Suprema tiene un rol protagónico en materia de interpretación y control constitucional, su función es esencialmente judicial y sólo por añadidura política. Lo cierto es que la función de control de constitucionalidad no es otorgada a la Corte en forma expresa por la Constitución, ella surge en primer término de su condición de Supremo Tribunal de Justicia, ya que la declaración de inconstitucionalidad en una sentencia es la consecuencia de la aplicación de normas jurídicas a un caso concreto, de acuerdo con su grado de validez y jerarquía. Por otra parte, la regulación del recurso extraordinario aparece en la ley 48 al receptarse la doctrina de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el famoso caso "Marbury vs. Madison". Sobre esta base, la Corte avanza con su doctrina en consideracio-

nes sociales de alcance general, generando pronunciamientos que se van haciendo norma a través de una tarea de elaboración "pretoriana". Sin embargo, la Corte no incursiona por este camino de manera tan honda como su modelo, la Corte estadounidense. Esta última alcanzó mayor peso propio e independencia frente a los otros poderes por sus fallos basados en cuestiones de interés común y social y por el sistema del precedente o del common law que le otorga a sus fallos una importancia trascendente. Nuestra Corte, en cambio, ha sido renuente a ingresar en la consideración de las cuestiones más espinosas de la vida política a través de su doctrina sobre las "cuestiones políticas judiciales".

No puede negarse, sin embargo, que la Corte Suprema tenga un carácter político, ello surge naturalmente por ser ésta la cabeza visible de uno de los tres poderes del Estado Federal y, además, por la importancia que adquieren sus opiniones al sentar jurisprudencia que es generalmente seguida por los tribunales de menor jerarquía y por la obligatoriedad que sus sentencias tienen para los otros poderes del Estado. Pero lo cierto es que la Corte Suprema dicta sentencias para casos concretos y con alcances particulares.

Existe, por lo tanto, un espacio a completar que es aquel que se refiere a la existencia de un tribunal u órgano de control de tipo político-constitucional que, fundamentalmente, actúe como árbitro de competencia entre órganos de gobierno.

La intervención de la Corte Suprema en este tipo de conflictos que implica una suerte de arbitraje entre los poderes puede conducir a borrar la frontera entre la administración de justicia y las cuestiones políticas. Si consideramos de capital importancia la función de la Corte como guardiana suprema de los derechos y garantías individuales, no resulta prudente enfrentarlo con los conflictos que generan la dinámica del poder, por la amenaza que se debilita su prestigio. En casos extremos podría correrse el riesgo de que la decisión del tribunal no fuera respetada.

Si bien esto también puede suceder en el supuesto de existir un Consejo Constitucional, es menos peligroso el daño que se le infringiría a este organismo especializado, de carácter político, y creado a este efecto. Por otro lado, siempre quedaría resguardado el papel de la Corte Suprema como tutora de los derechos fundamentales.

## EL CONSEJO CONSTITUCIONAL

El Consejo Constitucional será independiente de los demás órganos constitucionales, sin perjuicio de que sus miembros sean nombrados por ellos.

La función del Consejo Constitucional será la de resolver los conflictos de competencia que se susciten entre los diversos poderes aplicando e interpretando el esquema fijado en la Constitución Nacional.

El sistema semipresidencialista propuesto por el dictamen incorpora nuevas instituciones y nuevas relaciones entre las mismas que es necesario controlar y arbitrar. Se consagra la dualidad de atribuciones del Presidente de la Nación y del Primer Ministro, por lo cual es necesario distinguir las correspondientes al Presidente, al Primer Ministro, y aquellas que requieren la concurrencia de ambos. Se establece la diferenciación de competencias entre las Cámaras del Congreso y la delegación legislativa, lo que puede originar conflictos por diferentes interpretaciones del texto Constitucional.

Por otro lado, la creación de un organismo como el propuesto brinda la oportunidad de otorgarle la facultad de controlar la regularidad de las elecciones y las votaciones en los casos de ejercicio de las formas directas de democracia.

En un estado de derecho todas las acciones políticas llevadas a cabo por los órganos de gobierno deben conformarse a los preceptos constitucionales y es una función legítima del Consejo Constitucional determinar el alcance de tales normas en ocasión de los conflictos sobre la extensión de las facultades y obligaciones de aquellos órganos. Su tarea se encamina así a preservar y mantener el orden constitucional por vía de la delimitación de competencias.

Todas estas controversias revisten un carácter altamente cargado de contenido político.

## II. Competencia

En ningún caso al Consejo Constitucional le correspondería el control sobre las garantías individuales y los derechos de las personas, que seguiría a cargo de los jueces y de la Suprema Corte.

Será competente en:

a) Los conflictos entre las Cámaras del Congreso por la iniciativa en leyes comunes y leyes federales. Podrá ocurrir que detrás de la apariencia de una ley común se esconda una ley federal; en tal caso el procedimiento sería el siguiente: cuando una de las Cámaras haya dado entrada al tratamiento de un proyecto de ley deberá en el mismo acto dar conocimiento a la secretaría de la otra. La Cámara que en tal caso ha quedado en condición de revisora podrá considerar si en el caso le correspondería actuar como Cámara de origen: siendo así con la firma de la cuarta parte de los miembros totales de la Cámara de Diputados o de Senadores podrá reclamarse ante el Consejo Constitucional que decidirá en forma definitiva e inapelable. En caso de interposición del recurso se suspenderá el proceso de formación de la ley.

La función del Consejo de Control en materia del Poder Legislativo deberá tender a delimitar la competencia originaria y revisora de cada Cámara, mas no invalidar ley alguna, en razón de la inconstitucionalidad de su con-

tenido material. No se trata de un control constitucional de la parte doctrinaria, sino solamente de la parte orgánica de nuestra Constitución.

b) Más compleja es la situación dentro del Poder Ejecutivo, donde se encomendaría al Consejo el Control Constitucional de las competencias del Presidente y del Primer Ministro en aquellos casos en que se presenten conflictos. Ello puede imaginarse en función de las diversas interpretaciones que ambos órganos puedan hacer de sus respectivos poderes.

La delimitación de competencias deberá resolverse en la práctica, "la experiencia demuestra que el mejor árbitro es la propia dinámica que resulta del juego político", como lo enseña Maurice Duverger en su obra sobre los regímenes semipresidenciales.

En este sentido se observa que un control intraórgano del ejecutivo resulta más complicado que en el legislativo, ello por la diferente dinámica que caracteriza a cada función. El legislativo es más formalista y los conflictos se dan antes de la sanción de ley, en tanto que en el ejecutivo la tarea es cotidiana y resulta más difícil que el control sea previo, por lo que, generalmente, será posterior.

Imaginar un control previo sobre las resoluciones y decretos del Ejecutivo supone pensar que cada acto deberá contar con la aprobación del Consejo de Control antes de entrar en vigencia: ello implica burocratizar el procedimiento y limitar al Ejecutivo en la toma rápida de decisiones.

Pensamos que la intervención del Consejo Constitucional debe darse solamente en el caso en que se plantee un conflicto, ya sea a pedido del Presidente o del Primer Ministro.

Respecto al efecto que produzca la decisión del Consejo Constitucional en relación a las situaciones y relaciones jurídicas que se hayan producido a raíz del decreto o resolución mientras hayan estado vigentes. Corresponde analizar:

En primer lugar, hay que determinar si el Consejo Constitucional podrá derogar el acto del Presidente o Primer Ministro ejercido fuera de su competencia. Frente a esto se proponen dos alternativas:

1) Que se establezca la facultad derogatoria con alcance general y con efecto retroactivo.

2) Que el acto correspondiente sea devuelto al órgano correspondiente para que éste —obligatoriamente— lo derogue, con efectos hacia el futuro.

Para asegurar el cumplimiento de las decisiones del Consejo de Control deberá imponerse la inapelabilidad de sus decisiones y que el incumplimiento de las mismas sea causa automática de juicio político. En caso contrario, se convertiría en un mero órgano administrativo con facultades de emitir dictámenes no vinculantes.

Se le debe garantizar a los particulares el acceso a la justicia cuando

una decisión tomada por un órgano incompetente afecte sus derechos. La justicia deberá atenerse a lo dictaminado por el Consejo Constitucional en relación al alcance de las distintas facultades.

### III. Legitimación activa

Pueden concurrir ante el Consejo Constitucional el Presidente de la Nación, el Primer Ministro, un número determinado de Senadores o de Diputados, los gobiernos provinciales cuando se tratase de conflictos entre las provincias y el Estado Federal. En los conflictos intraórganos no estarán legitimados los miembros pertenecientes a otro poder.

### IV. Composición

1) El Consejo Constitucional estará integrado por nueve miembros nombrados un tercio por el Presidente de la Nación, un tercio por la Cámara de Senadores y un tercio por la Cámara de Diputados.

2) Para ser designado como miembro del Consejo deberán reunirse los mismos requisitos que para ser Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

3) Serán nombrados por un período de nueve años y se renovarán por tercera parte cada tres.

La condición de miembro del Consejo Constitucional deberá ser incompatible con todo mandato representativo, con cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político, con el ejercicio de la carrera judicial y con cualquier otra actividad profesional o comercial.

### V. Vinculación con la Corte Suprema

En ningún caso le competiría al Consejo Constitucional control sobre los derechos individuales que seguirá a cargo de los jueces y de la Corte Suprema, quedando limitada la función del Consejo Constitucional o dirimir los conflictos de competencias y la cuestión electoral.

Con respecto a las declaraciones del Consejo, las mismas son inapelables y resultan vinculantes para el Poder Judicial, quien no podrá resolver cuestiones que hagan a la competencia del Consejo Constitucional.

## VI TRATADOS INTERNACIONALES

### 1. Tratados internacionales

En doctrina se han elaborado dos teorías: la concepción monista y la concepción dualista. La primera entiende que hay un sólo ordenamiento jurídico donde tendrá preeminencia el derecho interno o el derecho internacional.

En tanto la teoría dualista considera que existen dos ordenamientos autónomos e independientes y por tanto el derecho interno de cada Estado prevalecerá sobre el derecho internacional. En la práctica los estados admiten la superioridad jerárquica del derecho internacional, sea a través de una concepción monista de primacía del derecho internacional o de un criterio dualista. En este caso, aun cuando se inclinan por la no aplicabilidad del tratado o convenio inconstitucional, admiten la responsabilidad estatal por incumplimiento de las obligaciones contraídas con terceros estados, principio consagrado en el derecho internacional.

En el derecho comparado las constituciones pueden en cuanto a este punto, clasificarse en seis grupos:

- 1) Aquéllas que explícitamente establecen la primacía del derecho constitucional.
- 2) Aquéllas que lo hacen implícitamente.
- 3) Igual jerarquía entre derecho constitucional y derecho internacional.
- 4) Las que disponen la superioridad del derecho internacional expresamente en caso de conflicto con el derecho constitucional de cada estado.
- 5) Preeminencia del derecho internacional implícitamente.
- 6) Las constituciones que guardan silencio.

En el primer ejemplo se hallan países como ARGENTINA (art. 27), ECUADOR (art. 189), MEXICO (art. 133), PARAGUAY (art. 12) y GUATEMALA (art. 246) entre otros.

El segundo grupo, comprende a países como FRANCIA por cuanto este Estado admite el control de constitucionalidad de los tratados, por el Consejo Constitucional, con carácter previo a su ratificación, si así lo solicitare el Presidente de la República, el Primer Ministro o los presidentes de cualquie-

ra de las dos Cámaras; ESPAÑA en el art. 95 de su Carta dispone “si el tratado internacional contiene estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional (el Tribunal Constitucional es competente para indicar si existe o no esa contradicción); PERU: si un tratado afecta a una disposición constitucional debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la Reforma Constitucional según su art. 103.

En el tercer grupo se encuentra la Constitución del Perú en su art. 104 por cuanto establece que los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional.

La Constitución de los Países Bajos integra el cuarto grupo. La reforma de 1956 dispuso que un tratado podía apartarse de los preceptos de la Constitución, cuando así lo exigía el orden jurídico internacional (art. 63 y 66); asimismo, los jueces no podrán enjuiciar la constitucionalidad de los tratados.

El quinto grupo admite la primacía del derecho internacional — implícitamente— ya que los tribunales no verifican la constitucionalidad de los tratados o convenios internacionales, es el caso de países como Bélgica y Luxemburgo.

Por último hay países que nada establecen en su Constitución — Venezuela, Portugal, Brasil y otros—.

Nuestra Constitución dispone en su art. 27 “El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecido en esta Constitución”. En consecuencia, si se ratificase un tratado en contradicción con ella, éste será susceptible de ser tachado de inconstitucionalidad.

La CSJN ha interpretado este precepto constitucional en autos Merck Química Argentina C/ Gobierno Nacional fallado en el año 1948 entendiendo que en tiempos de paz conforme al art. 27 tiene primacía el derecho interno —concepción dualista— en tanto en tiempos de guerra, no previstos en el citado artículo, el derecho internacional no prevalecerá —teoría monista—. Creemos un error, distinguir donde la misma Constitución no ha distinguido y por tanto igual criterio interpretativo deberá aplicarse en tiempo de paz o de guerra. La letra del art. 27 es clara en cuanto establece la supremacía de los principios de derecho público constitucional sobre las cláusulas de los tratados internacionales. Así lo ha entendido la Corte en Autos “Alfonso Chantrain C/ Gob. Nac., sin distinguir entre tiempos de paz y de guerra declara que, con arreglo al art. 31, los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de la Constitución, cuya supremacía, sobre todas las normas de derecho positivo, el derecho de referencia consagra”.

Sin embargo nuestro país ha ratificado la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 sin reservas. Esta Convención establece en su art. 27 que “una parte no podrá innovar las disposiciones de su dere-

cho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, salvo lo dispuesto en el art. 46”. EL art. 46 agrega “el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

La interpretación armónica del art. 27 de la Constitución Nacional y de los arts. 27 y 46 de la convención de Viena se traduce en los siguientes términos: cuando un tratado o convenio contradice una disposición constitucional, en el derecho interno es inaplicable, en tanto en el campo del derecho internacional será válido y provocará la responsabilidad internacional del Estado.

Se entiende que la disposición del art. 27 de la Constitución es correcta por cuanto los preceptos constitucionales deberán prevalecer sobre los tratados y convenios internacionales en el campo jurídico interno de un Estado. Admitiendo, desde ya, la validez del tratado en el campo internacional y la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento de un compromiso internacional.

## 2. Tratados internacionales - Ley Federal

En el derecho comparado hay dos tendencias, una (A) característica de los países europeos, que establece la superioridad del tratado con respecto a la ley nacional o federal, y otra (B) propia de los estados latinoamericanos admitiendo la primacía de la ley nacional o federal sobre los tratados o convenios internacionales o asignando igual jerarquía a las dos disposiciones normativas.

El art. 31 de nuestra Constitución dispone: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación”.

En esta materia se considera imprescindible modificar esta cláusula y establecer expresamente la primacía del tratado o convenio sobre las leyes dictadas por el Estado Federal. En la actualidad, dado el mismo rango jerárquico entre el tratado y la ley, prevalecerá el que ha sido ratificado o sancionado con posterioridad.

El tratado sólo podrá ser modificado o derogado en la forma prevista en el mismo y no por una ley del Congreso, salvo cuando el mismo convenio así lo estableciere.

Esto facilita la conformación de un derecho de integración o derecho comunitario entre los Estados y, en particular, entre los Estados latinoamericanos, concediendo una mayor vigencia y estabilidad jurídica al convenio o tratado internacional, bilateral o multilateral, suscripto entre Estados contratantes.

### 3. Tratados

Desde el canje de las ratificaciones o instrumentos ratificatorios, cuando se tratase de un convenio bilateral o del depósito de los instrumentos en caso de un acuerdo multilateral, el tratado entrará en vigencia. El derecho interno de cada Estado establece cuál es el procedimiento y el órgano competente con respecto a la negociación, firma, aprobación y ratificación de un convenio. El derecho internacional reenvía al derecho público interno de cada Estado su determinación. Se considera que en un sistema semipresidencialista, tal como está proyectado en el dictamen complementario, corresponderá la negociación de los tratados al Primer Ministro, por cuanto el jefe de gobierno conduce la política general del país. En consecuencia, es él quien tiene un conocimiento más directo y profundo de la necesidad y conveniencia de suscribir o no un tratado y los términos y condiciones del mismo. Es decir, si este conviene al desarrollo de la política del país o, por el contrario, desalienta o contraría ese desarrollo. El Primer Ministro deberá suscribir los tratados.

Con respecto a la ratificación en el derecho comparado, se han ensayado tres alternativas; competencia exclusiva del Ejecutivo, Italia (1922-1943) y Alemania (1933-1945); competencia exclusiva del Ejecutivo, Turquía (1924) y Suiza; competencia conjunta entre el Poder Ejecutivo y Poder Legislativo constituyendo un acto complejo. La mayor parte de los Estados, tanto de régimen parlamentario como presidencialista, adoptan el tercer sistema.

Se ha considerado conveniente establecer la concurrencia del Ejecutivo y Legislativo. A este corresponde la aprobación del tratado por ley y esta aprobación se traduce en una autorización al Poder Ejecutivo para ratificarlo. El parlamento autoriza la ratificación, dando allí su asentimiento, ya que este acto de carácter internacional es cumplido por el órgano competente para representar al Estado en el exterior, es decir, por el Jefe de Estado.

Si el Congreso introdujese modificaciones en el tratado, ya no podrá ser aprobado ni ratificado hasta tanto no se vuelva a negociar con el o los Estados contratantes, por cuanto un Estado no puede unilateralmente alterar un tratado o convenio internacional. Una vez aprobado por el Congreso es enviado al Presidente de la República, quien, en ejercicio de una facultad discrecional, ratifica o no el tratado. La intervención del Presidente permite un mayor control, evitándose así una eventual connivencia entre el Parlamento y el Primer Ministro, quien es elegido entre los miembros del Parlamento. Por otra

parte, no debe olvidarse que, a través de la ratificación de los convenios internacionales y su incorporación en el derecho interno, es posible modificar o derogar toda la legislación vigente de un Estado. Esta consecuencia es más evidente cuando el tratado en la pirámide normativa es jerárquicamente superior a la Ley Federal. Por ello se considera imprescindible la participación del Presidente en el acto complejo de la ratificación. Así como al Jefe de Estado le compete la facultad de vetar las leyes sancionadas por el Congreso, también le corresponderá la facultad discrecional de ratificar o no los tratados firmados por el Primer Ministro o por el Ministro de Relaciones Exteriores y aprobado por el Congreso. Como señala Charles Rousseau, todo el procedimiento moderno para la conclusión de los tratados ha tendido, principalmente, a dissociar dos competencias que, siendo de naturaleza diferente, deben mantenerse distintas en su ejercicio, pues nadie se puede ratificar a sí mismo.

En cuanto a la incorporación del tratado al derecho interno, si estamos ante un acuerdo operativo es suficiente con la aprobación por ley del Congreso y la ratificación del Presidente, en tanto sí se tratase de un convenio no operativo será necesaria una ley del Congreso —además de la ley de promulgación— a los efectos de su aplicabilidad en el derecho interno.

### 4. Tratados ejecutivos

Los tratados ejecutivos son aquellos convenios firmados y ratificados por el órgano ejecutivo sin aprobación o autorización del Congreso.

José N. Matienzo en sus "Lecciones de Derecho Constitucional" define a los tratados ejecutivos como aquellos "Convenios cuyo cumplimiento no requiere legislación alguna, ni afectan la integridad ni la seguridad nacional, ni alteran los derechos individuales, ni importan gastos a cargo del erario Nacional".

En nuestro país se han suscripto en distintas oportunidades tratados ejecutivos o "Convenios en forma simplificada" y han sido admitidos por la jurisprudencia, como por ejemplo en el caso de William Todd sentenciado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se cuestionaba la inmunidad de jurisdicción de que gozaba el sargento norteamericano Todd como consecuencia del tratado ejecutivo celebrado entre la República Argentina y los E.E.U.U.

En el mensaje del 1 de mayo de 1965 ante la asamblea Legislativa el jefe de Estado informó acerca de la concertación de un acuerdo con los Estados Unidos sobre cooperación entre los dos gobiernos para el suministro de equipo, materiales, y servicios militares. Esto confirma la aprobación tácita del Congreso a los acuerdos en forma simplificada celebrados por el Poder Ejecutivo.

Nuestra Constitución no prevé tales tratados y hay quienes han tratado de justificarlos en los poderes propios del Poder Ejecutivo que se desprenden del artículo 86 de la Constitución.

“Si bien los convenios ejecutivos no aparecen especificados en la Constitución de la Unión (E.E.U.U.), su fundamento constitucional está dado por la naturaleza y poderes del Ejecutivo Federal”(6).

Otros autores sostienen que en esta materia se ha producido lo que la doctrina alemana llama una mutación Constitucional. Entendiéndose por tal “Un cambio, en un nuevo sentido, o de un contenido distinto a una interpretación diferente de la Constitución escrita, sin haberse sometido a la Reforma Federal prevista en la misma”.

Ante esta interpretación forzada de las cláusulas Constitucionales y en virtud de la conveniencia de los tratados ejecutivos dada, por la agilización del trámite de aprobación de los acuerdos internacionales, se considera conveniente admitir este tipo de tratados en la Constitución en cuyo caso será necesaria la firma del Primer Ministro y la ratificación del Presidente, sin la autorización previa del Parlamento.

Los acuerdos deben ser eminentemente técnicos no pudiendo en ningún caso sus cláusulas afectar la esfera jurídica de los particulares. Un ejemplo serían los protocolos de menor rango derivados de tratados o convenios aprobados por el Congreso. Visscher sostiene que “el procedimiento cuasi legislativo de la aprobación parlamentaria de los tratados se podría concebir en una época en que los acuerdos internacionales eran excepcionales y llevaban materias de alta política... En la hora actual en que la mayoría de los acuerdos internacionales cumplen una función de administración técnica, este procedimiento se justifica de menor en menor”.

## 5. Delegación de competencias

En un proceso de integración es necesaria la creación de órganos dotados de ciertas competencias supranacionales. En consecuencia, cada Estado a través de su Constitución deberá admitir la delegación de facultades de carácter ejecutivo, legislativo o judicial en órganos supranacionales(C).

El silencio de nuestra Constitución en esta materia puede interpretarse a favor o en contra de la admisibilidad de la delegación. La mesa redonda de Bogotá sobre “La integración de América latina y la cuestión constitucional” ha manifestado que “las disposiciones constitucionales latinoamericanas vigentes que rigen la actuación internacional del Estado, no son incompatibles, en materias de principios, con la atribución de competencias supranacionales”. Incluso algunas constituciones incluyen cláusulas relativas a la integración latinoamericana: Ecuador (art. 6), Venezuela (art. 9), Uruguay (art. 6). Aun así se considera conveniente ante una eventual reforma constitucional admitir expresamente la delegación de facultades ejecutivas, legislativas y judiciales en órganos supranacionales como único instrumento capaz de consolidar el derecho comunitario latinoamericano.

Estas facultades deberían ser cedidas a los órganos comunitarios en condiciones de igualdad y de reciprocidad con los demás Estados.

Una vez delegada la competencia en el órgano comunitario, sus decisiones tendrán validez “erga omnes”.

Aun cuando la “cuestión acerca de su admisibilidad es constitucionalmente dudosa, los Estados latinoamericanos han suscripto tratados o convenios a través de los cuales han delegado facultades en órganos internacionales o comunitarios. Por ejemplo, el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca faculta al Organismo de Consulta a adoptar una o más de las siguientes medidas: ruptura de las relaciones diplomáticas, ruptura de las relaciones consulares, interrupción total o parcial de las relaciones económicas, etc. Por su parte, la Carta de las Naciones Unidas dispone en su art. 108 “las reformas a la presente carta entrarán en vigencia para todos los miembros de las Naciones Unidas cuando hayan sido adoptadas por el voto de las dos terceras partes de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad...” Esta competencia propia de los órganos legislativos nacionales ha sido delegada a pesar de no estar prevista en las constituciones.

El derecho de integración atiende al interés comunitario, distinto del interés individual de cada Estado y a la acción colectiva a través de la cooperación internacional. Por tanto un sistema supranacional importa restricciones a la soberanía de los Estados, que no requieren el consentimiento de estos últimos una vez aprobado el tratado constitutivo del sistema supranacional.

En conclusión, se considera conveniente admitir las transferencias de facultades en condiciones de igualdad y reciprocidad por ley del Congreso con el voto de una mayoría calificada determinando en cada caso cuáles son las competencias delegadas.

Los actos de los organismos comunitarios tendrán efecto “erga omnes” en las relaciones externas o asuntos internos del Estado, salvo cuando violasen expresamente una cláusula de la Constitución, en cuyo caso no serán aplicables en el derecho interno de cada Estado.

A los efectos de evitar una tacha de inconstitucionalidad de los tratados suscriptos por nuestro país será necesario modificar el art. 94 y el art. 100 de la Constitución Nacional admitiendo instancias jurídicas superiores a la CSJN y la delegación de la competencia federal en árbitros internacionales o tribunales jurisdiccionales judiciales o administrativos de carácter internacional.

## VII PARTE DOCTRINARIA

### 1 - Modificación al artículo 5º

El artículo 5to. de la Constitución Nacional establece como primer límite al poder constituyente de las provincias, la necesidad de que sus Cartas Magnas organicen “el sistema representativo republicano”.

El alcance de esta disposición ha sido objeto de dos interpretaciones disímiles:

A — La primera sostenida por quienes entienden que la cláusula tiene por finalidad proscribir el establecimiento de sistemas autocráticos en las provincias. Por lo tanto, los constituyentes provinciales tendrían la posibilidad de elegir sus sistemas de gobierno entre distintos tipos de gobiernos democráticos (presidencialismo, parlamentarismo y formas mixtas).

B — La otra corriente considera que el artículo 5to. debe ser interpretado conjuntamente con las normas de la parte orgánica de la Constitución, interpretación que arroja una nueva limitación para las provincias: éstas sólo pueden organizar un sistema de poderes similar al establecido en la Constitución Nacional. Una forma de gobierno que fije una relación entre los poderes del Estado diferente a lo que determina el presidencialismo, violaría la disposición del art. 5to. que se comenta.

El Consejo considera que la primera interpretación es la correcta. Ello en razón de que:

Las limitaciones que la Constitución Nacional ha impuesto al poder constituyente provincial tienen por objeto asegurar la armonía de todo el sistema. La cohesión del mismo se ve suficientemente resguardada a través de la adopción de sistemas democráticos en las provincias, cualquiera que fueren las relaciones entre sus respectivos poderes de gobierno.

La posibilidad para las provincias de elegir distintas formas de gobierno se compadece con la forma federal de Estado que ha adoptado nuestra Constitución. Sobre todo cuando ella no ha dispuesto en forma expresa ninguna limitación adicional.

Si de la reforma a la Constitución Nacional surgiera un cambio de forma de gobierno, no tendría por qué imponérsele a la provincia la necesidad de adaptar sus Constituciones a esa modificación.

En consecuencia, se propone que en el texto del art. 5to. se establezca que las provincias deben adoptar el sistema representativo de gobierno, el que se verá garantizado a través de distintas formas de relaciones entre sus poderes, siempre que queden a salvo: la independencia del Poder Judicial y el control del Poder Ejecutivo por parte del Poder Legislativo.

## 2 - Artículo 16

Se considera conveniente adoptar el criterio expuesto en el informe de la Comisión Técnica N° 5 del Dictamen Preliminar, con la siguiente modificación del artículo propuesto:

Todos los habitantes son iguales ante la ley y tendrán derecho a un trato igualitario por parte de las autoridades encargadas de su aplicación. No se admitirán discriminaciones por motivos de raza, nacionalidad, religión, opinión o sexo de los habitantes al conceder o establecer un derecho, privilegio, beneficio, excepción u obligación. En caso de que se violare tal prohibición, se presumirá la invalidez del derecho, privilegio, beneficio o excepción pretendidos, o la de la obligación contraída.

Saludamos al Sr. Presidente con nuestra consideración más distinguida.

DR. CARLOS SANTIAGO NINO	SR. ENRIQUE NOSIGLIA
DR. ISMAEL AMIT	DR. JULIO OLIVERA
DR. JOSE ANTONIO ALLENDE	DRA. EMMA PEREZ FERREIRA
DR. GENARO CARRIO	DR. OSCAR PUIGGROS
DR. RAUL DELLEPIANE	DR. ANGEL ROBLEDO
DR. GUILLERMO ESTEVEZ BOERO	RVDO. P. FERNANDO STORNI
DR. RENE FAVALORO	DR. JORGE A. TAIANA
DR. OSCAR E. NICOLAS ALBRIEU	DR. ALFREDO VITOLO
GRAL. BRIGADA (R) RICARDO FLOURET	SRA. MARIA ELENA WALSH
	DR. EMILIO WEINSCHLBAUN

## RESERVA DEL CONSEJERO OSCAR PUIGGROS

SEÑOR PRESIDENTE:

En el dictamen preliminar que este Consejo elevó a Ud. el 7 de octubre de 1986, fijé mi posición en una reserva sobre la oportunidad de la reforma de la Constitución Nacional. Si bien no he cambiado de opinión, considero que el trabajo adjunto constituye un antecedente de alto valor para el estudio permanente de nuestro sistema institucional por la seriedad y competencia con que ha sido elaborado y, sin duda, llama a la reflexión sobre aspectos esenciales de nuestro régimen jurídico público y su eventual perfeccionamiento.

Saludo a Ud. Señor Presidente, con mi más alta consideración y afecto.

BUENOS AIRES, 24 de agosto de 1987

## SINTESIS DEL DICTAMEN

### Introducción

#### 1) REFORMAS AL REGIMEN PRESIDENCIALISTA:

El núcleo de la transformación institucional que propone el consejo es el cambio de un sistema presidencialista por un sistema mixto.

Se consideró en este análisis no sólo la problemática que genera el presidencialismo en su faz teórica, sino también la escasez de pruebas empíricas que apoyen la hipótesis de que nuestro actual sistema es apto para enfrentar graves situaciones de tensión o crisis, controlar el ejercicio del poder sin obstaculizarlo o asegurar la eficiencia en la toma de decisiones.

En suma, el actual régimen no contribuye a garantizar la consolidación definitiva del sistema democrático.

#### 2) FOCOS DE PROBLEMAS DEL SISTEMA PRESIDENCIALISTA

Nuestro desarrollo teórico descubre al menos cuatro focos de problemas en el sistema presidencialista

El primero está vinculado a la canalización de las tensiones políticas, siendo propiedad de un buen sistema institucional el proveer válvulas de escape ante tensiones que van en aumento, de modo de impedir (y no como ocurrió en nuestros últimos 50 años de historia reciente) que se busquen soluciones fuera del sistema. En el sistema actual la concentración de poderes y expectativas en el Presidente hace que las crisis tengan como centro su figura, llegándose al punto en que la única solución posible sea el abandono del cargo. Demás está decir que este abandono del cargo es realmente traumático ya que a la sensación de fracaso se suma el incumplimiento del mandato provocado por presiones de grupos que seguramente son cuantitativamente menores que aquéllos que lo llevaron al poder.

Por otra parte, el remedio constitucional del juicio político es casi impracticable. No sólo es difícil encontrar aspectos concretos de mala conducta o proceder, que fundamenten una acusación, sino que este procedimiento requiere una mayoría tan calificada que es muy difícil de alcanzar sin tener en cuenta que debe requerirse de la participación de legisladores de una misma familia política.

En un sistema parlamentario mixto las soluciones a estas crisis son

menos traumáticas ya que el Primer Ministro y el gobierno son los grandes “fusibles” del sistema que “saltan” frente a situaciones de tensión. Esto es así porque tanto el Primer Ministro como el gabinete requieren de la confianza del Presidente y de los diputados.

La remoción del Primer Ministro y su gabinete no es la única válvula de escape frente a situaciones de crisis que provee el sistema parlamentario o el mixto. Hay varias otras como la disolución de la Cámara de Diputados y el llamado a elecciones anticipadas por parte del Presidente, su intervención excepcional en un asunto serio de gobierno haciendo valer su prestigio en el ejercicio de algunas atribuciones que tiene asignadas, el recurso al Consejo Constitucional para resolver un conflicto de poderes, la convocatoria a una consulta popular, etc. Esta pluralidad de salidas frente a situaciones de tensión o conflicto está dada por el hecho de que este sistema multiplica los jugadores principales del proceso político y le da a cada uno de ellos “cartas de triunfo” que pueden exhibir cuando las otras han fracasado.

El segundo foco de problemas está relacionado con la personalización del poder alimentada por el gran número de facultades que concentra el Presidente de la Nación.

Esta personalización del poder hace el sistema enormemente vulnerable, ya que siendo el Presidente centro de todas las expectativas, cualquier acontecimiento que lo afecte sea de tipo físico o político tiene inmediatas consecuencias sobre el sistema.

Esta es la razón por la cual los distintos sectores sociales intentarán presionar sobre la figura del Presidente para alcanzar sus objetivos, de donde se deduce que la mejor solución a este problema es descentralizar la decisión política en más de un actor.

Otro de los problemas centrales del presidencialismo es el de la sucesión, porque cuando el Presidente debe ser reemplazado por muerte, incapacidad o destitución, el sucesor, vicepresidente electo, es elegido sin tener en cuenta la posibilidad de reemplazo.

Además de estas deficiencias que acarrea la personalización del poder, existe un argumento más general que atribuye la personalización en la política argentina a la influencia de la psicología social hispana en permanente búsqueda de caudillos.

Ahora bien, de ser esto cierto no hay razón para no contrarrestar este fenómeno. Las instituciones deben procurar atenuar esta tendencia que contradice la concepción de una sociedad democrática.

La personalización del poder resultante de la estructura institucional y su corrección por un ordenamiento mixto, con connotaciones propias del sistema parlamentario, no puede afectar a la existencia del liderazgo político que, ejercido dentro del marco de un estado de derecho, con plena vigencia de las libertades públicas, resulta beneficioso para la afirmación del sentido de lo na-

cional, su unidad y su fortalecimiento y para la eficacia de la alta función pública, ya que es sabido que —en cualquier sistema— el consenso que aquél suscita es básico para el éxito en el desempeño de las tareas y de los planes que se llevan a cabo.

Un tercer foco de problemas tiene su origen en las relaciones entre los poderes del Estado.

No son pocas las dificultades que genera un presidencialismo como el nuestro con un sistema electoral y un sistema de partidos que privilegia la cohesión partidaria por sobre el interés de cada legislador de preservar una fuente independiente de apoyo electoral.

Se favorecen así las “mayorías” concebidas, predeterminadas por la disciplina partidaria, que puede pertenecer al partido del Presidente.

En el primer caso el rol de las Cámaras se relativiza pues se limitan a apoyar automáticamente las iniciativas del Presidente.

En el segundo una “mayoría congelada” opositora trata de obstaculizar la tarea ejecutiva, obteniendo más réditos con esta actitud que cooperando.

Por eso algunos constitucionalistas como Juan Linz asimilan el presidencialismo a un juego de suma cero, en el que todo lo que alguien gana lo pierden otros competidores.

Este fenómeno impide el desarrollo de la tarea parlamentaria y el debate público genuino.

En un sistema mixto estas dificultades se reducen enormemente. El sistema tiene la flexibilidad propia que lo torna más presidencialista o parlamentarista según que el Presidente reúna o no la mayoría propia en las cámaras.

Cuando esta coincidencia no se da el Presidente debe necesariamente nombrar un Primer Ministro que pertenezca al partido mayoritario en la Cámara baja. Deberá transferirle al Primer Ministro una parte importante de las tareas ejecutivas, armonizando con el legislativo para poder gobernar eficazmente.

Si, por otro lado, el Presidente cree contar con el apoyo necesario para instrumentar su política, puede disolver la Cámara y llamar a nuevas elecciones.

El sistema propuesto hace más fluidas las relaciones entre los poderes políticos del Estado y entre el oficialismo y la oposición. Esta tiene poder decisorio en la formulación y ejecución del programa de Gobierno. Por otra parte, el Presidente, menos expuesto a los avatares de la política cotidiana, es visto como un interlocutor más imparcial.

El cuarto foco de problemas lo genera la singular forma en que en el sistema presidencialista se generan las coaliciones o convergencias multipartidarias.

La naturaleza, rigidez y extensión del mandato presidencial son un obstáculo para implementar estas alianzas y en caso de concretarse, dichas características del sistema desvirtuarían el pluralismo democrático, generando cuestionamientos de legitimidad sobre el mandato, temores a tendencias “movimientistas”, etc.

Un sistema mixto, en cambio permite (y hasta determina) que se conformen dichas alianzas para hacer frente a la crisis, preservando las individualidades partidarias (y por consiguiente el pluralismo), dado el carácter temporario de los acuerdos. Por otro lado, aún dentro de la coalición pueden existir disensos públicos (que versarán sobre el cumplimiento o no del programa de la coalición), y además, queda salvado cualquier reparo de legitimidad en el mandato (ya que los acuerdos son inherentes a este sistema).

### LA FISONOMIA GENERAL DEL SISTEMA MIXTO PROPUESTO

Para que la superioridad del sistema propuesto se maximice son necesarias ciertas condiciones:

1) Elección popular del Presidente: La legitimidad dada por la elección directa le permitirá cumplir las funciones de garante del sistema y de árbitro en situaciones críticas (un parlamentarismo puro, con un Presidente no electo popularmente, debilitaría su rol en demasía).

2) Genuina responsabilidad del Primer Ministro en la conducción política del país y en la implementación del programa de gobierno.

Para que el Primer Ministro sea un real “fusible”, y cumpla su rol de ejecutor de los acuerdos de la coalición parlamentaria, la ciudadanía debe identificar al gobierno con el Primer Ministro y su gabinete y éste no debe depender exclusivamente del Presidente sino conectarse estrechamente con la Cámara de Diputados (mecanismos no ilusorios de remoción, asistencia periódica a la Cámara, etc.)

3) La distribución de funciones entre Presidente y Primer Ministro, a fin de evitar superposiciones (como ocurre en Francia), debe hacerse concentrando en éste último la responsabilidad central de la marcha del gobierno, y reservando al Presidente facultades cruciales, acotadas y circunscriptas a la preservación de las instituciones y la expresión de los intereses del país (nominación de jueces, embajadores, oficiales superiores de las FF.AA., reenvío de leyes, remoción del gobierno, disolución de la Cámara, etc.)

4) Como mecanismo para solucionar posibles conflictos de competencia debe pensarse en un órgano cuasi-político y cuasi-judicial. Este Consejo constitucional absorberá conflictos que, de otro modo, debería resolver la Corte Suprema, lo que nublaría su imagen de imparcialidad, imprescindible para la defensa de los derechos individuales. Por esta última razón, no es plausible

transferirle al Consejo el control abstracto de constitucionalidad.

5) Necesidad de instrumentar mecanismos para una expresión nítida de la voluntad del electorado: esto exige un sistema de elección presidencial de doble vuelta, la facultad del Presidente de convocar a elecciones anticipadas, la no fragmentación por mitades de la Cámara de Diputados para su renovación, y que ésta se intercale en el medio del período presidencial.

6) Evitar que el gobierno se encuentre permanentemente desafiado exige mayorías calificadas para proponer y aceptar censuras (pero no al extremo de hacerlas ilusorias), límites temporales para reiterarlos, “censura constructiva” (que exige la propuesta de un reemplazante del Primer Ministro que se pretende remover) y la posibilidad de convocar a elecciones anticipadas que desalienten las censuras, cuando no es claro el apoyo de la opinión pública para llevarlas a cabo.

### Poder Ejecutivo

En los regímenes semipresidencialistas es de fundamental importancia delimitar en forma precisa las atribuciones del Presidente de la República de aquellas que le corresponden al gobierno conducido por un Primer Ministro.

De lo contrario, la adopción de nuevas instituciones lejos de posibilitar la consolidación del sistema democrático, podría provocar debilidades en el mismo.

El esquema de poderes contenido en el dictamen importa para el Presidente la atribución de poderes privativos, taxativamente enumerados y otros para los cuales requiere el refrendo del Primer Ministro.

Pero para evitar entonces conflictos de competencia entre ambos, debe encontrarse una fórmula que defina claramente la esfera de competencia de cada uno.

En tal sentido, se ha aconsejado la inclusión en el texto constitucional de una cláusula que asigne al Primer Ministro, todas las atribuciones necesarias para la concreción de la política general de la Nación, y para asegurar la continuidad y buen funcionamiento de la Administración Pública.

Se concentraría por lo tanto, en el Primer Ministro, la responsabilidad central de la marcha del gobierno sobre todas las áreas, reservando para el Presidente facultades cruciales para la preservación de la continuidad de las instituciones, pero acotadas y circunscriptas.

El Presidente debe ser custodio del cumplimiento por parte del gobierno del programa acordado con la Cámara de Diputados. Sin tener injerencia formal en su implementación, debe contar con ciertos “botones rojos” a accionar cuando crea que el programa esté siendo seriamente desnaturalizado o el sistema esté en peligro (remoción del gobierno, disolución de la Cámara, reenvío de leyes al Parlamento, etc.).

Además debe ejercer todas aquellas funciones que no interfieran con el sesgo partidario de la política de gobierno, sino que sean expresión de intereses permanentes del país (como la nominación de jueces, oficiales superiores de las fuerzas armadas y embajadores). Sus tareas específicas entonces, quedan asociadas a la representación de la unidad, independencia y continuidad de la Nación.

Este sistema hace mucho más fluidas las relaciones entre los poderes políticos del Estado y entre el oficialismo y la oposición. Esta tiene injerencia en la formulación del programa de gobierno y en la elección de los responsables de su ejecución. Además de su relación inmediata con el Primer Ministro y su gabinete, en el mismo ámbito parlamentario, la oposición tiene un interlocutor más imparcial en la persona del Presidente de la Nación. La posibilidad de tener injerencia en el gobierno, por último, favorece que la oposición y el oficialismo no entren en una dinámica de "juego de suma cero" sino que tengan suficientes estímulos para participar en un esquema de cooperación.

### LA POTESTAD REGLAMENTARIA

La Constitución Nacional en el art. 86 inc. 2 faculta al Poder Ejecutivo a dictar "reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias", a esta facultad se la ha dado en llamar Potestad Reglamentaria.

Dada la naturaleza de la Potestad Reglamentaria parece en principio claro, que, si el Primer Ministro en el sistema propuesto es quien tiene a su cargo la "coordinación y dirección del gobierno", es a él a quien se le debe atribuir esta facultad.

En tanto el Primer Ministro ejerce la función administrativa debe disponer del medio eficaz que le permita poner en marcha sus facultades constitucionales otorgadas y para ello necesita la Potestad Reglamentaria.

Se sugiere modificar el texto del inc. 2 del art. 86 de la Constitución estableciendo, que el Primer Ministro podrá dictar reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación cuidando de no alterar sus disposiciones.

Específicamente sobre los llamados reglamentos de necesidad y urgencia, nuestra propuesta consiste en incluir en la Constitución Nacional como una facultad conjunta del Primer Ministro y el Presidente el dictado de este tipo de reglamentos. Entendemos que ciertas circunstancias de extrema gravedad o fuerza mayor, de marcada complejidad, justifican la arrogación de competencias legislativas —en principio vedadas al Poder Ejecutivo— por parte del Presidente con refrendo del Primer Ministro. Constituye una excepción al principio de separación de poderes, el cual tiene por fundamento evitar

la suma del poder y la transgresión de los derechos individuales, no debiendo afectar la unidad del ordenamiento jurídico (8).

Es conveniente prever en la Constitución el dictado de tales reglamentos por cuanto en la actualidad se discute su constitucionalidad así como también la validez y legalidad.

Tales reglamentos, en principio, podrán versar sobre cualquier cuestión de naturaleza legislativa salvo la reglamentación de los derechos y garantías individuales consagrados en la Constitución, creación de impuestos y legislación penal, por cuanto en estas materias no podrá inmiscuirse el P.E. a través de la aprobación de reglamentos de necesidad y urgencia.

Creemos que aún cuando estuviese en sesiones el Parlamento, el Presidente y el Primer Ministro podrán hacerlo por cuanto ciertos hechos, reclaman una respuesta inmediata sin dilaciones de ninguna naturaleza. Sin perjuicio de esto, deberá enviarse el decreto inmediatamente a las Cámaras para su ratificación o derogación a través de una ley denominada "Ley de Conversión". Si el Congreso estuviese en receso se lo deberá convocar al sólo efecto del tratamiento del decreto en cuestión.

Si el P.E., no enviase inmediatamente el reglamento al Parlamento, las Cámaras podrán autoconvocarse a fin de tratarlo.

El Congreso podrá confirmarlo o no en un plazo de 90 días. Hasta tanto no se manifestase, el decreto tendrá vigencia.

En caso de modificación o derogación por parte del Poder Legislativo sus efectos serán hacia el futuro y no con carácter retroactivo.

### FUNCION COLEGISLATIVA

Se entiende por función colegislativa a todas aquellas atribuciones del Poder Ejecutivo relacionadas con el procedimiento de formación y sanción de las leyes.

La misma está comprendida por tres tipos de actos de gobierno, a saber: la iniciativa legislativa, el veto y, por último, la promulgación.

En nuestro actual orden constitucional no existen dudas en cuanto a quién es el titular de esas atribuciones, ya que ellas recaen naturalmente en el Presidente de la República. En tanto que la reforma que proponemos incorporar la figura de un Primer Ministro, se hace necesario determinar en el nuevo ordenamiento a quién le competen estas facultades.

Creemos que en cuanto a la iniciativa legislativa, entendida como la facultad de presentar proyectos ante el Congreso, esta debe ser estimulada ya que resulta beneficiosa toda medida que aliente la labor parlamentaria. Por lo tanto, se recomienda que la iniciativa legislativa pueda ser ejercida indistintamente por el Presidente o por el Primer Ministro respecto de todo tipo de materias.

En lo que hace al veto, que es el acto por el cual el Jefe de Estado puede abstenerse de promulgar un proyecto de ley aprobado por el Congreso, este punto también debe ser reconsiderado de reformarse la Constitución.

En un régimen con un Poder Ejecutivo bicéfalo consideramos que es el Presidente quien debe mantener la potestad de vetar las leyes. Se podrán diferenciar, de cualquier modo, los alcances del mismo si se hace con refrendo del Primer Ministro o si, por el contrario, se ejerce sin su adhesión.

No entraremos a explicar aquí los modos específicos que tomarían cada una de estas formas. En el dictamen a publicarse se prevén los alcances de cada caso de manera detallada.

Por último, en lo que hace a la facultad de promulgar leyes, ésta no puede pertenecer a otro órgano que al que tiene la capacidad de vetarlas. El Presidente entonces debería concentrar la facultad tanto de veto como de promulgación de las leyes.

## EL SISTEMA SEMIPRESIDENCIALISTA Y LOS PODERES MILITARES

El sistema que se propone en el dictamen del Consejo requiere redefinir las atribuciones del Presidente en materia militar adecuándolas a la nueva estructura constitucional. En líneas generales, el Presidente simboliza la representación de la Nación en el plano externo y su unidad en el interno, actúa como mediador entre los poderes del Estado y entre éste y la sociedad. El Primer Ministro es el encargado de diseñar la política del gobierno e implementarla.

En materia militar hay que considerar tres variables fundamentales: las líneas de autoridad, la política militar y de defensa y los nombramientos militares.

Estas tres actividades se han distribuido de la siguiente manera:

Se ha considerado que el Presidente mantenga la jefatura de las Fuerzas Armadas, quedando a su cargo las facultades de entender como última instancia respecto de recursos interpuestos contra decisiones de autoridades militares, de formular las órdenes específicas en el marco de la política militar y de defensa, de ejercer los denominados poderes de guerra y la facultad operacional en tiempos de paz y de guerra. Las otras funciones que ejerce el Presidente en su carácter de Comandante están vinculadas con la política militar y de defensa, las cuales competen al gobierno, por lo que las decisiones relativas a las mismas requieren el refrendo del Primer Ministro.

La política de defensa y su variable militar forman parte de la política general del gobierno, ya que se relacionan con otras áreas tales como Relaciones Exteriores y Economía. Por ello es lógico que su formulación quede a cargo de quien está al frente del gobierno. Esto le confiere al Primer Ministro y por delegación al Ministro de Defensa la facultad de ejercer las funciones

relacionadas con la administración de las Fuerzas Armadas, es decir, las cuestiones relativas al presupuesto, alistamiento, formación y educación de los cuadros, etc.

En cuanto a los nombramientos militares se ha considerado oportuno que el Presidente retenga las facultades contempladas en el art. 86 inc. 16 de la Constitución Nacional, es decir el nombramiento de los oficiales superiores de las Fuerzas Armadas, manteniendo el acuerdo de la Cámara alta. Los demás nombramientos quedan a cargo del Primer Ministro.

## Poder Legislativo

Se busca un sistema más dinámico conforme a los objetivos propuestos en la Constitución vigente.

En tal sentido se proponen medidas como la aprobación ficta de las leyes y la aprobación en comisión.

La reforma principal está dada por la diferenciación de materias en las cuales la Cámara de Diputados será la Cámara de origen y aquellas en que actuará como tal la Cámara de Senadores.

Para la generalidad de la legislación será Cámara iniciadora la Cámara de Diputados, en tanto que, para aquellas cuestiones que hagan a la autonomía o autarquía de las Provincias, lo será el Senado.

De esta manera se privilegia el rol del Senado como representante de las Provincias; en tanto queda reservado a la Cámara de Diputados el impulsar la modificación y sanción de la legislación general.

Se ha hecho alguna crítica al primer dictamen en tanto es solamente la Cámara de Diputados la que interviene en la designación y remoción del gobierno del Primer Ministro; lo cual según se ha dicho debilitaría el Federalismo.

Esto no es así, se trata justamente de dar mayor estabilidad y sentido de permanencia al Senado; por cuanto el Presidente no puede disolverlo, lo que sí puede hacer con la otra Cámara.

Por otra parte, y como un elemento más que propende a la jerarquización de este cuerpo, se considera conveniente que los expresidentes de la Nación se constituyan en Senadores vitalicios, con voz pero sin voto para no afectar el equilibrio de las representaciones provinciales.

## EL SENADO Y EL FEDERALISMO

Existe un gran desequilibrio económico entre las diversas provincias, situación que, no se soluciona simplemente modificando leyes sino que exige una política de crecimiento armónico e integrado del país. El gobierno nacio-

nal debe cumplir un rol activo en la distribución y asignación de recursos.

Resulta muy difícil precisar en un texto constitucional aspectos puntuales de una política económica; por la cual deberán establecerse principios generales.

Sí, en cambio, resulta posible establecer mecanismos y procedimientos para que la discusión y armonización de intereses tengan un ámbito de negociación institucionalizado.

La reforma constitucional debe convertir al Senado de la Nación en el órgano fundamental del federalismo argentino. Allí deberán discutirse las cuestiones impositivas, las regalías a las provincias por la explotación de sus recursos naturales, los planos de fomento regional, el Código de Minería, etc.

### DELEGACION LEGISLATIVA

Dada la complejidad técnica que hoy tienen muchas materias, se propone la delegación legislativa de algunas cuestiones específicas como ya ocurre en la práctica y como hay muchos ejemplos en el derecho comparado.

Se trata de que el Congreso, mediante una habilitación legal, faculte al ejecutivo a legislar sobre una materia determinada.

Tal delegación implicará también una facultad reglamentaria. La habilitación por parte del Poder Legislativo garantiza la separación de poderes.

Al mismo tiempo habrá materias delegables y otras, que por sus características nunca podrán serlo.

### Poder Judicial

La Corte Suprema ha contribuido al reconocimiento y paulatino afianzamiento de los derechos y garantías individuales. Por consiguiente una reforma constitucional deberá introducir modificaciones sólo tendientes a modernizar y agilizar sus facultades.

El gran número de casos que la Corte debe decidir, muchos de los cuales no presentan ninguna cuestión de índole constitucional, ha ocasionado que bajase el nivel de los fallos. Con el fin de que la Corte pueda preservar su rol como guardiana de derechos y garantías y último intérprete de la Constitución, consideramos conveniente otorgarle la facultad de seleccionar cuáles son los casos que resolverá y cuáles rechazará en virtud a los principios involucrados y el interés público en juego.

Nuestro sistema no contempla la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema para los jueces inferiores, quienes, sin embargo, las adoptan por su autoridad moral. Cuando esto no sucede se puede igualmente acudir a la Corte para obtener su pronunciamiento; con un gasto innecesario de recursos y esfuerzo. Consideramos que los principios sentados por la Corte en

sus decisiones sobre un punto de nuestra Constitución deben ser aplicados a todos los que se encuentran en iguales condiciones, conforme lo exige el principio de igualdad. Por consiguiente, consideramos que las sentencias de la Corte Suprema deberán ser obligatorias para los tribunales inferiores.

### Consejo Constitucional

El sistema semipresidencialista propuesto incorpora nuevas instituciones y genera nuevas relaciones entre los titulares del poder que es necesario controlar y arbitrar. Así, se deben distinguir cuáles son las atribuciones del Presidente y cuáles las del Primer Ministro, e igualmente con respecto a las atribuciones de las Cámaras del Congreso.

La intervención de la Corte Suprema en este tipo de conflictos que implican una suerte de arbitraje entre los poderes puede conducir a borrar la frontera entre la administración de justicia y las cuestiones políticas. Si consideramos fundamental su función de guardiana de los derechos individuales no es prudente enfrentarla con este tipo de conflictos que podrían debilitar su prestigio.

Proponemos, la creación de un órgano independiente, el Consejo Constitucional, cuya función sea resolver los conflictos de poderes que resulten del nuevo esquema de organización del gobierno. Este Consejo estará integrado por nueve miembros, nombrados un tercio por el Presidente de la Nación, un tercio por la Cámara de Diputados y un tercio por la Cámara de Senadores.

Los miembros deberán reunir los mismos requisitos que para ser Ministro de la Corte, y su cargo será compatible con todo mandato representativo, con cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político, con el ejercicio de la carrera judicial y con cualquier otra actividad profesional o comercial.

Podrán recurrir ante el Consejo Constitucional el Presidente de la Nación, el Primer Ministro, un número determinado de Senadores o de Diputados, así como los gobiernos provinciales cuando se tratare de conflictos entre las provincias y el Estado Federal.

En ningún caso le corresponderá al Consejo Constitucional el control sobre los derechos individuales que seguirá a cargo de las leyes y de la Corte Suprema, quedando limitada su función a resolver conflictos de competencia y el control de cuestiones federales.

### Temas complementarios:

Finalmente se hacen observaciones respecto de algunos temas puntuales. Se destacan los intentos legislativos existentes para incorporar una fi-

gura existente en el derecho comparado como el ombudsman o comisionado de la legislatura. A las características de nuestro sistema se añadiría una cuestión de compleja concreción; teniendo en cuenta que ya existe un órgano como la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas a la cual se podría optimizar.

En cuanto al artículo 5 de la Constitución, que prescribe que las constituciones provinciales se deben organizar bajo el sistema representativo republicano; es opinión del Consejo que esto se refiere a prohibir la instalación de regímenes autocráticos en las mismas pero no a indicar que tengan la misma forma de gobierno que el Estado Federal. De tal modo que si la Constitución Nacional adoptara el parlamentarismo, no necesariamente las provincias deberían hacer lo mismo.

En cuanto al artículo 16, se considera conveniente adoptar el criterio expuesto en el informe de la Comisión Técnica N° 5 del Dictamen Preliminar, con la siguiente modificación del artículo propuesto:

Todos los habitantes son iguales ante la ley y tendrán derecho a un trato igualitario por parte de las autoridades encargadas de su aplicación. No se admitirán discriminaciones por motivos de raza, nacionalidad, religión, opinión o sexo de los habitantes al conceder o establecer un derecho, privilegio, beneficio, excepción u obligación. En caso de que se violare tal prohibición, se presumirá la invalidez del derecho, privilegio, beneficio o excepción pretendidos, o la de la obligación contraída.

## SINTESIS EN INGLES

### **Reform concerning the presidential system**

The main point of the institutional transformation proposed by the Council is to change our presidential system of government for a "mixed" system.

In this analysis, we have not only considered the theoretical foundations and consequences of the presidential system but also the absence of sufficient empirical evidence showing it to be adequate for dealing with tensions or crises, for controlling the exercise of power without infringing on the efficiency of the decision-making process and so forth.

An exposition of the reasons for which we include that the present system does not contribute to the definite consolidation of the democratic system now follows.

### **Problems of the presidential system**

In the course of our research, we have uncovered at least four focuses of problems a presidential system harbors.

The first is caused by its inability to channel political tensions as a adequate institutional system should. In the last 50 years of Argentine history, there has often been a recourse to solutions outside the system. Currently, the concentration of power and the expectations in the President causes him or her to be the central figure in times of crisis. Thus the solution to crises may require in some instances his or her abandonment of office. It is obvious that such a resignation must be traumatic; this is not only because of the sense of failure, but also because the inability to complete his or her tenure is caused by pressure groups which are certainly less in number than the people who brought him or her to power.

A possible remedy to ameliorate tensions within the current framework would be the impeachment of the President. But this remedy is almost impracticable. Not only is it difficult to establish sufficient evidence of misconduct, but also it seems implausible that a legislative majority will support these proceedings for members of the President's party would have to be part of it.

In contrast in a "mixed" system, the solutions for those kinds of problems are less traumatic because the Prime Minister and the Government serve as "circuit breakers" that "break" in cases of tension. This is due to the dependence of the Prime Minister and the Government on the confidence of the President and the Representatives.

The removal of the Prime Minister and his or her cabinet, which a

parliamentary or mixed system provides, is not the only escape valve in a crisis situation. There are others resulting from the fact that this system multiplies the number of main political players; the system also gives each a "trump card" which can be used when others have failed. For instance recourse can be had to the dissolution of the House of Representatives and the call for new elections by the President, the latter's intervention in serious governmental problems utilizing the prestige earned by him or her in the exercise of constitutional powers, the calling for a plebiscite and the recourse to the Council for Constitutional Affairs when conflicts among the branches of government are at issue and so forth.

The second focus of problems is caused by the personalization of power promoted by the amount of powers and discretions vested in the President of the Nation.

This personalization of power makes the system vulnerable because expectations are centered on the President. Thus when the President is politically or physically impaired, the entire system is adversely affected.

That is the reason why certain societal sectors tend to exercise pressure on the President in order to achieve their goals.

A related problem occurs at succession. When the President is replaced because of death, incapacity or dismissal, the Vice-President takes office without having created a consensus analogous to that previously existing under his or her predecessor.

It is worth noting here that it has been argued that the tendency towards personalization in Argentina politics is produced by a Hispanic social psychology in constant search for "caudillos". Even if this argument has merit, no reason exists to change that phenomenon. Institutions have to permanently endeavor to minimize those societal tendencies which contradict the very conception of a democratic society.

There is no danger to political leadership in these changes. If it is exercised within the framework of the rule of law, with full-fledged civil liberties, it promotes national pride and unity as well as efficacy in governing for the latter can only exist where consensus about leadership prevails.

The third focus of problems revolves around the relations among the branches of the State. Numerous difficulties arise in a system with an electoral regime and an organization of parties that put a premium on party cohesiveness which in turn prevails over the legislators desire to maintain independent bases of electoral support.

Some scholars such as Juan Linz compare this type of system to a zero-sum game, in which everything gained by a player is lost by the others. In Argentina this occurs insofar as predetermined majorities in the Legislature are created by party discipline.

When that predetermined majority belongs to the President's party,

the function of Congress is undermined. Given the control exercised by the President as leader of the party, the legislators, under the threat of hampering their political fortunes, feel the need to automatically support presidential initiatives.

When the opposite situation occurs, a "frozen majority" tries to obstruct executive tasks and ideas for only with the fall of the government can it hope to enact its own agenda. Even if the Executive's proposals are palatable, the opposition's legislators must stay "in line", so as to save face in front of their party leader.

This phenomenon thwarts the development of parliamentary tasks and the objective analysis of projects. It promotes an atmosphere of distrust and ill-will that does not benefit society.

In a mixed system these patterns of behavior are considerably reduced. The system has an inherent flexibility which alternatively emphasizes Presidential or Parliamentary aspects, depending on the prevailing majorities in the Congress.

If the President names a Prime Minister from his or her own political family, the system would take on the most important traits of Presidential systems: no great contradictions in the execution of policy can be expected among them, specially if one keeps in mind that the President may always remove the Prime Minister.

When the majority in the Lower House belongs to another party, the President is compelled to name a Prime Minister from that party. He or she will be forced therefore to vest a number of important tasks in the Prime Minister in order to maintain an efficient government. Of course, if the President thinks that he or she has sufficient support to carry out his or her policies, the Lower House may be dissolved and new elections called for.

In short, the proposed system would improve the relations among the branches of the State, and between government and opposition. This would have a decisive influence in the formulation and implementations of policy. Further by shielding the President from day-to-day politics, he or she would be regarded as a more impartial interlocutor by the Nation.

The fourth focus of problems arises out of the fact that presidentialism disfavors the generation of coalitions and multiparty convergences because of the nature, rigidity and extension of the presidential mandate. The above infringes on democratic pluralism, raises questions of legitimacy and breeds "movimientos", among other unpleasant results.

A mixed system, in turn, allows for the formation of the said alliances while maintaining the personalities of the parties involved — and consequently democratic pluralism — due to the temporary nature of the agreements. Also, controversies within coalitions (with respect to the compliance or non-compliance

of the agreement) may be aired. Finally, no doubt as to the legitimacy of the mandate exists since those agreements are well-contemplated by the system.

### **The general character of the proposed mixed system**

#### **1) Election of the President by the People.**

The legitimacy due to the direct election will permit the President to serve as guarantor of the system and as an arbitrator in critical situations. In a pure parliamentary system, such a role would not be possible since the Prime Minister is always in the center of controversy.

#### **2) Genuine responsibility of the Prime Minister in the Conduction of Policies and the Implementation of Government Programs.**

In order for the Prime Minister to be a real "circuit breaker", and to ensure that he or she will execute the agreement of the parliamentary coalition, the public has to identify the government with the Prime Minister. His or her cabinet cannot depend exclusively on the President. It must establish connections with the House of Representatives (through mechanisms for his or her removal, periodic appearances before the House and so forth).

The distribution of functions between the President and Prime Minister must be made clear so as to avoid superimpositions (such is the case of France). The Prime Minister should have the main responsibility for governing. The President in contrast must exercise only crucial and circumspect functions related to the institutions and well-being of the State, such as the nomination of judges, ambassadors and the highest officials of the Armed Forces, the dissolution of the Lower House, etc.

#### **3) Establishment of a Council on Constitutional Issues.**

This quasi-political and quasi-judicial body must be established to resolve conflicts which the Supreme Court often solves. This diffuses the latter's image of impartiality. Since this impartiality is required for the defense of individual rights, it is not plausible to transfer to the Council and open-ended power of decision on all questions concerning constitutionality.

#### **4) Creation of Mechanisms for the Clear Expression of the Will of the electorate.**

A system of ballottage for the election of the President, power for him to call for new elections, the non-fragmentation of the House of Representatives during its renovation, the insertion of those elections within the Presidential term are quite necessary.

#### **5) Avoidance of Continuous Challenges to the Government.**

Qualified majorities for the proposal and acceptance of criticisms should be required, time-limits put for reiteration, and early elections should be made available to discover if such criticism responds to public sentiment.

### **The executive branch**

In semi-presidential systems, it is of utmost importance to delineate precisely the functions of the President and those of the Prime Minister and his or her government.

This scheme is established in the Dictamen, but we now discuss it in more detail.

It is recommended that a clause be included in the Constitution to assign to the Prime Minister all the necessary powers for the realization of national policy. All those powers relating to the maintenance of institutions and the continuity of the Nation should be explicitly assigned to the President; for instance, the nomination of judges, ambassadors and the highest military officers.

The President has to be the custodian for the compliance by the Government with the program agreed to by the House of Representatives. Although he or she may not directly intervene in the implementation of the said program, some "red buttons" should be in place if the program is distorted or is in danger. That is why he or she should have the power to dissolve the Lower House and so forth.

In the end, such a system should promote a better relationship among all those involved in the government of the State, providing sufficient incentives for cooperation and avoiding the risks of a zero-sum game.

### **The power of regulation**

The Argentine Constitution (Art 86, Sec. 2) empowers the Executive branch to implement "regulation which is necessary for the execution of the Laws of the Nation, which shall not alter their spirit". We suggest a modification of that section in order to allow the Prime Minister to introduce all necessary regulations for the execution of the laws. He or she will be engaged in administrative tasks and thus needs this power to do so efficiently.

Emergency Regulations would constitute the only exception. They should be issued by the President with the Support of the Prime Minister. At first sight it seems that emergency regulations can deal with any subject except individual rights and guarantees set out in the Constitution, taxation and criminal law.

If Congress is in session, the President and the Prime Minister should ask that body to ratify or repeal the measure. (Any modification or repeal will not have a retroactive effect. This may be done through a "Law of Conversion". If Congress is in recess, it must be convened in order to consider such subject-matter. If the Executive does not send the law to Parliament within 90 days of its promulgation, the Parliament should be allowed to convene out of its own volition.

### **The semipresidential system and the military powers**

The system set out in the Dictamen requires a redefinition of the powers of the President concerning military issues. Three issues stand out as the most important: lines of authority, military and defense policy and personnel nomination.

We think that the President should continue as head of the Armed Forces and as final authority in issues of military significance. He or she should also be able to give specific orders with respect to operations in war and peace.

Defense policy however should be in the hands of the Prime Minister. Though the Prime Minister will have the decisive power in this area some power may be delegated to the Minister of Defense.

The nomination of the highest military officials should be in the hands of the President. All other nominations should be left to the Prime Minister.

### **The legislative branch**

The main reform consists in differentiating between those areas in which the House of Representatives will originate legislation and those in which the Senate will be responsible for.

It is our opinion that the House of Representatives should have the legislative initiative in most areas. The Senate however should deal with those subjects that affect the interests of the Provinces.

The first Dictamen was criticized for suggesting that only the House of Representatives should intervene in the removal of the Prime Minister. This proposal was deemed to weaken federalism.

We disagree with our critics. Aside from what has already been mentioned above and what follows in the next section, it is clear that the proposed system will give greater stability and prestige to the Senate for the President will not be able to dissolve it. The fact that former Presidents of the Nation can become senators for life with voice but no vote will further enhance its stature without altering the fact that its members are to represent the Provinces only.

### **The Senate and Federalism**

Economic inequalities among the Argentine Provinces abound. This unhappy situation cannot be modified solely by the modification of laws. Policies to promote nation-wide economic development must be devised instead.

The reform seeks to make the Senate the principal instrument of Argentine Federalism in this area among others. With respect to specific issues such as the distribution of taxes, concessions for the Provinces for the exploitation of natural resources, planning for development and relevant codes, we shall address ourselves at a later stage.

### **Delegation of Legislative Powers**

Given the technical complexity involved, we propose delegation to occur only on very well — defined issues — a common practice with many examples in foreign law. Because the regulation power will be vested in the Legislature the fact that Congress may delegate parts of it to the Executive in no way will affect the distribution of powers among the governmental branches.

### **The Judiciary**

The Argentine Supreme Court has contributed to the gradual establishment of individual rights and guarantees. Therefore, the constitutional reform should introduce modifications which only tend to modernize and facilitate its functioning.

Given the large number of cases before the Court, most of which are of no constitutional import, a decrease in the number of cases decided has been observed. In order for the Court to function as the guardian of constitutional rights and guarantees and main interpreter of the Constitution, we recommend that the Court have discretion in selecting and rejecting cases by virtue of the principles involved and the public interest.

Our present system does not contemplate decisions by the Supreme Court to bind inferior courts. The latter adopt those opinions because of the Court's moral authority. We consider that the legal principles set out in the Supreme Court's decisions on the Argentine Constitution should be applied to all those cases which involve similar circumstances as a manifestation of the principle of equality. Besides such a change would avoid the waste of time and resources inherent in the constant appeals to the Supreme Court when a lower court does not abide by the Court's reasoning.

### **The Council on Constitutional issues**

The proposed system incorporates new institutions and generates new relationships and decision-makers. These new relationships have to be controlled.

As explained previously, the intervention of the Argentine Supreme Court as arbiter of these relationships would be unwise.

We propose the creation of an independent body, the Constitutional Council. It would consist of nine members, one-third of them designated by the President, another third by the House of Representatives and the last third by the Senate.

The members of the said Council should have the same qualifications required of the justices of the Supreme Court, but their office should be compatible with the exercise of any kind of representative mandate, administrative

or political positions in the State or in parties, or any other professional activity.

The President, the Prime Minister and a certain number of senators or representatives should have recourse to the said Council. The Provincial Governments should have the same right when a conflict between the Provinces and the Federation is at hand.

In no case will the Constitutional Council exercise control of individual rights.

#### **Additional issues**

We would like to make some further observations. The possibility of giving constitutional rank to some type of Ombudsman or Commissioner of the Legislature has been explored. This would imply considerable complexities. Further a similar organ already exists, the *Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas*. Instead of providing for that new organ, this agency should be restructured to perform more efficiently.

Second, Article 5 of the Constitution holds that the Provinces must have republican constitutions. In the opinion of this Council this only prohibits the establishment of autocratic regimes and not that the Provinces experiment with different variants of republicanism. Thus, the Provinces will not have to change their Constitutions in order to be in line with the new Fundamental Law of the Nation.

Third, we propose that Article 16 of the Constitution be modified to read:

“All citizens are equal before the law, have the right to be equally treated by the authorities entitled with its application. Discrimination shall not be accepted on grounds of race, nationality, religion, opinion or sex. Neither shall said criteria establish a right, privilege, benefit, exception or obligation. In cases where this prohibition is violated, the invalidity of the right, privilege, benefit, exception or obligation is to be presumed.”

This will be in harmony with the criteria set out in the report by Technical Commission N. 5 in the Dictamen Preliminar.

## **ANEXOS**

### **I**

#### **Poder Ejecutivo**

##### **A - EL REGIMEN SEMIPRESIDENCIALISTA EN LA CONSTITUCION DEL PERU**

La nueva Constitución peruana (1979) contiene dentro de la organización y estructura del Poder Ejecutivo, un sistema de tipo bicéfalo que parecería asemejarse al régimen semipresidencialista clásico, cuyo paradigma es la Constitución francesa de la V República, ya en la cual se encuentran separadas, en personas diferentes, las funciones de Jefe de Estado y de Jefe de Gobierno.

Esta proximidad al sistema semipresidencialista puro (o francés) es sólo aparente, ya que en el Perú una misma persona ejerce la jefatura del Estado y la Jefatura del Gobierno; aunque en la Constitución peruana existe la figura de un Jefe de Gabinete, cual es el Presidente del Consejo de Ministros. (art. 215).

“El Presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la Nación” (art. 201); y entre sus atribuciones y obligaciones está la de “dirigir la política general del Gobierno” (art. 211, inc. 3ro). De allí resulta que más allá de las apariencias formales el sistema peruano es en los hechos un sistema presidencialista. Podríamos calificarlo de “presidencialismo atenuado” por contar con un Jefe de Gabinete o Presidente del Consejo de Ministros que interviene proponiendo al Presidente de la República la designación o remoción de los demás Ministros (art. 216).

Claro resulta ver que aquí las atribuciones del Presidente de la República son muchas y muy extensas, en tanto que las del Presidente del Consejo de Ministros son muy pocas. Este Jefe de Gobierno en nada se parece al Primer Ministro de los sistemas parlamentarios puros ni a los jefes de gobierno de los sistemas semipresidencialistas, aquí sólo se trata de un Ministro más dentro del sistema presidencialista, que como tal, es designado y removido por el Presidente de la República (art. 215).

En la Constitución peruana los Ministros tienen asignada la dirección y la gestión de los servicios públicos en cuanto competan al Ministerio de su cargo (art. 212); de ello resulta que la competencia respectiva surgirá de la ley de ministerios (art. 214).

De este análisis constitucional resulta que al ser el Presidente del Consejo de Ministros un ministro sin cartera, carecerá de funciones propias en cuanto a la dirección y gestión de servicios públicos y se limitará a presidir el Consejo. En Perú el jefe de gabinete carece de derecho de suceder al Presidente en caso de afección ya que la Constitución prevé dos vicepresidentes en grado sucesivo, elegidos de la misma manera que el Presidente de la República (art. 202). Al Presidente lo sucede el vicepresidente primero y a éste el vicepresidente segundo, y a éste último el Presidente del Senado, quien deberá convocar a elecciones (art. 208).

El Consejo de Ministros tiene las siguientes atribuciones enumeradas en el artículo 218 de la Constitución:

1) Aprobar los proyectos de ley que el Presidente somete a las Cámaras.

2) Aprobar los decretos legislativos que dicta el Presidente de la República.

3) Deliberar sobre todos los asuntos de interés públicos.

4) Las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

En cuanto a la responsabilidad, los ministros pueden ser responsables tanto: a) en forma individual, ya sea por actos propios o por actos del Presidente que refrenden. Aquí podemos observar un dato de este presidencialismo "atenuado" peruano, si lo comparamos con nuestro sistema. En el Perú los ministros tienen responsabilidad por los actos que refrendan, en nuestra Constitución no existe tal responsabilidad más que en el Presidente de la Nación, si bien el refrendo ministerial es obligatorio y si bien también los ministros pueden ser sujetos de un juicio político.

b) Los ministros de la Constitución peruana son solidariamente responsables por los actos delictivos o infractorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente o que se acerquen en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien inmediatamente.

Podemos sintetizar, después de todo este análisis de la función ministerial en la Constitución peruana, que si bien aparenta atenuarse el presidencialismo, en los hechos el Jefe de Gabinete carece de dirección política, carece de propia representación parlamentaria, no ejerciendo la jefatura de gobierno ni tampoco la jefatura de la administración, ya que esta última función también es del Presidente (art. 211, inc. 26). Su función se limita a la de un hombre de confianza que preside las reuniones del Consejo de ministros, aunque el mismo puede ser presidido por el Presidente de la República cuando éste lo convoca, o aún, cuando asiste a las sesiones (art. 215).

En la Constitución peruana el Presidente detenta la totalidad de esas funciones ejecutivas y de gobierno, el artículo 211 las enumera en 26 incisos. El Presidente y los dos vicepresidentes son elegidos por sufragio directo a mayoría absoluta. En mandatos presidenciales de cinco años, sin reelección in-

mediata pero sí después de haber transcurrido un período presidencial. Por su parte, el Presidente del Consejo de Ministros es nombrado y destituido por el Presidente de la República dependiendo la duración de su gestión de la decisión del primero.

## B. EL SEMIPRESIDENCIALISMO. FINES

### *EL PARLAMENTO*

En el artículo 2do. de la Corte se destaca la primacía del Parlamento sobre el resto de los poderes. Dejada de lado esta declaración, en la práctica el poder del Parlamento se traduce en las facultades legislativas, presupuestarias, restando confianza a los ministros y mediante la aprobación de tratados internacionales. Esto permite al Parlamento extender su influencia a todo lo que sea ejercicio de autoridad estatal.

Sin embargo el contrapeso al poder parlamentario lo dan, el sistema de partido y el gran prestigio con el que cuenta la figura presidencial.

El Parlamento es unicameral y cuenta con 200 diputados reelegidos cada cuatro años con la salvedad del caso de disolución de la Cámara por parte del Presidente antes del período preestablecido, tal como sucedió en 1919, 1928, 1929, 1939, 1954, 1962, 1972 y 1975.

### *FUNCIONES*

Si bien la Constitución contiene algunas disposiciones genéricas al respecto, el artículo 17 remite a la Ley Orgánica del Parlamento para determinar "la organización y funciones del Parlamento".

Son básicamente las típicas legislativas y las especiales que fueron encargadas a la Constitución con el transcurso del tiempo.

Dentro del primer grupo se encuentran funciones legislativas presupuestarias, supervisión de las finanzas públicas y el otorgamiento y restricción de confianza a los ministros. También el Presidente tiene iniciativa legislativa. Como Jefe de Gobierno envía proyectos para su consideración (en la práctica los proyectos importantes provienen del ejecutivo). En segundo lugar la aprobación de una ley del Parlamento requiere la confirmación presidencial (veto). Pero el Presidente deberá sancionarla si luego de renovada, la Cámara insistiese con el proyecto sin modificaciones. En 63 ocasiones el Presidente vetó una ley y sólo en 5 fue forzado por el Parlamento a confirmar una ley. El artículo 19 establece también que luego de tres meses de elevado un proyecto para su sanción, se considera denegada la misma si el Presidente no sanciona el proyecto.

Además de los poderes respecto de la fijación del presupuesto se encuentra en el artículo 36 de la Constitución el principio de que "los Ministros deben gozar de la confianza del Parlamento", sin embargo la Constitución no especifica cómo debe restarse la confianza. Se considera que no todas las derrotas que el gabinete sufra en la Cámara serán consideradas quita de confianza. Sólo si se pone específicamente el acento en la confianza para una cuestión determinada, sea a propuesta del Gabinete o de la Cámara y si sufre una derrota deberán el Gabinete o el Ministro renunciar.

La forma más directa de expresar la desconfianza es por vía de interpelación. Veinte diputados pueden presentar la requisitoria.

La pluralidad de partidos indudablemente afecta el desarrollo del parlamentarismo pero mucho más lo influencia la fuerte posición del Presidente quien puede resolver aun con el gabinete en contra.

Obviamente el Presidente no es responsable ante el Parlamento. El art. 23 establece que el Presidente será elegido por los nacidos en Finlandia y por término de 6 años. La elección se realiza por vía indirecta mediante electores donde rigen las mismas normas que para la elección de diputados declarándose electo a quien cuente con más de la mitad de los votos de los electores. Se celebrarán hasta dos votaciones más para lograr la mayoría que consagre a un Presidente, en caso de empate se procederá al sorteo.

En caso de impedimento, el Presidente es reemplazado por el Primer Ministro y si este último tampoco puede ejercer la presidencia, el viceministro lo hará. Si el impedimento es permanente se procederá a realizar una nueva elección presidencial.

### *ELECCION Y PODERES DEL PRESIDENTE*

La Constitución consagra explícitamente los poderes del Presidente. Las decisiones del Presidente son tomadas en el seno del Consejo de Estado, aunque debe aclararse que este cuerpo no sólo tiene la función de preparar y avalar las decisiones del Presidente sino que tiene poderes propios en materia administrativa. Pese a esto el Presidente tiene el poder de dictar decretos administrativos de alcance general; cuando nos enfrentamos a decisiones administrativas particulares, la regla se invierte, es entonces competente el Consejo de Estado. Los decretos presidenciales pueden versar sobre implementación de actos, reglamentación, manejo de la propiedad estatal así como decretos que den nueva organización a algún área estatal.

Naturalmente las amplias facultades respecto del dictado de decretos no producen colisión con aquello que sea materia legislativa. Además de los proyectos que puede enviar el Presidente decide sobre otras propuestas que se envían al Parlamento. El más importante de ellos es el envío del presupuesto.

Exceptuando las relaciones exteriores donde la decisión es unipersonal, el resto de las facultades son compartidas con el Consejo de Estado. Esta facultad no se ve sustantivamente afectada por el hecho de que el ministro del área deba conocer en todo lo que sea comunicación con el exterior, ni siquiera por el hecho de que los tratados enunciados por el Presidente requieran de aprobación por el Parlamento.

En la práctica hay un poder muy importante que es el de nombrar en sus cargos a los funcionarios administrativos más elevados, jueces de la Corte Suprema y Tribunal administrativo, jueces de 2da. instancia, gobernadores, obispos y profesores de la Universidad de Helsinki.

Los otros poderes presidenciales son: nombrar su gabinete, ordenar nuevas elecciones, disolver el Parlamento y ejercer la jefatura de las fuerzas armadas. Por último, otorga la nacionalidad y puede conceder indultos.

Con respecto a la administración, el Presidente tiene facultades de supervisión, para lo cual exige informe a titulares de los distintos organismos incluida la posibilidad de ordenar inspecciones a las mismas.

### *CONSEJO DE ESTADO*

El Consejo de Estado está compuesto por tantos Ministros como sean necesarios para las diversas ramas de la administración. El número de Ministros es fijado por ley art. 38.

El Consejo es presidido por el Primer Ministro; en presencia del Presidente, será este último quien presida. Resuelve sobre cuestiones de gobierno y administración, que no hayan sido reservados por la Constitución, ley o decreto al Presidente.

Si hubiere dudas sobre el alcance de competencia dirimirá el Presidente.

Los miembros del Consejo son responsables ante el Parlamento por las medidas administrativas que adopte, aun como partícipes de una resolución adoptada en el seno del Consejo.

Con respecto a la administración, los ministros supervisan dentro de su esfera y adoptan las medidas necesarias para hacer cumplir las leyes, decretos y decisiones del Consejo de Estado.

### *C. EL REGIMEN SEMIPRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCION PORTUGUESA*

En la Constitución portuguesa el Presidente es una figura de cierto simbolismo que representa a la República; es el garante de una independencia nacional, de la unidad del Estado y del funcionamiento regular de las institu-

ciones democráticas. Por inherencia es también el comandante supremo de las fuerzas armadas (art. 123).

La conducción política y la jefatura de la administración no competen al Presidente sino al Gobierno (art. 185), a cuyo frente se encuentra el Primer Ministro. El Presidente de la República, para ser electo, necesita ser propuesto como candidato por un mínimo de 7.500 ciudadanos electores, y por un máximo de 15.000 ciudadanos electores. La elección es directa, se realiza por mayoría absoluta de votos y existe el sistema de doble vuelta. El mandato presidencial es de cinco años.

Por su parte, el Primer Ministro es nombrado y removido por el Presidente de la República, para nombrarlo debe oír a los partidos políticos representados en la Asamblea de la República y tener en cuenta los resultados electorales. La figura del Primer Ministro portugués se elige como la de un verdadero jefe de gobierno, encargado de dirigir la política general y de ser el órgano superior de la administración pública. El Primer Ministro es una suerte de Presidente del Gobierno, el cual también se integra por los demás Ministro, Secretarios y Subsecretarios de Estado.

El gobierno debe celebrar un programa que es sometido a la aprobación de la Asamblea de la República, una vez aprobado el programa, los miembros del gobierno quedan sujetos al mismo. En el programa de gobierno constarán las principales orientaciones políticas y medidas a adoptar o a proponer en las diversas áreas de la actividad gubernamental.

El gobierno es responsable ante el Presidente y la Asamblea de la República. La Asamblea puede votar mociones de censura al gobierno sobre la ejecución de su programa o un asunto relevante de interés nacional; por su parte el gobierno puede solicitar a la Asamblea de la República la aprobación de un voto de confianza sobre una declaración de política general o sobre cualquier asunto de interés nacional.

Son funciones políticas del gobierno (art. 200):

a) refrendar los actos del Presidente de la República; b) negociación de convenios internacionales; c) aprobar acuerdos internacionales y tratados cuya competencia no sea propia de la Asamblea de la República; d) presentar proyectos de ley y de resoluciones a la Asamblea de la República; e) pronunciarse acerca de la declaración de estado de sitio o de estado de emergencia; f) proponer al Presidente de la República la declaración de guerra o la celebración de la paz; g) presentar las cuentas del Estado a la Asamblea de la República; h) practicar los demás actos que le sean adjudicados por la Constitución y por las leyes.

Son funciones legislativas del gobierno (art. 201):

a) dictar decretos leyes en materias no reservadas a la Asamblea de la Repúli-

ca; b) dictar decretos leyes en materias de "reserva relativa" de la Asamblea cuando se cuente con autorización de la misma; c) dictar decretos reglamentarios sin alterar el espíritu de las leyes a las cuales se refieren; d) es de competencia exclusiva del gobierno el legislar en la materia referida a su propia organización y funcionamiento.

Es competencia administrativa del gobierno (art. 202): a) elaborar el plan de gobierno en base a la ley al efecto y hacerlo ejecutar; b) hacer cumplir el ordenamiento jurídico del Estado; c) hacer los reglamentos necesarios para la buena ejecución de las leyes; d) dirigir los servicios y las actividades de la administración directa del Estado civil y militar, supervisar la administración indirecta y ejercer la tutela sobre la administración autónoma; e) practicar todos los actos y tomar las providencias necesarias para la promoción del desarrollo económico-social y para satisfacción de las necesidades colectivas.

Compete al Consejo de Ministros (art. 203): a) definir las líneas generales de la política del gobierno, como también las líneas generales para su ejecución; b) deliberar sobre el pedido de confianza de la República; c) aprobar los proyectos de leyes y resoluciones; d) aprobar los decretos leyes, como así también las convenciones internacionales no sometidas a la Asamblea de la República; e) aprobar el plan de gobierno; f) aprobar los actos de gobierno que impliquen aumento o disminución del gasto público; g) deliberar otros asuntos de competencia del gobierno, ya sea por ley o por ser puesto a consideración por el Primer Ministro o por un Ministro.

Es competencia del Primer Ministro (art. 204): a) dirigir la política general del gobierno, coordinando y orientando la acción de todos los Ministros; b) dirigir el funcionamiento del gobierno y sus relaciones de carácter general con los demás órganos del Estado; c) informar al Presidente de la República acerca de los asuntos concernientes a la conducción de la política interna y externa del país; d) ejercer las demás funciones que le sean atribuidas por la Constitución y por la ley.

Compete a los Ministros: a) ejecutar la política definida para sus Ministros; b) asegurar las relaciones de carácter general entre el gobierno y los demás órganos del Estado, en ámbito de los respectivos Ministerios.

El régimen semipresidencial de la Constitución portuguesa da al Jefe del Estado un nivel de atribuciones que es superior a la de mera regulación en la medida que puede influir sobre el gobierno. El Jefe del Estado está facultado por la propia constitución para revocar al jefe del gobierno por su propia iniciativa, sin que sea necesario la existencia de un voto de censura o de rechazo de una moción de confianza. Para poder permanecer en funciones, el gobierno necesita de la confianza simultánea del Parlamento y del Presidente de la República.

El Presidente portugués, a diferencia del austriaco, del francés y del finlandés, no tiene una atribución amplia para disolver la asamblea parlamen-

taria, sino que, de acuerdo con el artículo 198 n° 2, sólo puede disolverla si ella ha rechazado los programas de gobierno que se le presentan por tres veces consecutivas, lo cual establece una limitación importante a la facultad presidencial.

El Jefe del Estado portugués tiene, además, facultad para convocar la asamblea en sesiones extraordinarias sobre los asuntos que él mismo determina, como asimismo, tiene competencia para fijar el orden del día de la Asamblea. Otra facultad importante del Presidente portugués es su poder de veto sobre las leyes, la asamblea sólo puede superar ese veto por la mayoría de sus miembros; y, en el caso de que las materias se refieran a las leyes electorales, límites de la propiedad pública y privada, defensa nacional o relaciones exteriores, el veto sólo puede ser rechazado por los dos tercios de los miembros presentes de la asamblea. De acuerdo con ese veto, el Jefe de Estado puede bloquear las iniciativas del gobierno o de la asamblea, destinados a introducir modificaciones que no cuentan con el acuerdo del Presidente de la República.

No puede dejar de señalarse que el Jefe de Estado portugués se encuentra en una situación original con respecto a otros regímenes semipresidenciales democráticos, por cuanto la Constitución portuguesa establecía hasta 1983, además de los órganos tradicionales, el Consejo de la Revolución, quien ejercía el mandato de las Fuerzas Armadas y de la revolución del 25 de abril de 1974, para garantizar el funcionamiento regular de las instituciones democráticas y la observancia de la Constitución.

### **Poderes militares**

#### **EXPERIENCIAS COMPARADAS:**

Las soluciones adoptadas por países con sistemas parlamentarias o semipresidenciales, dan sustento a esta propuesta.

#### **1) REGIMENES SEMIPRESIDENCIALISTAS**

##### *—Austria*

El art. 80 de su Constitución establece las bases de esta cuestión:

ARTICULO 80: 1) “El Presidente Federal ostentará el mando supremo (Oberbefehl) del Ejército Federal”.

2) “En tanto en cuanto el Presidente no adopte providencia alguna respecto al Ejército Federal con arreglo a la Ley de Defensa, compe-

te toda disposición en la materia al Ministro federal competente dentro de la autorización que se le haya conferido por el Gobierno federal”.

3) “El poder de mando sobre el Ejército federal será ejercitado por el Ministro federal competente (art. 76, pár. 1)”.

ARTICULO 81: “Se regula mediante ley federal en qué medida los estados habrán de colaborar en la misión de reclutar, mantener y alojar al Ejército y en la satisfacción de sus demás necesidades”.

##### *—Finlandia*

El Presidente es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, en tiempo de guerra tiene “la facultad de transferir a otros el mando” (art. 30 de la Constitución finesa).

El Ministro de Defensa tiene autoridad de administración, no de comando. El Primer Ministro es el Presidente del Consejo Nacional de Defensa, organismo que incluye al Ministro de Defensa, otros cuatro ministros, el comandante de las fuerzas de defensa (cargo que ocupa el oficial más antiguo, responsable ante el Presidente) y el Jefe del Estado Mayor.

##### *—Francia*

El Presidente es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas. Preside: el Consejo de Ministros, el Superior Consejo de Defensa y el Comité de Defensa.

El Consejo de Ministros define la política de defensa.

El Superior Consejo de Defensa es el cuerpo encargado de decidir las acciones dentro del marco de la política de defensa establecida por el Consejo de Ministros. Este cuerpo está integrado por el Primer Ministro y por los Ministros de Relaciones Exteriores, de Defensa, del Interior, de Finanzas y el Secretario General para la Defensa Nacional.

#### **2) REGIMENES PARLAMENTARIOS**

##### *—Alemania Federal*

El Presidente en su carácter de Jefe de Estado es el comandante de las Fuerzas Armadas. Pero el control real es ejercido por el canciller (Primer Ministro) a través del ministro de Defensa, conforme a la modalidad más di-

fundida en los regímenes parlamentarios. De acuerdo a la legislación vigente, el Ministro de Defensa es el comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz: el Primer Ministro ocupa ese cargo en tiempos de guerra.

#### —India

El Presidente es el comandante supremo de las Fuerzas Armadas. Pero en realidad es al Primer Ministro y al gabinete a quienes les compete el efectivo comando de las Fuerzas Armadas. El gabinete es asistido por el Comité de Defensa y asesorado por el Consejo Nacional de Defensa. El Ministro de Defensa es la cabeza de la organización y es responsable ante el Primer Ministro y el Parlamento por la administración y la implementación de la política de defensa.

#### —España

El Rey ejerce el mando supremo de las Fuerzas Armadas. Pero se trata de un mando formal pues todos sus actos deben ser refrendados por el Presidente del Gobierno y por el Ministro del ramo. El gobierno fija la política de defensa.

### Poder Legislativo

#### LA COMISION BOZZI

En abril de 1983 se aprobaron sendos documentos en la Cámara de Senadores y en la Cámara de Diputados del Parlamento Italiano en los que se creaba una comisión bicameral, formada por 20 diputados y 20 senadores nombrados por los presidentes de ambas Cámaras en proporción a la representación parlamentaria, con el objetivo de formular propuestas de reforma constitucional legislativa. La disolución de las Cámaras postergó la tarea hasta octubre del mismo año. A partir de allí la Comisión contó con un año para entregar sus conclusiones a los presidentes de ambas Cámaras. Este plazo fue prorrogado 60 días.

La presidencia de la comisión fue encargada al diputado Aldo Bozzi. La misma presentó una serie de propuestas de reforma constitucional y legislativa, la mayoría de las cuales se adoptaron con un amplio consenso, acompañando asimismo las posiciones diferenciadas de la mayoría en los casos que este consenso no se obtuvo.

#### Carácter general del proyecto de reforma

La Comisión decidió abstenerse de analizar algunas cuestiones denominadas “urgentes” que tenían previo trámite legislativo, como el caso de la reforma a las autonomías locales, el ordenamiento de la presidencia del Consejo y la nueva disciplina de los procedimientos de acusación.

El primer punto que la Comisión debió analizar fue el carácter de la reforma. Por un lado se propuso una reforma que contemplase diversas cuestiones pero que no se alejase de la disposición general de la Constitución de 1948. Por el otro se proponía un cambio más radical del sistema de los poderes públicos, buscando superar la forma de gobierno democrático-parlamentario, encaminando el país hacia una “Segunda República”. Prevalció la primera de las propuestas. Se descartó desde el inicio el proyecto del MSI-DN que proponía un sistema presidencial con un parlamento que refleje las categorías de la producción, confirmando la idea general de la Constituyente de 1948 de un Estado unitario organizado con una forma de gobierno parlamentario, con algunos institutos de democracia directa e institutos de tipo autónomo con el objeto de descentrar el ejercicio del poder mediante el autogobierno de las comunidades de base en sus diversos niveles, en vista a un programa social de progreso.

Con este criterio, la Comisión analizó el desarrollo de la sociedad italiana desde 1948 y el rol de la Constitución en este proceso.

Para la Comisión, la Constitución de 1948 se ha mostrado, en líneas generales, como un instrumento válido para garantizar un cuadro institucional adecuado a las necesidades de la comunidad nacional. El texto constitucional acompañó y fortaleció el carácter democrático del sistema político.

Sin embargo, no se trata de sobrevaluar el rol del sistema institucional, en un proceso que nace del tejido de la sociedad civil y de su evolución en base a la revolución tecnológica, ni de subvalorarlo. En el régimen democrático, sostiene la Comisión, la tabla de valores se entrelaza con los aspectos “procedimentales” y sus reglas tienen significado propio en cuanto introducen normas de convivencia que llevan a resolver los conflictos sociales sin recurrir a la violencia.

Subyace a este diseño el denominado “pacto constitucional”, acuerdo que llevó a las tres líneas predominantes a la postguerra, los católicos, los socialistas y los demócratas liberales, a sostener un sistema que, más allá de los contrastes y contradicciones, permitió la confrontación de las fuerzas políticas y sociales, sin llegar a la ruptura, y en vista a un programa “abierto” y socialmente avanzado contenido en la Constitución.

En el plano institucional, el modelo parece difícilmente reversible, no sólo por el diseño democrático parlamentario, sino también por la inclusión ex novo de mecanismos de peso y de contrapeso, tales como el juicio de consti-

tucionalidad de las leyes por la Corte Constitucional, los referéndum abrogativos de normas legales, el autogobierno de la magistratura por medio del Consejo Superior y la autonomía política legislativa atribuida a las regiones.

La Comisión encontró que, a pesar de las posibles disfunciones, el sistema cuenta aún con una notable expansiva que debe ser encauzada en base a los principios del artículo 3 de la Constitución, según el cual “es el deber de la República remover los obstáculos de orden económico y social que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

La conclusión a la que llegó la Comisión es que si la situación del programa constitucional no está aún cumplido no pueden considerarse superados los objetivos de democracia y de progreso civil y social en los cuales aquel programa se inspiró.

#### *El objeto de la reforma*

Si bien parecería por lo expuesto que la Constitución es aún un instrumento útil en la vida de la sociedad italiana, la Comisión Bozzi sostuvo la necesidad de una revisión del texto, especialmente en su parte organizativa (orgánica) y en aquellos puntos que tengan relación con el “momento gobernante” y sus relaciones entre la sociedad civil y la sociedad política.

Brevemente, la sociedad italiana evolucionó desde una fase sustancialmente estática, prevalentemente en la actividad agrícola, a una fase industrial o postindustrial, caracterizada por una dialéctica articulada y compleja de formaciones sociales fuertemente fragmentadas y de tendencias corporativas, no siempre encauzadas en la unidad en el sistema político. La segmentación de la representación, la consolidación de los poderes locales, la emergencia de corporaciones, la existencia de poderes y contrapoderes dentro y fuera de los partidos políticos llevaron a fenómenos disgregativos en el ordenamiento constitucional, con la amenaza de convertirlo en ingobernable. Los síntomas de estas disfunciones se encuentran en los hechos que suelen abarcarse bajo la “cuestión moral”: la relación negociados-política-criminalidad, la existencia de poderes ocultos, la parálisis de la administración pública, la “crisis de representación”, el creciente rechazo de la política —especialmente por parte de los jóvenes— con correlativas formas de abstencionismo o de verdadera alienación política.

Aquí la comisión señala la necesidad de rever la relación entre los ciudadanos y el sistema institucional, que pasa a través de los mecanismos electorales y el sistema de partidos.

Otro aspecto analizado ha sido la estructura del gobierno. En 1948 la sociedad estaba influenciada por el “temor del tirano”, por lo que se crea-

ron mecanismos descentrados, que en el correr de los años profundizaron una sociedad pluralista y a veces contradictoria, difícilmente gobernable bajo una línea política unitaria. Esta tiene un reflejo en la estructura productiva moderna, que por su naturaleza requiere rápidos mecanismos decisionales y programas generales. A lo que se agrega la creciente internacionalización de la economía que requiere decisiones a niveles supranacionales.

En tanto, tomaron relevancia en Italia formaciones sociales intermedias y los partidos como canal esencial entre los ciudadanos y las instituciones.

Respecto de los sindicatos y organizaciones profesionales surgió el problema de la representatividad de estos organismos, de su democracia interna y el rol de los ciudadanos que en ellos actúan. Es corriente que se señale a la relación entre los partidos y el poder como una de “ocupación”, lo que trajo aparejadas críticas que acusaban al sistema de partidocrático y a los cargos de la administración pública como un objeto de loteos entre aquéllos.

Este estado de cosas trató de subsanarse mediante intervenciones de facto parlamentarias o administrativas. A su vez la escasa eficiencia decisional del Parlamento se intentó suplir con los denominados decretos de urgencia, las sentencias de la Corte Constitucional, la interpretación evolutiva de las leyes por parte de los jueces ordinarios, todo lo cual creó un divorcio entre poder y responsabilidad, cuestión que la Comisión analizó en particular.

En lo que respecta a esta situación, la Comisión sostuvo que es inútil apelar a las buenas intenciones de los hombres como válvulas de las dificultades del gobierno. El estado de derecho reclama justamente “buenas leyes” y éstas son soluciones institucionales que garantizan una clara distinción entre dirección política y administrativa en todos los niveles y sobre todo en la capacidad de control sobre los comportamientos de la clase política por parte de los ciudadanos.

En el plano estrictamente político ésta se refleja en lo que se denomina “democracia bloqueada”, es decir una democracia sin alternativas. El pluralismo de partidos del sistema lleva a la exigencia de constituir mayorías de coalición, que en definitiva siempre han excluido importantes sectores del espectro político. Se llegó a una continuidad política paradójicamente anexada a una precariedad de los gobiernos. Uno de los efectos de esta situación ha sido el debilitamiento de una correcta relación dialéctica entre mayoría y oposición. Aparecieron mayorías sin recambio, o fenómenos de transformismo, bloqueándose los correctos mecanismos de alternación y selección de programas. Especialmente en esta cuestión la Comisión sugirió la revisión de los mecanismos que regenerasen la competencia entre partidos y programas, alianzas y hombres a fin de movilizar el electorado presentándole opciones claras. La Comisión señaló la necesidad de apartarse del sistema de gobierno basado principalmente en la mediación y el compromiso para convertir el ejercicio del go-

bierno en un espectro de posibilidades basadas en la coherencia de propuestas con una definida dirección política.

### *Conclusión:*

Puede definirse al proyecto de Reforma como un esfuerzo de racionalización para enfrentar los inconvenientes que se han manifestado y para reconstruir las condiciones jurídicas e institucionales necesarias para dar funcionalidad al sistema.

Por ello la Comisión propuso que, dentro de una línea de continuidad con los valores expresados por la Constitución de 1948, la Reforma contemple el efecto de los profundos cambios de la sociedad italiana y prevea su posible evolución. La Reforma debe consistir, por lo tanto, en "aggiornamenti" y rectificaciones del tejido constitucional que adecuen aquellas partes relacionadas con la estructura del sistema, su funcionamiento y relación con la sociedad civil.

Esta propuesta se basó en algunas líneas generales que contemplan la exigencia de una eficiente programación para el desarrollo, la reducción de los desequilibrios territoriales y sociales, la exigencia de una "desregulación" que aumente los espacios de autonomía contractual de los ciudadanos y las formaciones sociales; la exigencia de reforzar la gobernabilidad, entendida como el poder de decisión fundado en el consenso, apoyándose las preferencias de los ciudadanos, la necesidad de remover los obstáculos entre cuerpo electoral, mayoría parlamentaria y gobierno, recreando paralelamente la relación entre poder y responsabilidad en todos los niveles de la gestión pública.

Aquí la Comisión identificó dos objetivos principales de la reforma constitucional: por un lado potenciar los instrumentos de democracia directa, el sistema de autonomías y más en general de todos los sistemas de autorrealización social y por el otro lado fortalecer los mecanismos de síntesis de los mecanismos de democracia representativa.

Respecto de los instrumentos, la Comisión elaboró un diseño de revisión orgánica del texto constitucional basado en una nueva repartición de deberes entre los sujetos institucionales: el Parlamento y el Gobierno, basado en una organización del poder democrático coherente con la exigencia primaria de la gobernabilidad global del sistema.

## EL NUEVO PARLAMENTO ITALIANO

(Según el informe de la Comisión BOZZI)

En relación con el Parlamento, la Comisión Bozzi se manifestó por

el mantenimiento del sistema bicameral, contrariando las mociones del P.C.I., la D.P., la Izquierda Independiente y el MSI-DN, favorables a una solución monocameral. Sin embargo, el bicameralismo aconsejado se caracteriza por una mayor diferenciación en la composición y funciones de cada cámara, pasando entonces, de un "bicameralismo perfecto", a un "bicameralismo diferenciado".

## COMPOSICION DE LAS CAMARAS

En primer lugar, la Comisión aconseja una reducción del número de parlamentarios. De todos modos, en relación con el Senado, sugieren una moderna ampliación en cuanto a los senadores permanentes. Además de los ex Presidentes de la República, entonces, integrarían el Senado los ex presidentes de las dos Cámaras y de la Corte Constitucional con tal que hayan ejercido sus funciones por una legislatura o tres años respectivamente. Se llevó además a ocho el número máximo de senadores de por vida, nombrados por cualquier Presidente y caracterizados por sus altísimos méritos en el campo social, científico, artístico y literario.

## LAS FUNCIONES DIFERENCIALES

La Comisión propicia la atribución a la Cámara de Diputados del papel principal en relación con el ejercicio de la función legislativa. El Senado, por su parte, lo tendría en relación con la función controladora.

La actual modalidad en el ejercicio de la función legislativa se mantendrá para algunas leyes, debido a su importancia. En las demás, en cambio, dicha función será ejercida por la Cámara de Diputados. Dentro de los 15 días de la aprobación de un proyecto de ley por parte de la Cámara, el gobierno o un determinado número de Senadores podrán pedir, por una sola vez por cada proyecto, que sea examinado por el Senado. En tal caso, el Senado, dentro de los 30 días sucesivos, podrá reenviar el proyecto con propuestas de modificación a la Cámara, que deberá pronunciarse definitivamente dentro de los 30 días.

El nuevo sistema está inspirado en el intento de permitir una respuesta rápida por parte del Parlamento a las demandas que provienen de la actualidad.

Para la solución de eventuales divergencias o conflictos que pudieran surgir entre ambas Cámaras, aconseja la constitución de una Comisión mixta de Diputados y Senadores, nombrados por los Presidentes de las Cámaras al comienzo de cada legislatura. Incluso sugieren como posible la hipótesis de rea-

lizar reuniones conjuntas de Comisiones de las dos Cámaras para el examen preventivo de los proyectos de ley.

Según la redacción propuesta por la comisión, se establecerían entre las leyes en las que ambas cámaras deben intervenir en su examen y aprobación las siguientes: las leyes constitucionales y electorales, las leyes concernientes a la organización y el funcionamiento de las instituciones constitucionales, las leyes de balance o imposición de tributos, las leyes que prevén sanciones penales respectivas de la libertad personal, las leyes relativas a la tutela de las minorías lingüísticas, las leyes que autorizan la ratificación de los acuerdos o tratados internacionales, las que autorizan la conversión en leyes de los decretos-leyes, etc..

Se establece además que las dos Cámaras, en sesión conjunta, dan o revocan la confianza al gobierno.

### *PROCEDIMIENTOS LEGISLATIVOS*

Debido a la drástica reducción que la comisión prevé en cuanto a las hipótesis de decretos-leyes, es que se le otorga gran importancia a las leyes de "trámite preferencial".

Estas, serían así declaradas (a pedido del gobierno o un tercio de la Cámara en que fueron presentadas) por votación de la mayoría absoluta. Se establecerán entonces los plazos de la discusión, sanción, etc. que no podrán superar en ningún caso los 60 días.

Este tipo de procedimiento no sería, sin embargo, extendible a cualquier tipo de proyectos. Así por ejemplo, en materia constitucional o electoral, la aprobación del presupuesto, etc..

### *EL SENADO*

Según las propuestas prevalecientes en la Comisión, se aconseja la atribución al Senado de las siguientes funciones:

- A) Controlar el funcionamiento de la administración y los entes públicos.
- B) Controlar la actuación y la eficacia de las leyes.
- C) Controlar el ejercicio de los poderes normativos del Gobierno.
- D) Expresar, en los casos previstos por la ley, el propio parecer en cuanto a los nombramientos públicos de competencia del gobierno.
- E) Controlar, junto al Tribunal de Cuentas, los gastos públicos.

F) Controlar al Gobierno en relación a su actuación en los conflictos regionales y de los demás entes territoriales.

G) Controlar la actuación de las políticas comunitarias.

H) Decidir en las cuestiones de mérito por contraposición de intereses, que el gobierno puede promover.

I) Formar, para materias de interés público, una Comisión para investigación y examen de los mismos poderes y las mismas limitaciones que la autoridad judicial.

La Comisión no adhirió a la propuesta de la Conferencia de Presidentes de las Regiones sobre la transformación del Senado en una "Cámara de las Regiones", electa en segundo grado por los Consejos Regionales. Se debe ello a la preferencia de la Comisión por mantener a ambas Cámaras como derivadas directamente de la decisión popular.

### *EL PARLAMENTO DIFERENCIADO EN ITALIA*

Un conjunto de especialistas en ciencias sociales, nucleados en lo que se denominó "el grupo milanés", comenzó en 1979 a realizar estudios en torno a la posibilidad de reformar la Constitución italiana. Desde el mundo político, más tarde, una comisión parlamentaria (la Comisión Bozzi) trabajaría en el mismo sentido.

Hoy, cuando ambos grupos han concluido ya sus informes, es posible comprobar las importantes diferencias entre los resultados por unos y otros. Sin embargo, es interesante señalar que en los dos casos se advierte la misma preocupación por un polémico tema: la necesidad de convertir al actual "bicameralismo perfecto" en un "bicameralismo diferenciado". Aún cuando podamos sostener serias discrepancias ideológicas con los integrantes del "Grupo Di Milano", lo notable es comprobar que todo el espectro ideológico italiano, desde los sectores más conservadores hasta los más progresistas, coinciden en la necesidad de modificar al sistema parlamentario vigente.

Algunos partidos, inclusive, han propiciado un parlamentoo "monocameral".

La propuesta del grupo dirigido por Gianfranco Miglio, en cuanto a su "bicameralismo diferenciado", es más drástica que la de la "Comisión Bozzi", que esencialmente dejaba al Senado la función de contralor.

El "grupo milanés" opta por "diferenciar profundamente en la estructura y en las funciones a la primera Cámara de la segunda". Veamos entonces los resultados de su informe final:

1) La primera Cámara: Esta sería la única "propia y plenamente representativa desde el punto de vista político". Sus miembros serían elegidos

a través del sufragio universal, igual, directo, libre y secreto, por todos los ciudadanos, al mismo tiempo de la elección popular del Primer Ministro.

Sus funciones principales serían:

- a) La de control político del Primer Ministro y su gobierno.
- b) La constitutiva en cuanto a la formación de leyes.
- c) La aprobación de la ley de presupuesto y toda otra legislación financiera.
- d) La de autorizar la ratificación o denuncia de los tratados internacionales de naturaleza política y, sobre todo, exclusivamente a esta primera cámara, la de declarar el estado de guerra y su cesación.

2) La segunda Cámara: El Senado-Cámara de las regiones, está concebido como una asamblea permanente, "destinada a realizar una representación política indirecta, filtrada a través de la óptica de las realidades regionales".

Los miembros de la comisión se inspiraron para la creación de esta segunda Cámara en el Bundesrat alemán.

Sus integrantes son miembros delegados de los gobiernos regionales, que los nombran y revocan. Existiría un número mínimo común de representantes (cuatro) que subiría (hasta nueve) de acuerdo a la cantidad de habitantes de la región.

Sus funciones serían las siguientes:

- a) Participar, en forma igualitaria con la primera Cámara, en materia de revisión constitucional.
- b) De consulta obligatoria en el diseño de leyes en materia de presupuesto, programación económica, y así también en todos los reglamentos del gobierno que tengan interés regional.
- c) En las demandas de rango subconstitucional, participaría fundamentalmente ejerciendo un poder de contralor suspensivo mediante el pedido de una nueva deliberación de ley adoptada por la Cámara política.
- d) Intervenir en materia de juicio político al Primer Ministro, Ministros y Presidente de la República en el caso de alta traición y atentado a la Constitución.

## **OTRAS REFORMAS**

Junto a las señaladas, el "grupo milanés" propone otras modificaciones al sistema parlamentario, entre las que podrían señalarse:

- 1) Fuerte reducción del número de parlamentarios. Su intención se-

ría llegar a tener sólo la mitad de los miembros de las actuales Cámaras.

- 2) Cambio en el vigente sistema electoral para la Cámara política. Se pasaría a otro definido por ellos como "similar, aunque con variantes, al sistema mixto alemán".
- 3) Abolición del voto secreto para las deliberaciones parlamentarias. En busca de "transparencia y claridad" en el ejercicio de las funciones políticas, se propone dejar atrás el anacrónico escrutinio secreto consagrado en los reglamentos parlamentarios.

Uno de los aspectos más polémicos del informe presentado por la comisión Miglio, y ya completamente diferenciado de pensamiento político mayoritario, se encuentra dado por el Consejo de la Economía Productiva, que realizaría una forma de "representación por categorías económicas".

La representación política estaría a cargo de ambas Cámaras parlamentarias, aun cuando la segunda tendría una derivación popular indirecta, según fue señalado.

La conclusión más saliente, sin embargo, seguiría estando vinculada al fuerte consenso existente en Italia, tanto desde organismos independientes como desde el mismo parlamento, en cuanto a no seguir propiciando un "bicameralismo perfecto", hoy todavía vigente y en cuestión en muchos de los sistemas democráticos que conocemos.

**Roberto Gargarella**  
**Roberto de Michele**

## **Consejo Constitucional**

**ALEMANIA:** Los miembros de la Corte Constitucional Federal son elegidos por mitades por la Cámara Federal y por el Consejo Federal, no pudiendo pertenecer a ninguno de dichos organismos ni al gobierno federal o gobiernos locales.

Los requisitos para ser miembro de la Corte son: tener 40 años de edad, capacidad para ser juez o haber acreditado mediante las pruebas correspondientes capacidad para las cargas administrativas superiores; distinguirse por sus especiales conocimientos en derecho público y tener experiencia en la vida pública (Ley reglamentaria del 12 de marzo de 1951 reforma por ley del 21 de julio de 1956).

Los jueces conservan sus funciones mientras dure su buena conducta y para relevarlos es necesario una decisión Judicial.

La competencia de la Corte consiste en declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes federales y locales; dirimir los conflictos de derecho público entre la Federación y los Lander o de los Lander entre sí; entender en las causas sobre la pérdida de los derechos fundamentales a raíz de su ejercicio abusivo; declarar la inconstitucionalidad de los partidos políticos; entender en los recursos contra las decisiones de la Cámara Federal sobre la elección o la remoción de los diputados, en las acusaciones de la Cámara o del Consejo Federal contra el Presidente de la República juzgar en el reclamo interpuesto por los particulares contra violaciones de los derechos constitucionales por la autoridad pública.

La Constitución de Weimar disponía en su art. 19 que el Tribunal Constitucional resolvería las controversias de carácter público entre los diferentes estados entre los estados locales y el Estado Federal, sin asignarle competencia para resolver conflicto entre los poderes políticos del Estado a nivel federal. La Ley Fundamental de Bonn atribuye esta facultad al Tribunal Constitucional en el párrafo 1ro. del art. 93.

La Corte puede intervenir por vía incidental cuando un juez de oficio así lo solicite, en cuyo caso suspende los procedimientos y eleva la causa a la Corte, para que ésta, previo dictamen de los tribunales superiores federales y audiencia con las autoridades legislativas y las partes, decida sobre la cuestión jurídica del planteo de inconstitucionalidad. Asimismo la Corte entenderá en las cuestiones de inconstitucionalidad por vía de acción directa ejercida por el gobierno federal, o por un estado local o por un tercio de los miembros de la Cámara Federal.

Según Lowenstein, el Tribunal Constitucional Federal Alemán “ha llevado a cabo una tarea constructiva para mantener y preservar el orden constitucional en la protección de los derechos fundamentales, en la delimitación de las competencias entre la Federación y los Lander y en la actualización del estado democrático y social de derecho proclamado en la Ley Fundamental”.

La competencia del alto tribunal es tan amplia que es posible afirmar la inexistencia de cuestiones políticas no judiciales en el sistema alemán, salvo cuestiones de marcada trascendencia, como la disolución de Bundestag o la declaración de guerra, que no se encuentran sujetas a control judicial.

Sin embargo, en la práctica, el Tribunal Constitucional se ha abstenido de dictaminar en conflictos o cuestiones políticas fundamentales, tal es el caso de la controversia planteada entre el gobierno de Adenauer y los opositores socialdemócratas sobre la inconstitucionalidad de los tratados de la Comunidad Europea de Defensa.

Con respecto a este punto, Lowenstein señala “La enseñanza que se puede sacar de los intentos hechos bajo las Constituciones de Weimar y Bonn de “judicializar la política”, es que este proceso sólo puede tener éxito cuando el conflicto no afecta a un interés vital de los detentadores políticos del poder.

Si se otorga el derecho a los tribunales de frustrar una decisión política del gobierno y del Parlamento, amenaza el peligro de que, bien la decisión del tribunal no sea respetada o bien que la decisión política del gobierno sea sustituida por un acto judicial que, aunque revestido jurídico-constitucionalmente, no es, en el fondo, sino un acto político de personas que no tienen ningún mandato democrático para llevar a cabo esta función”.

*ITALIA:* La Corte Constitucional Italiana se compone de 15 miembros (art. 135), cinco designados por el Presidente de la República, cinco por el Parlamento y cinco por la Suprema Magistratura Ordinaria y Administrativa. A la misma Corte corresponde la remoción y suspensión de sus miembros, según las leyes de carácter constitucional sancionadas el 9 de febrero de 1948 y el 11 de marzo de 1953.

Los miembros del Tribunal son elegidos entre los magistrados inclusive los jubilados, de las jurisdicciones superiores ordinarias y administrativas; los profesores ordinarios de las Universidades en materias jurídicas y los abogados con más de 20 años de ejercicio en la profesión.

Son nombrados por el término de 12 años y se renueva parcialmente según lo establecido por la ley. No son inmediatamente reelegibles.

La Corte es competente para conocer de las controversias sobre la legitimidad constitucional de las leyes y de los actos asimilables a la ley, dictados por el Estado o por las regiones; los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, es decir entre las regiones y entre éstas y el Estado.

Entiende también en las acusaciones promovidas contra el Presidente de la República y los Ministros conforme lo disponen las normas constitucionales.

En Italia, según señala Biscaretti Di Ruffia, la Corte Constitucional no ha intervenido en ningún conflicto suscitado entre los órganos federales supremos.

El art. 36 de la Constitución dispone que cuando la Corte declare la inconstitucionalidad de una disposición legal o de un acto con fuerza de ley, la norma cesará de tener eficacia a partir del día siguiente a la publicación de la decisión.

La Corte Constitucional interviene por vía incidental cuando una cuestión es planteada de oficio o por el juez o a petición de parte interesada o solicitud del Ministerio Público en un caso concreto.

En última instancia es el juez quien decidirá si eleva o no la causa a la Corte. Asimismo el gobierno nacional está legitimado para ejercer una acción directa impugnando una ley regional y los gobiernos regionales están legitimados a los efectos de impugnar una ley nacional o una ley de otra región.

## El Tribunal Constitucional Español

### A. COMPOSICION

Se compone de 12 miembros nombrados por el Rey, de ellos, cuatro a propuesta del Congreso, por mayoría 3/5 de sus miembros, cuatro a propuestas del Senado, con idéntica mayoría, dos a propuesta del gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

Los miembros del Tribunal Constitucional deben ser elegidos entre magistrados y fiscales, profesores de la Universidad, funcionarios públicos y abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional. Serán designados por un período de nueve años y se renovarán por terceras partes cada tres. La disposición transitoria novena de la Constitución regula la primera renovación parcial.

La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo, con los cargos políticos o administrativos, con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo del servicio de los mismos, con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal y con cualquier actividad profesional o mercantil.

Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en sus mandatos (art. 159).

El Presidente del Tribunal será nombrado, entre sus miembros, por el Rey a propuesta del mismo Tribunal en pleno y por un período de tres años (art. 160).

### B. COMPETENCIA

El Tribunal Constitucional Español conoce:

- 1) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley.
- 2) Del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53.2 de la Constitución (o sea el derecho y la igualdad ante la ley y los derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 15 a 29). También en los casos de objeción de conciencia (art. 30).
- 3) De los conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades autónomas o de los de éstas entre sí.
- 4) De las demás materias que le atribuya la Constitución o, las leyes orgánicas (art. 161).

### C. LEGITIMACION ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Presidente de Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 Senadores, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas y en su caso, las Asambleas de las mismas pueden interponer el recurso de inconstitucionalidad (art. 162).

El Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal y toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo pueden interponer el recurso de amparo.

La ley orgánica del Tribunal Constitucional del 3 de Octubre de 1979 determina las personas y órganos legitimados en los demás casos.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal en los supuestos establecidos por la ley y en la forma y con los efectos que la misma dispone.

### D. EFECTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Las sentencias del Tribunal se publicarán en el B.O.E. con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos "erga omnes". Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por la inconstitucionalidad (art. 164).

—PERU

El Tribunal de Garantías Constitucionales es el órgano de control de la Constitución.

*Composición:* 9 miembros, designados tres por el Poder Ejecutivo, tres por el Congreso y tres por la Corte Suprema de Justicia.

*Duración:* 6 años, renovables por tercios cada dos. Es posible la reelección.

*Requisitos:* Iguales para ser vocal de la Corte Suprema de Justicia, probado ejercicio democrático y en defensa de los derechos humanos.

*Incompatibilidades:* No pueden ejercer otra actividad pública o privada (salvo la docencia); ni participación en política, ni sindicalizarse, ni declararse en huelga.

*Inmunidades:* No responde por los votos y opiniones emitidos en el ejercicio del cargo. No puede ser denunciado ni detenido durante su mandato salvo flagrante delito y acusación constitucional.

*Competencia:* Declara a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de leyes, decretos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución ya sea por razones de fondo o por su origen.

Cesación de resoluciones denegatorias de hábeas corpus o de amparo, agotada la vía judicial.

*Legitimación Activa:* Puede interponer la acción de inconstitucionalidad el Presidente, la Corte Suprema de Justicia, el fiscal de la Nación, 60 Diputados, 20 Senadores, 50.000 ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

*Efectos:* No retroactividad de la sentencia de inconstitucionalidad.

*Norma del Poder Legislativo:* el tribunal notificará al Presidente del Congreso la sentencia de inconstitucionalidad. El Congreso, por el mérito del fallo, deberá dictar una ley que derogue la norma inconstitucional; la misma se entenderá derogada si pasados los 45 días no se promulga la ley mencionada, debiendo en tal caso publicarse el fallo en el diario oficial.

*Norma del Poder Ejecutivo:* el Tribunal ordena la publicación de la sentencia en el diario oficial; la misma tendrá valor a partir del día siguiente.

Una ley orgánica reglamentará lo concerniente al funcionamiento del tribunal.

#### —PORTUGAL

Los tribunales tendrán, en el caso concreto la facultad de apreciar la constitucionalidad de las normas. Se remite, para su promulgación el texto de ley al Presidente y al Consejo de la Revolución. El primero no podrá proceder a la promulgación hasta pasados 5 días de recibido el texto por el Consejo, salvo casos de urgencia, en los cuales el Presidente deberá informar de su propósito de promulgación inmediata.

Acordado por el Consejo o solicitado por el Presidente, el Consejo procederá al examen de la constitucionalidad, debiendo pronunciarse en 20 días o menos por solicitud del Presidente. Si se pronuncia por la inconstitucionalidad, el Presidente deberá vetar la ley, pero la Asamblea podrá aprobarla con 2/3 de los votos.

Si la inconstitucionalidad obedeciere a la omisión legislativa, el Consejo recomendará las medidas pertinentes.

Las normas inconstitucionales no deberán ser aplicadas por los tribunales. El Consejo de la Revolución deberá declarar la inconstitucionalidad, que tendrá carácter obligatorio general. Podrá solicitarla el Presidente, el Presidente de la Asamblea, el Primer Ministro, el Procurador de Justicia, el fiscal penal y también procederá, si la Comisión Constitucional juzgó a la norma en cuestión inconstitucional orgánica o formal.

Se dará recurso gratuito, obligatorio para el Ministerio, reducido a la cuestión de inconstitucionalidad, cuando los tribunales se negaren a aplicar una norma por inconstitucional o bien para las decisiones que apliquen una norma previamente declarada inconstitucional por la Comisión Constitucional.

*Composición:* Un miembro del Consejo de la Revolución, elegido por ésta, que será Presidente y tendrá voto de calidad.

— 4 jueces designados: uno por el Tribunal Superior, y tres por el Consejo Superior de la Magistratura (uno será magistrado del Tribunal de Apelaciones y dos de primera instancia).

— 4 ciudadanos de méritos reconocidos, designados uno por el Presidente, uno por la Asamblea y dos por el Consejo de la Revolución (uno de los cuales deberá ser un jurista eminente).

*Duración:* Cuatro años.

*Inmunidades:* Sus miembros son inamovibles, independientes y gozan de las mismas garantías de imparcialidad e irresponsabilidad que los jueces.

*Competencias:*

1) Obligatoriamente dictaminar:

— Sobre la constitucionalidad de los textos que han de ser examinados por el Consejo.

— Sobre la existencia de una violación de las normas constitucionales por omisión.

2) Juzgar en cuestiones de inconstitucionalidad cuando los tribunales se nieguen a aplicar una norma por considerarla repugnante a la Constitución.

La organización, el funcionamiento y el procedimiento será reglado por el Consejo de Revolución.

#### El Ombudsman

En la actualidad existen varios proyectos de ley tendientes a institucionalizar la figura de un defensor del pueblo que, a semejanza de los existentes en los países escandinavos, en España y en Alemania (en este último caso limitado al ámbito de las FF.AA.) se ocupe de velar por el interés de los ciuda-

danos ante los órganos y empresas del Estado, formulando llamados de atención y recomendaciones para la mejora de los servicios.

Centralmente, se presentan tres dificultades para la viabilidad actual de la figura en análisis, que debemos tomar en cuenta a los fines de su eventual incorporación el esquema de la reforma constitucional:

1 — Afectaría principios constitucionales, la creación de un ombudsman dependiente del Poder Legislativo y con claras funciones de contralor permanente sobre el Poder Ejecutivo (ambos, rasgos comunes a la institución del defensor del pueblo en derecho comparado), dada la no asignación de dichas facultades de contralor (limitada por la Constitución Nacional al juicio político y las interpelaciones) al Congreso. Aceptar lo contrario quebraría la rigidez de la división de poderes imperante en nuestra Constitución actual.

2 — Se atentaría de todos modos contra la división de poderes tutelada en la Constitución de 1853, en el caso de que —aún aceptando que corresponden al Congreso las facultades de control en análisis— aceptemos que dichas facultades pueden ser delegadas en otro órgano, aunque sea creado por el propio Congreso. Esta delegación no es posible como no lo sería la que delegue en otro órgano la facultad de dictar leyes. La asignación de funciones que hace la Constitución a cada uno de los poderes, no implica autorización para delegar dichas funciones.

3 — El último obstáculo a superar es la tendencia a la centralización y sus consecuentes efectos burocráticos, observable en nuestro país, que termina por desvirtuar los objetivos que llevan a la creación de este tipo de instituciones.

Con respecto a los dos primeros obstáculos, la incorporación de elementos parlamentarios, que inspira el marco de las reformas propuestas, parecen eliminarlos, ya que ese sistema se caracteriza, entre otras cosas, por ampliar las facultades del Parlamento, y por multiplicar la existencia de los controles interpoderes, con miras a lograr un adecuado equilibrio entre los órganos de gobierno.

El factor burocrático y centralista provoca dos observaciones:

1) Por su magnitud e incidencia negativa para el progreso y la satisfacción de los reclamos frente al Estado, es imprescindible idear mecanismos de control de legalidad y eficacia.

2) Sin embargo para que el remedio no agrave la enfermedad, se impone pensar en este mecanismo, en términos que garanticen su descentralización y agilidad.

Por último, y a fin de no superponer funciones, se deberá tomar en cuenta que la actual Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas cumple (en cuanto al control de legalidad) con las funciones clásicamente asignadas a un ombudsman.

## COMENTARIOS AL SEGUNDO DICTAMEN SOBRE REFORMA CONSTITUCIONAL

### FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA NECESIDAD DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

*Por Jorge Reinaldo Vanossi*

Todos saben que cuando se habla de las Constituciones lo primero que se suele enseñar en las Facultades, son los conceptos de Constitución; y allí aparecen verdaderos catálogos o tipologías de lo que dice un autor, de lo que sostiene una escuela, de lo que sistematiza otra tendencia; y así sucesivamente. Pero también los pueblos tienen un concepto de Constitución o, para decirlo de otra manera, también el pueblo hace su idea de la Constitución y va forjando una idea de la Constitución. Y esa idea, desde luego, no es inmutable y puede variar, ya que puede ir perfilándose de una manera o de otra según sean las necesidades del pueblo, según sean las circunstancias históricas, según sean los cambios producidos o los que se quieran producir a tenor de las circunstancias.

Si se le pregunta a un francés, posterior a la revolución, a boca de jarro, ¿qué es la Constitución para él?, lo más probable es que diga que la Constitución es **una ley de garantías**, porque ha nacido inmerso en la idea de visualizar la Constitución como una ley de garantías y porque fundamentalmente ese pueblo, a través de varios centenares de años, buscó el afianzamiento de la libertad en la sociedad civil.

Si se le pregunta a un anglosajón cómo visualiza su Constitución, la respuesta casi mecánica que se repite a través de los textos y de las tradiciones, es que la Constitución es **un instrumento de gobierno**. Y es lógica la respuesta, porque el otro problema ya lo tenían resuelto; lo tenían resuelto con anterioridad a la organización política, y lo que les faltaba era, fundamentalmente, la herramienta o instrumento; y de ahí que a la Constitución la visualicen de esa manera. Y así, sucesivamente, podríamos dar otros ejemplos.

Podríamos preguntarnos qué piensa el pueblo argentino respecto del debate constitucional, porque alguna razón debe haber para que este debate constitucional —a diferencia de otros debates constitucionales acontecidos en otras épocas de nuestra historia— venga rodeado de un gran interés y de una creciente participación, que está recién al comienzo porque el debate recién empieza, pero se nota que va **in crescendo** y que trasciende el sector de los especialistas, puesto que va más allá de los que puedan tener un interés o una preocupación especial por el tema de la reforma de la Constitución. Todo el mundo quiere opinar; todo el mundo quiere participar: en comités, en colegios de abogados, en universidades, en sindicatos, en muchísimas entidades donde el tema se lleva por vía de un debate, de una mesa redonda, de una conferencia; allí concurre muchísima gente y sobre todo formula preguntas porque quiere participar. Este es un dato ampliamente elocuente que está indicando que el tema cuaja bien y cala hondo en la sociedad.

Y en esta particular circunstancia de la evolución histórica argentina: ¿cuál es la idea de la Constitución que las generaciones actuales —de una u otra manera— ven como motivación? Yo creo que la idea que está rondando, consciente o subconscientemente, es la necesidad de poder armonizar dos grandes términos, dos grandes valores que la sociedad argentina había desquiciado hasta ahora: la **democracia** como metodología, como camino, como procedimiento; y la **eficacia** como gestión, como nivel de una eficiencia, de lo que se espera frente al nivel de las expectativas y de las demandas, en las respuestas que el Estado y sus demás organizaciones deben brindar.

Aquí y durante muchos años, hemos tenido estos términos separados, porque se fue inculcándole al pueblo argentino que si había eficacia, esa eficacia era el resorte de los autoritarios, de los gobiernos de facto, de los mandones de turno. De modo que la democracia, cuando en breves intervalos acontecía, accedía por el camino de la urna, pero había una notificación subconsciente al pueblo de que no se esperara eficacia. Y los autoritarios, siempre dispuestos al golpe de estado y siempre preparados para ser los edecanes mentales del mandón de turno, asegurando una eficacia que, a la postre, resultaba no ser tanta. Casi siempre resultaba una defraudación más, porque si hay algo que, por sus frutos (si al árbol se lo juzga por sus frutos) ha resultado ineficaz, es precisamente el último saldo del período de facto que vivió el país.

El desafío contemporáneo, de este último tramo del siglo en que nos encontramos, a partir del momento en que con el esfuerzo de todos, dificultosa y sacrificadamente hemos podido entrar por el cauce de la normalidad constitucional; el desafío pendiente y el que justificará todas estas etapas, es el de poder demostrar que por la vía de la democracia, por la metodología del consenso, por el canal de la participación, se puede no sólo gozar de la libertad civil y política, no sólo se puede mejorar el bienestar, sino también se puede a todo eso rodearlo de una eficacia general del sistema que haga que éste sea

querible por todos, defendible por todos, compartible por todos, para que, en definitiva, podamos enriquecerlo con nuevas dimensiones y con nuevos frutos que el sistema puede dar si es que previamente afianza esos cimientos y esas bases iniciales. Eso es lo que está pendiente.

Por todo esto, la utilización del término **modernización** no es ni disparatado ni es un slogan. Lo que pasa es que no se puede hablar de la modernización a secas, porque la modernización tiene razón de ser y encuentra justificación en función de las cosas a las cuales va a servir; en función del destino y al servicio del cual se quiere poner esa energía, ese acierto, ese hallazgo en los medios y en las proporciones para alcanzar determinados resultados. Y la modernización cobra sentido cuando vemos que todas las piezas que se van lanzando no son ruedas sueltas ni ruedas locas, sino que están interconectadas por un eje que le da sentido y que le da coherencia, el que —en definitiva— permite observar que lo que se procura es dar la mayor funcionalidad posible al aparato gubernamental al servicio de la sociedad, para producir un **aggiornamento** en todas las instancias a efectos de que ese complejo gubernamental pueda no ser un monstruo sagrado sino una herramienta al servicio de determinada concepción.

El traslado de la Capital Federal, la provincialización de Tierra del Fuego, la paz con Chile, la integración con Brasil y Uruguay, la reforma constitucional, la desconcentración y descentralización administrativa, la regionalización del esquema federal del Estado y otros capítulos más, sólo cobran sentido cuando se los coloca en esa dimensión y en ese plano; y no como piezas aisladas de algo que podría parecer, entonces, como un recurso retórico o como una respuesta ocasional para no perder la iniciativa frente a la dinámica que los procesos sociales conllevan.

Por eso es que hay, entendemos, una política global de todo esto. De otra manera, tendríamos que decir que no hay una política constitucional; o tendríamos que decir que no hay relación entre lo interno y lo externo; o que no hay relación entre lo local y lo nacional; y eso sería tanto como reconocer el disparate.

La Argentina busca y necesita por la vía de estos cambios, alcanzar ciertos **reequilibrios**, porque es un país que se ha desequilibrado a través de décadas y décadas, al punto tal que peligran las bases de sustentación que todo Estado constitucional necesita para poder funcionar debidamente y asegurar los fines que se propone. que, básicamente, son la libertad del hombre, su bienestar, su seguridad, su prosperidad, su desarrollo, su liberación.

Hay tres grandes desequilibrios que están a la vista, y que estimamos son los que entroncados con el tema de la eficiencia, llevan a la respuesta afirmativa respecto del interrogante sobre la necesidad de la reforma constitucional: a) El **desequilibrio federal**, atentó la enorme distorsión que la fuerza centrípeta ha producido en nuestro país en detrimento de las partes componentes

de la federación. b) El **desequilibrio funcional**, desde el punto de vista de los tres grandes poderes del Estado en el orden nacional y la trabazón con situaciones de bloqueo que muchas veces se producen, entre ellos, o por lo menos entre dos de ellos, en detrimento de la marcha armónica del Estado. c) El **desequilibrio garantista**, que se da en la relación entre los derechos y las garantías, por un lado, y las diversas formas de ejercicio del poder, por el otro.

Estos tres desequilibrios (sin perjuicio de otros datos que se puedan agregar) justifican la necesidad de la reforma constitucional, desde que todos tienen como común denominador la necesidad de poner en vigencia nuevamente una regla que, si bien se mantiene (aunque se mantiene averiada o subvaluada), es una **regla de oro** de los Estados democráticos constitucionales. Regla no escrita pero implícita, según la cual a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un mejoramiento de los controles, un vigorizamiento de las garantías y un perfeccionamiento de las responsabilidades. A mayor poder, mayor garantía, mayor control, mayor responsabilidad. Caso contrario, el equilibrio se rompe y, por lo tanto, el sistema se desarticula y, patológicamente, deviene en cualquier cosa menos en un sistema de democracia constitucional.

Aclaro desde ya que cuando nos referimos al acrecentamiento del poder no estamos circunscribiendo el concepto al poder estatal, al poder público; nos estamos refiriendo a la realidad sociológica y sociopolítica contemporánea del fenómeno del poder en su conjunto: poder público y poder privado. Acrecentamiento del poder que se traduce muchas veces en la circunstancia o en el dato de que bajo ciertas circunstancias los contrapoderes son más fuertes que los poderes del Estado; que los factores de poder a veces pueden más que un Estado que tiene todo, que hace todo, que cree que es todo, y que puede muy poco, porque en la relación de fuerzas queda en la inercia y absolutamente condicionado por el desmadre de los contrapoderes, generalmente de índole corporativa.

Este fenómeno complejo (que es fenómeno subyacente en las sociedades industriales y en las sociedades de masas) requiere respuestas constitucionales. El derecho debe dar esas respuestas y la técnica constitucional las tiene y las ha dado en muchas partes del mundo; y, por lo tanto, el desafío es aceptable y tiene que haber respuestas entre nosotros, porque si las ha habido y en forma satisfactoria en realidades mucho más dramáticas y complejas que la nuestra, bien podemos entonces intentarlo entre nosotros.

Esto significa, además, tomar conciencia de que cuando estamos mucho más cerca del Siglo XXI que del Siglo XIX, ciertos puntos de referencia de ese problema del equilibrio han cambiado de lugar, se han trastocado; y el constitucionalismo decimonónico, que ponía fundamentalmente el acento en el "liber", hoy pone el acento en el "demos". Hemos transitado del **liberalismo constitucional** al **democratismo constitucional**, pero no como una negación de lo anterior, sino en la búsqueda de una síntesis, que es el **constitucio-**

**nalismo social**. Estamos, pues, en la búsqueda de un resultado que —recogiendo las bases fundamentales del constitucionalismo clásico y proyectando toda la fuerza emergente del poder social y del poder de la voluntad popular— permita, a través del cauce del constitucionalismo social, lograr los grandes equilibrios entre libertad y autoridad, entre lo individual y lo social, entre las partes y el todo, en fin, los grandes fenómenos de integración a los cuales las constituciones tienen que dar, en definitiva, la llave final. Ya no podemos quedarnos en un esquema limitado a la **igualdad formal**, cuando sabemos que el problema desafiante es el de la **igualdad de oportunidades**, único camino por el cual la democracia sigue resultando apetecible y sigue ofreciendo un camino querible y preferible a efectos de poder disfrutar de beneficios que hagan evidente la calidad superlativa de la vía democrática sobre la vía totalitaria. Hoy no nos podemos quedar en mecanismos políticos basados nada más que en el juego de élites, sobre la base del escalonamiento, como en el espaciamiento de los pronunciamientos populares y en las formas totalmente indirectas de selección de la dirigencia, que se aplicaban antaño por el temor pánico que podría despertar la posibilidad de que el pueblo resolviera en su conjunto una situación más o menos amplia del paquete del poder público (cosa que espantaba a los hombres del siglo pasado). Sabemos que en este siglo eso ya no es un valor entendido, sino todo lo contrario. Sabemos que hay datos irreversibles, cualquiera sea la posición política en que se lo examine. Es un problema de verificación de condiciones objetivas. Sabemos que no hay regreso posible a la "belle époque", a una democracia basada nada más que en los derechos individuales, cuando ha hecho apogeo el constitucionalismo social y los requerimientos de los derechos sociales se deben traducir en respuestas de prestaciones, servicios y actos que debe brindar el Estado o las sociedades intermedias de la sociedad. Más aún, estamos ya superando ese esquema, porque estamos en una tercera etapa del constitucionalismo social, donde no basta con reconocer derechos sociales ni basta con reconocer nuevos roles del Estado, sino que aparecen los **derechos colectivos de la sociedad**, vinculados con la calidad de vida, vinculados con la protección de la infancia, vinculados con el recaudo de la paz, vinculados con la protección del consumidor, vinculados con la supervivencia humana.

Otro dato es la transmutación del ciudadano pasivo en el ciudadano activo. Nace el ciudadano partícipe, el que no se conforma con ir a votar una vez cada cinco o seis años y que no se conforma con ser objeto de una estadística; el que siente la necesidad de participar sectorialmente sin perjuicio de su representación global en el aparato del Estado pero que, en definitiva, quiere asumir esos roles porque quiere comprometerse con el sistema para enriquecer al sistema y disfrutar del sistema. Si se lo aparta de la participación, el sentido de alineación que incubará lo llevará a ser un caballo de Troya y un enemigo del sistema, porque lo que va a querer es la destrucción del sistema y no la

transformación del sistema. Y esto, las clases dirigentes conservadoras no quieren reconocerlo y se cierran a su admisión, sosteniendo empecinadamente que democracia participativa es algo antitético u opuesto a la democracia representativa, cuando ello no es verdad. Al contrario: si algún destino habrá de tener la democracia representativa, será gracias al enriquecimiento y al ensanchamiento dimensional que le va a dar la democracia participativa, al convertir a todos o al mayor número posible en protagonistas de ese juego.

Yo creo que muchas de estas cosas pueden resultar redundantes, pero tengo dudas de que exista dentro del mundo libre otro país y otra sociedad donde la vetustez del debate lleve a que no se quiera reconocer los datos arcónticos de una realidad social como la del mundo contemporáneo. Estas cosas no se discuten más en otras partes del mundo. Cuando en la Argentina hay personalidades políticas que se espantan como ante la aparición de Lucifer cuando se piensa en estampar el concepto de democracia social en la Constitución. Hemos visto recientemente en los diarios que todavía existen expresiones políticas que contestan horrorizadas por la fórmula que proponemos introducir en la Constitución: la nada novedosa del Estado democrático y social de derecho basado en una ancha participación y en una amplia justicia social. Hay que recordarles que la ley fundamental de Alemania, desde 1949, la define como un Estado social, recogiendo la fórmula que ya venía de la doctrina de Herman Heller bajo la República de Weimar: y, pues en Alemania a nadie se lo han comido crudo por ser una democracia social y a nadie le han quitado su propiedad privada ni se le ha confiscado por estar viviendo en un Estado democrático y social de derecho. La Constitución de Italia, desde un año antes, 1948, establece que Italia es una República fundada en el trabajo y en los trabajadores, y nadie ha tenido necesidad de exiliarse en una embajada por ese hecho o de emigrar ante la amenaza que eso significaba a la esfera de su privacidad o las otras garantías que pudiera invocar. España, que es una monarquía constitucional, un ejemplo de moderación ante el mundo, superando el tránsito de cuarenta años de régimen de fuerza, ha conseguido estampar en su Constitución esta misma fórmula del Estado democrático y social de derecho, con el consenso de una vasta ponencia constitucional que abarcó desde el conservadorismo de Fraga Iribarne hasta el comunismo de Santiago Carrillo, y nadie quemó los barcos como Hernán Cortés, ni sintió heridas sus investiduras por ese hecho. Y entre nosotros, la sola mención de estos conceptos provoca una alarma y, sobre todo, una retracción a nivel prácticamente de oposición cerrada, a la posibilidad de un cambio constitucional.

Creemos que la explicación de por qué pasa esto en la Argentina, tenemos que darla; más aun: buscarla y darla. No podemos quedarnos planteando nada más que el síntoma; o hacer la radiografía y no decir cuál es la razón de ésto. Para mí, la razón es que ha habido una práctica de mucho tiempo, pero fundamentalmente fuerte desde 1966, es decir, bajo el anterior gobierno

militar, e intensificada en el más reciente **de facto**, a través de ciertos mecanismos de comunicación social y especialmente de ciertos sectores de la llamada **intelligentzia** (los chicanos y muchos otros) que —subliminalmente—, a través de la propaganda y a través de la prédica, fueron sembrando la creencia y articulando las reacciones del pueblo para que éste creyera que había una opción de hierro; una opción ineluctable entre dos términos irreconciliables, antitéticos y antagónicos: o el retorno al individualismo, al statu-quo, a las viejas fórmulas de una “belle époque” imposible de resucitar y basada, fundamentalmente, en la concepción individualista, en la igualdad formal, en el juego de las élites; o el salto violento y subversivo hacia el colectivismo, por la fuerza y por la irracionalidad.

Subversión o represión. Conservadorismo o colectivismo. Elegir. Alienarse. Que es más o menos la opción planteada por el gran técnico del nazismo constitucional, Carl Schmitt, cuando decía que la relación política era entre “amigo y enemigo”, y uno tenía que eliminar al otro.

Esto no fue dicho tan crudamente, pero estaba en el subconciencia del bagaje intelectual de muchos de los teóricos. Pero las cosas no son así. Porque todo el mundo libre, el mundo desarrollado, el mundo del pluralismo, del doble pluralismo de las ideas y de los intereses, todo el mundo donde la competición funciona, todo el mundo donde se ha podido alcanzar un nivel razonable de equilibrio entre la libertad individual y la libertad social, entre la autoridad y la individualidad, entre todos los valores en juego; demuestra que no hay dos caminos, sino varios caminos, y que hay un camino —el más frecuentado— que es el de la democracia social, y que no es patrimonio de un solo partido político, sino de muchos partidos políticos en el mundo. Ese camino demuestra que, además de los derechos individuales, existen los derechos sociales; que entre el individualismo y el colectivismo también media otra alternativa, que es el solidarismo. Que entre el retorno al pasado y el salto al vacío están la evolución y la reforma. Que existe una metodología del cambio, según las reglas del juego. Que ello es distinto al regreso hacia atrás o a la ley de la selva. En definitiva, que ofrece modelos que implementan en muchas partes del mundo los partidos políticos social-cristianos, los partidos social-demócratas, los partidos (incluso) neoliberales avanzados, por mencionar nada más que tres grandes rubros de los que se hallan a la vista en muchas partes del mundo contemporáneo, y sin poner etiquetas con nombre y apellido, sino, simplemente, señalando caminos a los cuales puede acudir la sociedad.

Sí: esto es así; un crecido porcentaje de la población del mundo (incluso en América Latina) va transitando por estos caminos con adaptaciones metodológicas, y nadie puede dudar que es la metodología que están siguiendo en distintas partes de América: en México, en Venezuela, en Ecuador, en Brasil con los últimos cambios, en Perú, y no seguimos haciendo otras menciones para no incurrir en omisión alguna.

Todo esto nos está indicando que hay caminos posibles y que hay constituciones y armazones jurídicas que pueden ayudar, avalar, precipitar y resguardar los cambios inspirados en esa orientación y en ese sentido.

Entonces, la alternativa no es una Constitución protocolizante, es decir, una Constitución que notarialmente venga a relatar un estado de cosas, sino que también está presente la posibilidad de ir a una **Constitución suscitante** (y hasta diría excitante) porque nos impulsa (o nos puede impulsar, nos puede motivar, nos puede conllevar) a visualizar modelos y, entonces, a ver que hay un camino, que hay un horizonte, y que esa es la herramienta que puede, en definitiva, permitirnos alcanzar un poco lo que Ortega y Gasset llamaba "la idea de futuridad" que tiene que estar inserta en las Constituciones: él lo decía en las Cortes Constituyentes Españolas de 1931 como una forma de indicar que las Constituciones no podían resumirse a un mero enunciado del estado de cosas presente.

Por eso no nos asusta hablar de una Segunda República, o de una nueva República, o del cambio de la República, porque eso no significa renegar de las virtudes de la República permanente. Y eso, pues, no significa abdicar de una tradición histórica legítima del pueblo argentino, desde mayo y la independencia en adelante. La República seguirá siendo la misma: una sola. Pero las formas y los mecanismos institucionales tienen que variar, porque no estamos muy orgullosos de esa vieja República que nos puede llenar la boca de entusiasmo en las evocaciones históricas referidas a las efemérides o recordatorios de hombres ilustres, pero que cuando escarbamos, sabemos que ha tenido sus grandes falencias. Falencias lejanas y cercanas. Todos ustedes recuerdan las cercanas porque son las que hemos padecido; son las que nos entristecieron bajo el último régimen; son las que nos avergonzaron frente al mundo y nos sacaron de su inserción por obra de aquellos señores que se golpeaban el pecho diciendo que eran "derechos y humanos" y defensores de occidente, mientras practicaban dentro del país todo lo contrario de lo que se practica en occidente. En occidente hay libertad, acá no había libertad. En occidente hay pluralismo, aquí no había pluralismo. En occidente se respetaba la libertad humana, aquí había desaparecidos. En occidente se busca el bienestar, aquí traían miseria. Y así sucesivamente. Nos llevó a pensar tal como en circunstancias muy tristes de la historia francesa (cuando terminó la guerra) hizo lo propio Malraux al decir que había pasado para Francia el tiempo del desprecio: felizmente, creo que ha pasado para los argentinos el tiempo del desprecio. Nos vaya bien o nos vaya mal en la coyuntura, desde el punto de vista de una toma de conciencia podemos tener la seguridad de que ante la comunidad humana y ante la comunidad internacional hemos vuelto a adquirir la respetabilidad.

Pero, si vamos más atrás, tampoco vamos a reivindicar a la vieja República. Y podemos citar nada más que un testimonio: un testimonio arquetí-

pico de las figuras de la vieja clase conservadora, el testimonio de Miguel Ángel Cárcano. Historiador, hombre gobernante extraído del riñón de la clase conservadora, que cuando en la biografía de Roque Sáenz Peña habla de la revolución por las urnas y el balance de lo que había sido la vieja República, dice que los argentinos no hemos vivido en la realidad bajo el régimen del artículo 1° de la Constitución: República, representativa y federal; sino que habíamos vivido bajo el fraude; ya que el verdadero artículo 1° era el del fraude sistemático. Esa era la República bajo la cual nos habíamos gobernado. Y no lo decía un detractor, no lo decía un hombre del partido plebeyo, no lo decía un contestatario del régimen. Lo decía un hijo de la riñonada del propio régimen. Por eso, entonces, debemos creer que la necesidad del cambio constitucional está a la vista. Y si hay necesidad, pasa a segundo plano el debate sobre la oportunidad o sobre la conveniencia de la reforma de la Constitución, porque la propia Constitución subordina el cambio a la necesidad de la reforma. Y cuando algo es necesario hay que hacerlo aunque las circunstancias no sean del todo propicias, porque nunca se han dado, hasta ahora, las circunstancias enteramente propicias. Todos los cambios constitucionales se han hecho en medio de la imperfección o en medio de la no satisfacción de la totalidad de las condiciones ideales que podían aventar dudas o sospechas respecto de la practicidad del cambio a introducir. Siempre falta algo; nunca se dan todos los requisitos juntos: del clima ideal, la paz ideal, los hombres ideales, la convención ideal, del procedimiento ideal. Siempre falta algo. Pero el cambio se introduce. Tampoco las Constituciones serían necesarias si se producen las circunstancias ideales, porque yo creo que la única justificación final de los aparatos constitucionales reposa en la necesidad de regular la crisis, regular el cambio, regular lo imprevisto, regular lo que está saliéndose de las reglas del juego, para finalmente acotarlo dentro de las reglas del juego. Si todo fuera angelical no harían falta ni la sanción ni la norma que contempla la sanción. Y lo mismo ocurre con la regulación del propio cambio constitucional.

Por eso creemos que es mucho más justa y mucho más sincera la actitud de aquellos países que, teniendo un gran respeto por la vida constitucional (y lo que implica como exigencia de esa vida constitucional el acatamiento a la Constitución) la reforman cuantas veces sea necesario. Y conste que no son países de los cuales se pueda decir que han perdido las tradiciones constitucionales. Está el caso de los Estados Unidos, que ha enmendado veinticinco veces su Constitución; y si bien lo han hecho en partes vinculadas con la organización del poder, también es cierto que no han tenido necesidad de hacerlo en más, porque han tenido una enorme continuidad constitucional que les ha permitido, sobre el doble carril de la adaptabilidad de los partidos políticos y de la flexibilidad de la interpretación constitucional, ir ajustando la letra a nuevas figuras y a nuevas realidades sociales. Pero en modelos más sofisticados, como el de Suiza, que comienza su vida constitucional más o menos al

mismo tiempo que nosotros, o un poco antes (con la conversión de la Confederación Helvética en el estado Federal Suizo, en 1948) se han producido ya cien reformas constitucionales: ¡Cien reformas y no hay ningún apartamiento de la continuidad constitucional!

¿Qué vale más: esas experiencias o la hipocresía argentina de decir “la Constitución es inviolable”, cuando la hemos violado miles de veces? “La Constitución es irreformable” y la hemos condicionado decenas de veces. “La Constitución no es aggiornable” y la hemos desconstitucionalizado decenas de veces a través de los golpes de estado y otras desvirtuaciones anti-sistema.

Creo que es mejor tomar el toro por las astas y decir con toda sinceridad que, si hay que cambiar, hay que cambiar. Si hay necesidad hay que asumirla y producir los cambios. Quizás no con la ambición de un modelo ideal; quizás no con la frontera de la utopía que siempre es irrealizable y perniciosa porque lleva después a defraudar expectativas; quizás no con la aspiración de entronizar nuevos catálogos de ilusiones que después no se pueden cumplir y provocan una decepción respecto de la viabilidad constitucional de las propuestas; pero sí, quizás, con el verdadero propósito de producir, en definitiva, un gran sinceramiento como respuesta al proceso hipócrita de violación y desconstitucionalización que venimos sufriendo desde 1930 en adelante.

Nada de esto habrá de quitar mérito a la Constitución histórica de los argentinos. Nada de esto significa restar un ápice al prestigio, ni negar la deuda de gratitud que la obra constitucional del siglo pasado mereció y merece para todos los argentinos. Nada está más lejano de nuestro ánimo que infundir al pueblo la sensación de que se minimiza o subvalúa el mérito de esa obra constitucional. Sería una deshonestidad de nuestra parte, como lo sería el hecho de llevar veinticinco años enseñando esa Constitución.

Pero, en definitiva, la propia Constitución quiso su cambio. Y los propios autores de la Constitución abrieron las puertas del cambio. Cuando tuvieron que modificarla la modificaron, como ocurrió en 1860, en 1866 y en 1898, para hablar tan sólo de las generaciones del siglo pasado. Es decir que ese fenómeno es singular y contradictorio, pues lleva en este siglo y a último momento, a convertir a nuestra Constitución (inesperadamente) en la tabla de salvación cuando en los días ansiados de 1982 y, sobre todo, a partir del derrumbe por la derrota de Malvinas, la sociedad argentina se encuentra desolada y busca una oportunidad de restablecer las reglas de juego para poder operar de nuevo por la vía civilizada y no en la ley de la selva. Entonces, aparece la Constitución, curiosamente, como un valor carismático. Algunos creímos primero que era una actitud snob, una de las tantas a que nos tienen acostumbrados las frivolidades de las pseudo-clases dirigentes argentinas, que de repente se acuerdan que existe la Constitución como el oxígeno que sólo se lo percibe cuando falta, porque cuando existe es la cosa más normal. ¿Y sería una cosa snob y pasajera? ¿O es la cosa más normal? El fenómeno del carisma

en nuestro país, circunscripto siempre al de la personalidad del líder o, en el mejor de los casos, de una institución, se transpola al conjunto de normas, porque éstas son visualizadas como el camino a seguir para provocar el reencuentro. Y esto es lo que conduce, en 1982, a que en el gran acuerdo de la Multipartidaria todos los partidos —incluso los que en su momento cuestionaron la Constitución de 1853— aceptaran que la Constitución histórica fuera la regla para volver a la normalidad constitucional, sin abandonar y sin declinar las postulaciones de ulterior enmienda o reforma de la Constitución, pero eso una vez que estuvieran recompuestos los mecanismos de la vida constitucional del pueblo.

De ahí que lo que hay que reformar es la Constitución de 1853 y no reestablecer la de 1949, porque eso ni lo quiso hacer Perón en 1973, ni tiene sentido ahora, porque es volver también a una etapa del pasado, en la que —sin abrir juicio— hay cuestionamientos que estuvieron en su momento pendientes y, por qué no decirlo: si hay un autor francés que dijo que hasta las civilizaciones son mortales, cómo no vamos a admitir que también las Constituciones, al cabo de un cuarto de siglo, envejecen. Tenemos que ir a otra formulación constitucional y no enredarnos en disputas del pasado que lo único que van a hacer es desencontrarnos, dividirnos y ponernos delante el árbol que no nos deja ver el bosque.

Por eso, lo fundamental de este proceso que se inicia es el acierto en la metodología de trabajo. O acertamos en la metodología de trabajo o erramos el camino y frustramos entonces la salida constitucional que la comunidad necesita y que el pueblo ansía. Y es preciso repetirlo: lo que ha fallado en el siglo actual, cuando hemos intentado cambios constitucionales, es la metodología de trabajo; entonces, hay que reparar en los errores, no para hacernos imputaciones, sino para que dejemos de lado la dramática aseveración de que el argentino es el único “animal político” que demuestra históricamente su capacidad tardía para la rectificación, ya que puede tropezar no dos, sino tres, siete o diez veces con el mismo obstáculo y seguir tropezando, porque no tiene reflejos como para corregirse sobre la marcha. ¡Debemos dejar de lado esa jurisprudencia! Y la única metodología posible es la democrática, con consenso, con concertación, que no incurra en los errores del pasado, en que por un motivo u otro las constituciones reformadas fueron visualizadas como el producto de una dominación temporaria de la mayoría de turno, no importando mayormente la voluntad o la suerte de los demás sectores. Y entonces, la reforma de 1949, con cosas positivas y algunas negativas, la convención de 1957 y la enmienda de 1972 en un error total respecto del procedimiento de legitimación (que no lo tuvo), fracasaron por motivos distintos, pero las tres fueron visualizadas por la comunidad como imposiciones constitucionales: fueron visualizadas como el producto de la sola voluntad del detentador del poder, que podía ser legítimo como en el '49, que podía estar viciado en el proce-

dimiento como en el '57, o que podía ser manifiestamente ilegítimo como en el '72; pero la respuesta de la comunidad fue pareja, y quizás no concomitantemente sino en tiempos distintos, porque el resultado es el carácter efímero de las reformas y no el carácter perdurable de los cambios que se propiciaron.

Por eso proponemos lisa y llanamente ir al acuerdo constitucional. No nos molesta la palabra **acuerdo**. Hay que procurar un **acuerdo constitucional** entre los argentinos, porque la Constitución va a ser hecha **entre todos** y **para todos** o no será la Constitución de los argentinos. No puede haber imposición constitucional; no la puede haber, por razones aritméticas; pero no debe ser que no la haya nada más que por eso. No debe haberla por razones conceptuales y por razones de filosofía política en torno de la que debe realmente quererse y sentirse como cambio constitucional, para que a éste lo vivencie la comunidad argentina como propio de todos ellos.

El modelo no es, entonces, el pasado reciente de los argentinos, sino la experiencia española de la ponencia constitucional, en la que en definitiva, ningún sector ha visto totalmente colmadas o calmadas sus expectativas constitucionales. Todo el espectro español —salvo los irreductibles de la izquierda y los nostálgicos de la extrema derecha— representado por los partidos y fuerzas sociales, ha visto una respuesta satisfactoria en una Constitución que le permite ahora ponerse a la avanzada de los pueblos de Europa y estar plenamente integrada en esa realidad que es la comunidad europea compuesta totalmente por democracias pluralistas y sociedades industriales en proceso avanzado.

¿Y por dónde debe comenzar la metodología? Por la concertación de los temas. No por la concertación de las soluciones, de los contenidos concretos, la que vendrá o no vendrá después. La concertación inmediata, la concertación a buscar es la de los temas: aquéllos que hay que cambiar, aquéllo que debe cambiar, aquéllos sobre los cuales tenemos conciencia de que es menester producir un **aggiornamento**. Hay que concertar los temas. Y aquí surgen, evidentemente, en el debate público y a la altura en que nos encontramos, cuatro posturas bien definidas y de distinta procedencia.

Está el viejo discurso antirreformista, siempre contrario a la reforma, No hay que reformar la Constitución, pero por una razón u otra las posiciones comienzan a dividirse después de un enunciado tajante. Es más fácil la unidad en el no. Surgen las dificultades cuando hay que esclarecer las razones del no, como es también muy difícil concordar en el sí, porque hay que dar las razones del sí. Entonces, en el **no** están los que nunca quieren la reforma porque tienen terror pánico a la reforma: son los mismos a los que no les ha importado la violación de la Constitución cuantas veces sea necesario, siempre que lo haya sido por gobiernos que protegían sus intereses.

Están los que podríamos llamar constitucionalistas del artículo 17. Lo único que defienden es la inviolabilidad de la propiedad privada y tienen

un miedo-pánico a que se pueda hablar de la función social de la propiedad, como si eso fuera colectivizar la propiedad o como si ello implicara ponerse plumas y volver a las civilizaciones precolombinas de la vida comunitaria en promiscuidad.

Están los que siempre quisieron la reforma de la Constitución y ahora no la quieren porque puede traer inseguridad jurídica y eso no atraería a los capitalistas extranjeros que tienen que venir a avalar nuestro proceso de desarrollo.

Están los que dicen que no hace falta la reforma de la Constitución porque ellos gobernaron sin reformarla. Claro, gobernaron siempre con estado de sitio y con plan Conintes y entonces, tampoco había mucha necesidad de aplicar toda la Constitución en su conjunto.

Están las expresiones académicas que sostienen la existencia de un gran capítulo de contenidos pétreos en la Constitución y que cada vez ensanchan más el bolsillo de los contenidos pétreos. Así, para algunos pronto va a ser pétrea hasta la fecha en que hay que iniciar las sesiones ordinarias del Congreso. Empezaron con la forma republicana y el estado federal, pero siguen agregando contenidos pétreos, en una posición que no tiene la franqueza de proclamar que es ideológica y doctrinaria, pero no jurídica ni técnica. No quieren reformar porque no quieren correr el riesgo de cambiar. Pero si es así, pues que lo digan, porque reformar se puede. Lo que no me parece correcto es decir que no se puede reformar lo que sí se puede reformar.

Están, después, los del extremo opuesto: los afiebrados del cambio social. Como quieren cambiar el sistema y tirarlo por la ventana, proponen también el cambio constitucional total. Una Constitución para otro estado y para otra sociedad. Pero la sociedad no quiere ir a otro estado totalmente distinto. Eso no corresponde con el grado de aspiraciones y de vivencias que la sociedad argentina tiene en la actualidad. Que quiere cambios, que quiere **aggiornamento**, que quiere transformación, que quiere despegue, que quiere oportunidades: sí; pero no quiere hacer un corte abismal respecto de las grandes reglas del juego que han presidido a la sociedad argentina, sobre todo en la concepción de los valores subyacentes que la alimentan filosóficamente y que se los vivencia hoy y aquí como vigentes y debidamente adaptados. Esto es la utopía constitucional; es el salto en el vacío; sólo lo pueden querer los que no tienen votos, porque es una forma de llamar la atención y poder hacer ruido, pero no hay consenso detrás de esa postura.

Entonces, quedan dos posturas más, una vez descartadas éstas, que son neutralizables entre sí. La postura de una reforma limitadísima de la Constitución, pergeniada con una finalidad mecanicista, para asegurar algún proceso electoral y retocar algún aspecto procedimental: y poco favor le hacen a la reforma de la Constitución los que envuelven el tema bajo el manto del reeleccionismo presidencial, pues eso vendrá por añadidura. Si ya estaba en

el '49, si ya estaba en el '72, no es novedad; por ende, nadie se va a escandalizar por eso.

Están los que se oponen, pero también estarán los que están a favor. Están los que no podrán decir **no** ahora porque dijeron **sí** en su momento.

Y la cuarta postura (que es en la que nos enrolamos) es un cambio constitucional en serio, importante, parcial, puntual, pero no de salto en el vacío. Un camino que involucre diez, veinte, treinta cuestiones. No es un problema de hacer un orden taxativo, un catálogo; habrá que hacerlo al concertar los puntos. Pero no hay que limitarlo nada más que al problema del Poder Ejecutivo o al problema del Congreso. Puede abarcar aspectos del Estado federal, abarcar el capítulo de las Declaraciones, Derechos y Garantías si ésto resulta necesario en mira a la finalidad de armonizar democracia con eficacia, de reequilibrar al país territorialmente, funcionalmente y garantísticamente, de modernizar en su conjunto el aparato estatal para ponerlo a tenor y en condiciones de respuesta con los requerimientos que una sociedad activa y participante le dirige en forma inexorable a ese aparato gubernamental y todavía tiene respuestas insatisfactorias. Entonces, la medida de la reforma constitucional está dada por la dimensión que tengamos del sentido de esa reforma, es decir, del sentido del cambio constitucional y no por un problema aritmético de dos o tres artículos ubicados fatalmente en una parte de la Constitución y excluida apriorísticamente la otra parte de la Constitución.

Por eso yo creo que no es bueno circunscribir el debate diciendo que sólo se va a tocar tal capítulo de la Constitución. Y no es bueno cortar las citas históricas con las cuales se pretende, a veces, avalar esas opiniones. La cita infaltable (\*). Alberdi era muy inteligente, muy sagaz, era un hombre con una gran capacidad analítica, hondo nivel reflexivo; él veía perfectamente que hay dos clases de Constituciones y lo dice en **Las Bases**: Constituciones para la etapa de iniciación y transición, unas, y Constitución para la etapa de consolidación y definitiva, otras; y ubicaba perfectamente en la primera a la Argentina, es decir, en la iniciación, en la transición. No estaba convencido de que la Constitución sancionada era la Constitución definitiva. Protestó por la reforma del '60 porque la norteamericanizaba más a la Constitución, apartándola del modelo del '53 producto del Acuerdo de San Nicolás. Pero él no quería cristalizar el modelo, y así incluyó también en su proyecto un artículo como el 30 para admitir la reforma, no sólo parcial, sino parcial o total de la Constitución, tal como generosamente los constituyentes lo dejaron allí estampado. Y por supuesto que Alberdi sabía que la interpretación no cubría todas las posibilidades de adaptación constitucional que sobrevendría ante circunstancias im-

(\*) "Conservar la Constitución es el secreto de tener Constitución. ¿Tiene defectos, es incompleta? No la reemplacéis por otra nueva... La interpretación, el comentario, la jurisprudencia, es el gran medio de remediar el defecto de las leyes".

previstas al momento en que los constituyentes fijaron la letra de la Constitución. El sabía que la interpretación había sido importante en los Estados Unidos y podría llegarlo a ser entre nosotros como en cualquier otro país del mundo donde las palabras tienen un sentido que lo va precisando el intérprete. Pero una cosa es interpretar hoy de manera distinta que ayer, términos de la parte dogmática de la Constitución, como libertad, propiedad, igualdad, seguridad, garantía; y otra cosa es toparse con mecanismos, con plazos y con órganos, que están establecidos en la Constitución y que están perfilados en su relación recíproca, en su competencia, en su origen, en la forma de Constitución, y que hay que **cumplir, violar o reformar**. Pocas veces hemos cumplido. Muchas veces hemos violado y nos resistimos a reformar. Los tres caminos son esos.

Nosotros creemos que lo que hay que hacer es reformar para tratar de poder cumplir mejor ante exigencias y requerimientos que han cambiado agudamente. Por supuesto que nuestros grandes doctrinarios nunca dijeron que la Constitución fuera obstáculo insalvable para el cambio pero, desde luego, el cambio tiene modalidades para la implementación. Y la Constitución no ha sido un obstáculo insalvable para el cambio mental.

Alfredo Palacios, socialista, señalaba que el único artículo que de alguna manera podía demorar el cambio era la palabra "inviolabilidad" en el artículo 17 de la Constitución, aunque la Constitución no define esa propiedad y la propia ley que la implementa puede crear varios tipos de propiedad. Y un teórico más extremo en ese sentido, como Silvio Frondizi, señalaba que para él sólo hacía falta reformar dos artículos de la Constitución, el 17 y el 22, porque él creía que el 22 obstaculizaba la forma semidirecta de democracia. Creemos que no. Disentimos con la doctrina constitucional clásica o conservadora y nos enrolamos con la doctrina de Sánchez Viamonte que admite perfectamente la cabida institucional de las formas semidirectas de democracia en nuestro régimen, como ya lo han hecho muchas provincias argentinas y como lo hemos intentado a través de la famosa consulta del año '84 sobre la conveniencia de aprobación del Tratado de Paz con Chile.

No hay ninguna irrespetuosidad hacia la historia constitucional, ni tampoco hay ningún sentido de la fatalidad, sino que media la comprensión de la facilidad y de la funcionalidad, para que el tránsito y el cambio se hagan más acorde con las reglas del juego y no en la cornisa de la legalidad o en el entorpecimiento que pueda significar la utilización de mecanismos que en algunos casos resultan disfuncionales, como son hoy en día la mayor parte de los mecanismos de la Constitución vinculados con el rol del Congreso, la formación y sanción de las leyes, el control parlamentario, la responsabilidad gubernamental, el juego de relaciones entre el Estado Federal y el Estado local, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, el juicio político; por señalar nada más que enunciativamente seis o siete rubros donde la disfuncionalidad es evidente y patente para el observador más o menos objetivo.

Nosotros pertenecemos a una fuerza política, el radicalismo, que hizo siempre gran hincapié en el respeto de la Constitución, por lo que hay que aclarar los términos de esa expresión de fe constitucional.

Cuando Yrigoyen, en 1916, está en las puertas de la presidencia, dice: "Mi programa es la Constitución". Algunos le reprochaban indefinición. Era una gran definición. Porque hasta el '16 o hasta la ley Sáenz Peña, había regido lo que yo llamo "el reinado aristocrático de la Constitución". Los mecanismos estaban. La Constitución estaba. Los órganos existían, funcionaban, se relacionaban, pero —como era muy común en esa época decir—"todo por el pueblo y para el pueblo, pero sin el pueblo". Faltaba la energía vivificante. Faltaba esa savia y esa sangre motriz que era la voluntad popular. Y llegó la **revolución por las urnas**. Por eso, el programa era cumplir la Constitución dándole la parte faltante a la vida constitucional, que era la voluntad popular, la soberanía popular, el reinado del soberano, la vuelta del pueblo. Y eso es lo que se inicia en 1916, se descompagina en 1930 y nos lleva a los desencuentros y a las vicisitudes constitucionales que hemos conocido en más de 50 años y que no es oportuno repetir el catálogo de tales desaciertos porque todos los conocemos y todos los hemos padecido.

Pero el propio partido de Yrigoyen, desaparecido Yrigoyen, siente la necesidad de colocar en su plataforma una postulación doctrinaria "avant-la-lettre" de la Constitución, toda vez que no estaba en la letra de la Constitución porque no eran fórmulas políticas del siglo pasado. Y es así como en plena década de la restauración conservadora, en 1937 nuestro partido incorpora la fórmula de la **democracia social**, para la campaña electoral de Alvear, quien resulta derrotado por el fraude de la concordancia. Un gran profesor de Derecho Social, Leónidas Anastasi, redacta esa plataforma de la **democracia social** a la cual hoy nos referimos no ya como patrimonio de un partido, sino de postulaciones doctrinarias afines en el marco de las sociedades contemporáneas. Esto fue hace medio siglo.

Por eso, todos los grandes partidos políticos argentinos han sido y tienen que ser reformistas, porque no es una prédica ocasional, no es un descubrimiento de la víspera, no es un resorte que aparece como por arte de magia; sino que es la línea coherente de una postulación que viene por años y años perseguida pero desvirtuada o postergada por fatales desencuentros entre los argentinos. Y por eso es que hemos comenzado por el Derecho Público Provincial, a través de las siete provincias que han avanzado en las reformas de sus constituciones; y donde en la mayor parte de los casos por gran consenso (incluso en casos por unanimidad) se ha llegado a una fórmula constitucional satisfactoria, donde nuevamente se comprueba que las fórmulas del Derecho Público Provincial siempre son mucho más adelantadas y avanzadas que las del Derecho Público Nacional, dada la pesadez del mecanismo nacional y la mayor fluidez y adaptabilidad de los mecanismos provinciales.

¡Y cómo no lo van a saber los sanjuaninos desde 1927 y los entrerrianos que ya en 1933 tuvieron una Constitución de avanzada en muchos temas!

¡Y cómo no lo van a saber las nuevas provincias que en la década del 50 pasaron de territorio a provincia, y que se dieron fórmulas realmente progresistas y progresivas, más allá de lo criticable! Sabemos que los autores siempre están dispuestos para señalar lo erróneo, que hay muchos catálogos de ilusiones, que hay verborragia, que hay nominalismo, que hay verbalismo, que hay exceso de cláusulas programáticas y que hay frondosidad normativa; pero busquemos también lo positivo y hallaremos el acierto de muchas de esas cláusulas dentro del modesto campo en que el Derecho Público Provincial actúa. Porque también sería erróneo creer que una Constitución provincial puede por sí sola cambiar la concepción de una sociedad. El cambio de una sociedad, si se habrá de producir, lo tendrá que protocolizar el constituyente nacional, porque es a él, al soberano todo del pueblo argentino al que le corresponde notificar un cambio así; y no al constituyente provincial, que lo que sí puede hacer son dos cosas muy valiosas: acrecentar el garantismo, y, sobre todo, funcionalizar los poderes y los instrumentos de gobierno.

Siempre hubieron proyectos constitucionales de cambio en este siglo. Por eso llama la atención que muchos sectores se retraigan ante la perspectiva del cambio constitucional. Basta repasar cualquier catálogo de anales legislativos para ver que en este siglo antes del '49 y después del '49, antes del '57 y después del '57, se propusieron cambios constitucionales, incluso por los que hoy se oponen desde las fuerzas conservadoras, por el llamado Centro, por aquellos que de una y otra manera dicen que no es la oportunidad, que no es conveniente, que no es necesario. Grandes profesores clásicos de Derecho Constitucional, de esos que hoy realmente son figura señera del academicismo, propiciaron reformas constitucionales, porque consideraron que el texto de la Constitución histórica era perfectible y era urgente modificarlo para evitar deformaciones patológicas que perjudicaban el crecimiento de la democracia argentina. Hombres como Gonzales Calderón, que no era precisamente un revolucionario, propiciaba cambios constitucionales; así como también Rodolfo Rivarola y tantos otros autores, que no voy a hacer catálogo en este momento. En aquella época y por aquellos profesores no se incurría en la idolatría constitucional ni en la "beatería" constitucional. Se entendía, claro, que las Constituciones son herramientas, medios, instrumentos, pero no un fin en sí mismo. Si el Estado es un medio, como no va a ser la Constitución una herramienta. Si el Estado no es un fin en sí mismo, porque los únicos fines son los individuales y los sociales (decía Sánchez Viamonte que sólo el individuo y la sociedad tienen fines; el Estado tiene finalidades); ¿cómo, entonces, se va a incurrir en la idolatría de creer que el texto es irreformable porque es la panacea? El temor a la reforma de la Constitución tiene otro origen; y ahí tenemos que hacernos cargo de algunas culpas colectivas y algunos errores pasados

El temor a la reforma nació del caldo de cultivo de la soberbia sectorial anidada en algunos momentos en la sociedad argentina. La soberbia del vencedor, la soberbia de aquél que cree que, porque está, va a estar siempre y puede hacer todo, o que tiene que dejar todo hecho para que todos los que vengan después no lo puedan cambiar. Y aquí, nadie puede tirar la primera piedra, porque a todos nos comprenden las generales de la ley. Esa soberbia, que sobredimensionó la fuerza constituyente del detentador del poder, llevó a crear en ciertos sectores de la sociedad argentina, el temor o pánico ante el cambio constitucional: es mejor dejar las reglas del juego tal como están, porque el cambio puede ser que resulte un salto en el vacío y no estamos preparados para absorber o asimilar los riesgos que conlleva un vuelco a la incertidumbre.

Por eso, para eliminar el temor, lo que debemos hacer es ahuyentar el riesgo; y así digamos claramente a toda la sociedad argentina para su tranquilidad: no tiremos bombas, no tiremos petardos, no utilicemos el tema del cambio constitucional para la panacea. Digamos, lisa y llanamente, que las Convenciones **no son soberanas**, porque el único soberano es el pueblo y la palabra final la tiene el pueblo. Digamos desde el inicio, que no vamos por el cambio constitucional al vacío; que no vamos al cambio constitucional desconocido; que vamos a la reforma puntual, concertada, parcial, acordada. Y eso va a dar seguridad en la sociedad argentina, va a actuar como una salvaguarda o garantía y va a desarmar los argumentos de los opositores al cambio constitucional.

Como todos saben, la reforma constitucional tiene tres etapas. Tiene una etapa preconstituyente, cuyo ámbito exclusivo y excluyente desde el punto de vista de las competencias, es el Congreso de la Nación, porque el único juez de la necesidad de la reforma, según la Constitución, es el propio legislador ordinario y lo es por la mayoría calificada de los dos tercios de sus miembros. Mayoría calificada que ya está reflejando e indicando de por sí la necesidad de la concertación y del **acuerdo constitucional** entre los grandes sectores componentes de la sociedad política del país. Pero viene una segunda etapa, que es la que tiene como ámbito al pueblo y como intermediarios a los partidos políticos: el debate constitucional, la campaña para la elección de los constituyentes, la oferta de las alternativas de programas y candidatos que presentan los partidos; y el pueblo va a elegir en función de esas alternativas; y el pueblo se va a inclinar en función de esas posibilidades; y el pueblo va a tener fundamentalmente en cuenta todo eso que los partidos ofrezcan en hombres y temas.

Y, por ende, no sería correcto que una convención constituyente se saliera del cauce o se fuera al desmadre, y se erigiera en soberana más allá del mandato que el pueblo le ha dado, porque eso sería clandestinidad constitucional. Un acto así sería defraudación de la voluntad popular y eso, en nuestro sistema, desgraciadamente, no es corregible, porque a diferencia de otros

países, el poder lo tiene la Convención y la Convención da la palabra final. Luego se promulga la reforma, y no, como en Francia, que el pueblo, en un referéndum dice sí o no: y así fue que dijo **no** en varias oportunidades. En 1946 rechazó el primer proyecto de Constitución y hubo que elegir otra Asamblea que redactó otro proyecto. Y en 1969 le dijo **no** a De Gaulle en la última reforma y éste sometiéndose ante la voluntad popular, renunció. O en Suiza, donde la más mínima reforma, así cambie medio artículo de la Constitución, tiene que ser aprobada por la mayoría del pueblo y de los cantones.

Entre nosotros no es así. El pueblo no tiene la instancia para corregir la exorbitancia del constituyente; y por eso mismo el constituyente tiene que ser respetuoso de la voluntad popular, porque si no el pueblo hubiera elegido de otra manera o hubiera dado otro mandato.

La gran seguridad que la clase política le puede dar al pueblo argentino es decir "vamos a reformar estos puntos". Cada uno tendrá su mandato, pero son éstos los que vamos a reformar y no a aprovechar la circunstancia de ser mayoría accidental para reformar otros o querer cambiar totalmente la Constitución.

No hay que olvidarse también que el constituyente no puede ser soberbio, no sólo porque no es soberano, sino porque el que realmente da acatamiento o desacatamiento a las Constituciones, en última instancia, es el pueblo o la comunidad; y si la comunidad retacea el acatamiento, la reforma fracasa o la Constitución rige parcialmente; y si la comunidad rechaza el acatamiento, no hay Constitución. Recuerden las experiencias dolorosas de nuestros constituyentes de 1819 y 1826. Los del '19 por presumidos de monárquicos y los del '26 por confesos de unitarios, sancionaron constituciones a espaldas del país: no tomaron en cuenta la voluntad del pueblo y sancionaron **la hojita de papel**. De nada valió que la hicieran traducir al francés para exhibirla en Europa y así pretender demostrar ante los pueblos de aquella época que no éramos indios con plumas, sino gente civilizada que teníamos hasta una Constitución. No rigieron un sólo día ninguna de las dos Constituciones. No sirvieron absolutamente para nada, salvo, para que las estudien los historiadores (SIC).

Entonces, como dice Herman Heller (y no debe dejarse de repetir) el constituyente debe concientizarse y mentalizarse de que su función es ofrecer **un plan** de ordenación constitucional. El constituyente presenta **una oferta**, o sea, una planificación de Constitución o de reforma constitucional; pero es la comunidad la que con su acatamiento por los detentadores y por los destinatarios del poder brinda, en definitiva, el dato fundamental que es el de **vigencia**, que es el de la efectividad, pues como lo ha dicho aun el más positivista de los positivistas (Kelsen) un mínimo de efectividad es también una condición de la validez. Si no hay un mínimo de efectividad no tiene sentido hablar de la validez de las normas. Y para eso, el constituyente tiene que tomar en

cuenta dos limitaciones, que no tiene importancia que se las ponga en las normas, porque están más allá de las normas, son **meta-jurídicas** y comprenden a todo constituyente, no solamente al reformador, sino al fundacional (al que crea el Estado) y al revolucionario (al que surge después de la revolución francesa, de la revolución rusa, de la que sea). Me refiero a la limitación derivada de las creencias de una sociedad, es decir, las limitaciones propias de una doctrina compartida, y por otra parte, a las limitaciones emergentes de la realidad social subyacente más los factores reales de poder. El constituyente que ignore esos dos datos, es un constituyente que delira y que, en definitiva, ofrecerá termómetros álgidos pero no presentará fórmulas viables en la alternativa que se ofrece. Por eso creo que no estaría de más que en una reforma constitucional se reforme el artículo de la reforma y se incluya la palabra final del pueblo en un referéndum aprobatorio para las reformas constitucionales que se hagan en el futuro, para que así sea el pueblo el que diga sí o no, en forma institucional y formalmente, a la propuesta de los constituyentes.

En cuanto al contenido de la reforma, cabe deslizar algunas ideas, porque éste es el debate que recién se inicia. Este es el debate que se abre paso en la sociedad argentina. Es el debate no finiquitado, sino *in fieri*, que embrionariamente se está entretejiendo entre partidos y sectores.

Dijimos ser partidarios de una reforma relativamente amplia de la Constitución. Puntual, pero amplia; concertada pero no estrecha; y, por supuesto, que no se limite a mecanismos electorales o a un tema de reelección o no reelección. Un tema ante el cual nos definimos con toda claridad porque, mucho antes de que Alfonsín soñara ser Presidente y yo adviniera diputado, ya en 1970, propusimos en la VIII Conferencia Nacional de Abogados, el sistema a la americana de los cuatro años presidenciales con una reelección. De modo que nadie puede sospechar que ahora propongo soluciones "ad usum delphinis". Y tampoco me comprenden las razones que llevaron a que nuestro partido se opusiera en el '49 al reeleccionismo, porque las circunstancias son distantes y distintas. Por lo pronto, han cambiado el país y la sociedad. Hoy es un país mucho más pluralista, con una libertad política mucho más amplia, real y profunda; y, además, el reeleccionismo de 1949 era por seis años y sin términos, mientras que el reeleccionismo que proponemos sería por cuatro años y para un sólo período subsiguiente. De modo que no confundamos las aguas en el debate.

Por lo demás, yo propongo una reforma que incluya los siguientes puntos: la incorporación (previo su examen crítico y eventual actualización) de las propuestas emergentes de la enmienda de agosto de 1972, producto de un amplio debate y un gran trabajo meritorio de una Comisión en la cual estaban representados grandes sectores del espectro político del país, que fracasó porque la Junta Militar impuso la reforma por bando-decreto y no aceptó la tesis de la convocatoria a la Convención Constituyente o la celebración de un

referéndum popular que por lo menos ratificara la enmienda para legitimar las nuevas reglas del juego.

Pero el contenido de esas enmiendas gozaban de un gran consentimiento, sobre la base de que eran fórmulas que aggiornaban todo el aparato constitucional vinculado con la elección del ejecutivo, la transformación del Senado, la elección de los Diputados, la renovación de los mandatos, las relaciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, algunas de las competencias del Congreso, el jury de enjuiciamiento, la posibilidad de relación entre el ejecutivo y el legislativo en la sanción de las leyes cuando media el veto, etc. Proponemos un segundo capítulo de reformas con la inclusión de las instituciones de participación. El pueblo quiere ensanchar el sistema y no achicar el sistema. Quiere agregar la democracia participativa y no eliminar la democracia representativa. El pueblo quiere sumar y no restar instituciones. El partícipe es un comprometido, porque se siente formando parte del sistema y defiende el sistema. Incorporaremos formas de participación y no sólo las formas políticas llamadas de democracia semidirecta como la **consulta**, el **referéndum** (que puede ser "ante legen" o también "abrogatorio"), como también la **revocatoria**, que ya existe para ciertos niveles de funcionarios en las provincias, como asimismo la **iniciativa** para poder destrabar la sanción de leyes en aquellos casos en que hay dificultades (como estamos observando ahora) en las discrepancias de ambas Cámaras en ciertos temas y el pueblo pueda, en definitiva, dar su palabra con prescindencia de la intermediación de los representantes. Pero podemos insertar otras formas de participación, dando competencia a un **Consejo Económico y Social**; convirtiendo al **Ministerio Público** en un representante de toda la sociedad y no sólo en una herramienta confusa que a veces creemos que sólo debe estar a disposición del Poder Ejecutivo; estableciendo el **Defensor del Pueblo** o comisionado parlamentario; estableciendo los **jurados** y otras instituciones de participación ciudadana en el ámbito judicial; y de **participación federal** en el ámbito de las relaciones entre el estado local y el estado nacional. No olvidemos que la participación es un **umbral** y no un **techo**; y cuando un pueblo comienza a participar, va a abrir por sí solo nuevos cauces de participación. La participación tiene comienzo pero no tiene un tope, porque el tope es impredecible, ya que la imaginación y las necesidades van creando nuevas herramientas y nuevos cauces. Y eso no hace ingobernable a la sociedad, como pretenden inferir los teóricos de un conservadorismo trasnochado. La ingobernabilidad viene por otros factores, pero no a causa de la participación.

Un tercer capítulo tiene que constituirlo todo lo vinculado con la inserción de la Argentina en el mundo, y, más concretamente, en el plano de la integración latinoamericana. La integración latinoamericana ha comenzado, es dificultosa, es mucho más compleja que la europea porque partimos de niveles de desarrollo bastante distintos (y la última gran empresa común que tuvimos, fue la independencia y en el siglo pasado), pero la integración

latinoamericana va caminando, porque en el siglo XXI la única realidad van a ser las **grandes moles continentales**; las grandes entidades como los Estados Unidos, la Unión Soviética con el Comecon, la Comunidad Económica Europea, la Organización Africana, el Tercer Mundo por un lado y América Latina que es parte especial, por el otro. Y eso requiere mecanismos que habiliten competencias delegadas. Ya hay dificultades jurisdiccionales con cláusulas como los artículos 27 o 100 de la Constitución Nacional, para poder avanzar más en este embrión de integración con países hermanos que seguramente se acrecentará cuando Chile se recupere para la democracia; y el Cono Sur, que es la parte más predispuesta a la integración, pueda avanzar sobre carriles democráticos compartidos. La Argentina ha dado ya pasos que nos incorporan a jurisdicciones internacionales, como aceptar la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y eso requiere convalidar muchos otros pasos de jurisdicción en el plano interior.

Como cuarto capítulo que hay que incorporar en la Constitución, debe haber una cláusula o varias cláusulas programáticas, tanto en el sentido directivo como en el sentido interpretativo. No con la finalidad de poner **catálogos de ilusiones**; toda vez que debemos tener bien presente la experiencia de los juristas del derecho público alemán, que hace tres años dijeron: “no más catálogos de ilusiones”. La sociedad reclama otras cosas: exige herramientas, efectividades, instrumentos en la mano del ciudadano, para poder hacer realidad lo que está en la norma constitucional, o sea para interrelacionar la norma con la posibilidad fáctica de ejecución. Pero hay que incluir cláusulas interpretativas para evitar que intérpretes anquilosados puedan, a una nueva Constitución, interpretarla en el sentido pretérito o en un sentido fuera de la letra; y, por el contrario, para que tengan que interpretar al texto a tenor con los valores constitucionales protegidos. Así, por ejemplo, si optamos por el solidarismo, pues entonces que el solidarismo esté en la Constitución, para que la Constitución no sea tergiversada por el individualismo, sino interpretada por la filosofía que debe vincular a los gobernantes con la Constitución; y, por supuesto, para que el gobernante político tenga el **indirizzò** (la dirección) y cuente con cláusulas que le indiquen la política constitucional a seguir en la aplicación de normas que habrá de implementar la Constitución.

Por último, favorezcamos la regionalización para redimensionar el Estado federal argentino. Vuelta a Dorrego, el gran federal doctrinario que vaticinó en el debate de 1826, que no se trataba de una verborragia federal ni de un federalismo nominal, sino de crear entidades equivalentes en igualdad de condiciones; o sea, provincias que fueran provincias y no carátulas de expedientes, y que tuvieran medios para poder en términos reales competir en la unión federal. Y esa meta puede ser en el esquema del federalismo político existente, pero sin abandonarlo como forma de Estado actual, porque se comprenden las razones históricas y espirituales que lo animan. Puede haber implemen-

tación socioeconómica por los carriles intermedios de lo regional, porque no todo lo que excede a la competencia de una provincia tiene que ser central, y no todo se puede hacer por el esfuerzo de una provincia o por delegación del centro hacia una provincia. Creemos que se ha concientizado un nivel intermedio, al que hay que canalizar institucionalmente, que son las grandes regiones que componen nuestra unión nacional y que deben tener estructura jurídica adecuada a niveles de planificación, de ejecución y de control para cumplir las grandes decisiones comunes. Así lo señalamos en los dictámenes de la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Institucional (1971).

Queda en pie el tema del presidencialismo y del parlamentarismo. Tema sobre el cual las palabras suenan como ruidos. Presidencialismo o parlamentarismo son sonidos que poco dicen en la realidad concreta, como muy pocas palabras mantienen precisión cuando el tiempo transcurre y las realidades cambian en el mundo político.

Cuando sancionamos nuestra Constitución, era muy clara la alternativa entre monarquía o república. Nadie se equivocaba. Hoy, monarquía o república son ruidos. Vemos en muchas partes del mundo que hay monarquías constitucionales democráticas donde la suma de felicidad que el hombre recibe por vía de derechos civiles, políticos y sociales, más la seguridad, es tan grande, que están cerca del edén. Y hay republiquetas que, más allá del nombre, son autocracias o totalitarismos donde el hombre está sometido a la abyección y donde no se respeta la más mínima dignidad de su persona o de su existencia física o espiritual. De modo que las palabras quieren decir poco.

Unitario y federal: ¿qué quieren decir hoy en día? No hay un solo estado federal; hay diversos modelos. Italia es unitaria y regionalizada, y en la práctica tiene más descentralización que nosotros, pues es un estado unitario pero descentralizado. El federalismo de la Argentina no es como el de Venezuela, y el de Venezuela no tiene nada que ver con el de los Estados Unidos, y el de los Estados Unidos tiene varias diferencias con el de Canadá, que a su vez, difiere del de Australia, y todos ellos se definen como federales. Ni en la Argentina fueron igualmente federales la Constitución de 1853 que la de 1860; ni la realidad de este siglo de patología seudofederal o cuasifederal coincide con el proyecto de la Constitución.

Presidencialismo o parlamentarismo: hay que precisar qué es lo que se entiende por tales. Porque una cosa es si se apunta a atenuar el cesarismo, a acrecentar la responsabilidad de los ministros, a funcionalizar el gabinete, a mejorar las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, a acrecentar el control, es decir, si se procura adaptar las cosas dentro de la metodología y de la mira alberdiana, que decía: “dad mucho poder pero dadlo a través de la Constitución, dadle poder al Presidente, pero mediante la Constitución”. Lo que Alberdi decía era conferir un Poder limitado, un poder controlado; lo que decimos hoy es: **a mayor poder, mayor control, mayor garantía, mayores res-**

**ponsabilidades.** Si esto es lo que se quiere, hay que estar de acuerdo. Y se pueden hacer muchas cosas, aún antes de reformar la Constitución, privilegiando resortes que ya están en la Constitución, otorgándoles mayor desenvolvimiento. Pero reconozco que aquí también viene a cuento lo que decíamos *ut supra* con respecto de la parte orgánica de la Constitución. Hay cláusulas que se cumplen, o se violan o se reforman. Y aquí también hay que reformarlas: así, el límite constitucional de los ocho ministros, la situación de total separación entre el ejecutivo y el legislativo (incluso para la incompatibilidad de las funciones), en fin, son demasiados aspectos como para entrar en el análisis de su globalidad. Pero corresponde llamar la atención, porque éste es un tema que el Consejo para la Consolidación de la Democracia ha tratado o abordado en su dictamen y que tenemos la obligación de profundizarlo. Hablar de un cuasipresidencialismo o de un semipresidencialismo, porque todo depende del punto de mira donde uno se coloque, implica entrar a considerar muchas variables. Variables como lo son las que dependen de nuestro sistema federal. Un sistema federal que está correlatado por un Congreso bicameral: ¿el gobierno va a depender de la confianza de una Cámara o de las dos Cámaras?, ¿habrá disolución anticipada de todo el Congreso o de una sola de las Cámaras?, ¿habrá incompatibilidad entre la función ejecutiva de un ministro y la pertenencia legislativa, o será una cosa porosa y promiscua como en la mayor parte de los sistemas europeos?, ¿habrá aprobación del programa previa a la investidura o habrá solamente voto de censura y/o pedido de confianza, con la contrapartida de la disolución anticipada de las Cámaras?

Estos son algunos de los interrogantes que hay que profundizar antes de hablar de la transformación del presidencialismo en un sistema cuasiparlamentario. Pero sí estoy de acuerdo en que al cesarismo debemos decirle basta y a la disfuncionalidad debemos decirle que terminó. En ese sentido, debemos ir hacia un neo-presidencialismo, que nos aleje de las exageraciones autoritarias conocidas y padecidas.

Nuestra pregunta es si el camino apto e idóneo para alcanzar esos dos objetivos es éste, o si tenemos que pensar bien antes, si no lo podemos alcanzar por otro camino. Este es un interrogante que habrá que debatir en los próximos meses. Yo, personalmente, desconfío del parlamentarismo puro. No sirvió ni para evitar el golpe de estado en Brasil, cuando a J. Goulart le habían acortado sus funciones después de la renuncia de Janio Quadros. Goulart se deshizo de un parlamentarismo sin arraigo. No sirvió en nuestro país la parodia de parlamentarismo bajo la presidencia de Luis Sáenz Peña, en el gabinete de Aristóbulo del Valle. El intento o amago de parlamentarismo que nunca se concretó, no aventó las posibilidades de golpe de Estado en el siglo actual, en ninguna oportunidad. Y, además, creo que el sistema parlamentario sería el gran aliado para el mantenimiento del *statu quo*, cuando un país está necesitado de cambio y de transformación, lo cual significa fuerza de ini-

ciativa del poder para alcanzar la aprobación de los programas y las normas que implementen los programas. Que el pueblo tenga la última palabra, sí; que el pueblo ejerza el control último, sí; pero que la clase política pueda neutralizarse entre sí y a sí misma, por la sola apetencia de provocar el cambio inducido y precipitado, nada más que para ver cómo fracasan unos y darles **chances** a otros, no me parece acorde con el estado actual de crecimiento embrionario de la experiencia democrática argentina.

Al asumir por segunda vez la presidencia de los Estados Unidos de Norteamérica, el 20 de enero de 1937 (hace medio siglo), Franklin D. Roosevelt advertía a su pueblo sobre los riesgos y tentaciones de aquella época incierta, con la sabia precaución de rescatar ante todo la institución del ejecutivo como espina dorsal del régimen. Y decía: "Las complejidades de las relaciones humanas aumentan en tal forma que también debe aumentarse el poder para gobernarlas; el poder para detener el mal y el poder para hacer el bien. La democracia esencial de nuestra nación y la seguridad de nuestro pueblo dependen no de la ausencia de poder, sino de su adjudicación a aquéllos que el pueblo puede cambiar o mantener mediante un honesto sistema de libres elecciones".

La reforma de la Constitución es fundamentalmente un tema político, en el que dirán su palabra los técnicos y donde mediará obviamente la aportación que el Derecho Constitucional puede y debe hacer (y que todavía no está reflejada enteramente en el debate). Pero en el momento en que las cosas se precisen, la definición surgirá de una política constitucional, que se traduce en la reforma constitucional como una tarea del pueblo y de sus dirigentes, a tenor de los valores superlativos de nuestra comunidad.

## EL NUEVO DERECHO PUBLICO PROVINCIAL

*Por Pedro J. Frías*

**SUMARIO:** 1. EL CICLO CONSTITUYENTE PROVINCIAL. 2. EL PERFIL POLITICO. 3. EL PERFIL CULTURAL. 3.1. Los Preámbulos. 3.2. El Estado social de derecho. 3.3. La economía social de mercado. 3.4. Provincia y religión. 3.5. La participación. 3.6. Las garantías. 4. EL PERFIL INSTITUCIONAL. 4.1. El Poder Legislativo. 4.2. El Poder Ejecutivo. 4.3. El Poder Judicial. 4.4. El régimen municipal. 4.5. La reforma de la Constitución. 5. UN EJERCICIO DE ANTICIPACION A LA REFORMA NACIONAL.

1. **El ciclo constituyente provincial.** Entre 1985 y 1987 han renovado sus constituciones Córdoba, La Rioja, Jujuy, Salta, San Juan, San Luis y

Santiago del Estero. El 6 de setiembre de 1987 Río Negro ha elegido convencionales y Mendoza ha confirmado la convocatoria de una Convención. La Provincia de Buenos Aires tendría que decidir en su Legislatura si se aboca a la revisión o la delega a una Convención, y si será parcial o total. En Catamarca, Entre Ríos y Tucumán no se han renovado las pulsiones reformistas.

El ciclo se ha anticipado a una eventual reforma de la Constitución Nacional y ha persistido aún después de haberse sugerido ésta como posible. Ha sido autónomo, y no por vez primera expresión de las energías políticas de la Provincia, y diría del interior.

La recapitulación del movimiento reformador es útil no sólo para apreciar lo que las entidades federativas pueden hacer por sí mismas sino como anticipación de una eventual reforma nacional, aunque ciertos problemas y coyunturas sean intransferibles de una a otra jurisdicción.

Escribí hace un tiempo: “Cuando se hayan revisado varias de las constituciones de las ocho provincias que tienen cincuenta años o más, estaremos próximos a la reforma de la nacional”. Pero fijé las condiciones que siguen:

- que el derecho público provincial haya decantado un renovado proyecto histórico, con debates en que la Argentina secreta se haya expresado más en su realidad que en sus ideologías, en que las supremacías facciosas se hayan evitado, en que el pluralismo haya acentuado sus tendencias a la unidad más que a la dispersión, en que se haya omitido codificar lo contingente, en que la identidad nacional se asocie a una ética civil y a una cultura abierta;

- que el debate haya actualizado los instrumentos de análisis de la realidad, preparado los espíritus, enriquecido las ideas, ennoblecido las confrontaciones, afirmado la ética y la técnica de una reforma constitucional;

- que entretanto se haya consolidado el ejercicio de las instituciones para que no se atribuyan al texto “disfunciones” de la práctica y para que prestigiada la vida democrática, un consenso más general y más activo, una energía política más generada por las instituciones que por las movilizaciones, bonifique la legitimidad de la gestión constituyente.

¿Se han acreditado estas condiciones, ciertamente exigentes?

**2. El perfil político.** Se puede reconstruir el perfil político, cultural e institucional de las reformas.

Los electores de constituyentes fueron más bien ingratos con los oficialismos provinciales: el desagio que anunciamos instaló una definida mayoría radical en Santiago del Estero y San Juan y dio al Partido Renovador de Salta la posibilidad de arbitrar; en Córdoba cuatro minorías.

Los trabajos preparatorios fueron modestos. Al votar convencionales el elector eligió un partido más que un programa. Santiago del Estero, pudo ser excepción porque alcanzó a difundirse el anteproyecto de una comisión oficial. Algunos seminarios y la convocatoria a sectores representativos no de-

terminaron una comunicación cultural sostenida. Algunos bloques recurrieron a especialistas.

Las reglas de juego de un pluralismo moderado fueron respetadas. La mayoría retuvo su privilegio pero no predominó la estrategia facciosa. El debate fue sereno con algunos momentos vivaces. La clase política y no la sociedad fue protagonista pero la interpretó en dos expresiones de una nueva cultura cívica: la concordia y la atenuación de los ideologismos.

Se han introducido correcciones de alcance político. San Juan ha combinado su sistema electoral tradicional de circunscripción y voto uninominal con el proporcional, según un modelo que habíamos auspiciado para una cámara única. Salta obtuvo tres logros: disminuir el extravagante número de diputados, devolver al cuerpo electoral la nominación de intendentes y asegurar por diez años representación proporcional, respondiendo así a la incertidumbre de la futura mayoría y al protagonismo de partidos provinciales.

Se han insinuado rasgos partidocráticos en la elevación del número de diputados en Córdoba y La Rioja, y en estos últimos con la sorprendente revisión inmediata por la Legislatura para reducirlo que, no sin impugnación del radicalismo, resulta confirmada por la elección del 6 de setiembre. Otros rasgos partidocráticos se han insinuado en Córdoba sobre todo un mayor control político del Poder Judicial. San Luis sumó el Senado que no tenía.

**3. El perfil cultural.** Entendemos por tal el diseño de sociedad: lo que la sociedad dice de sí misma en el Preámbulo y en la primera parte o parte dogmática, sobre todo en las declaraciones, derechos y garantías. Las nuevas Constituciones no han modificado sustancialmente esta integración tradicional, aunque no son indiferentes los matices de lenguaje con que se agrupan textos correlativos.

Analizaremos sucesivamente los temas básicos marginando muchos otros que hablan por sí mismos. Procuramos una aprehensión metódica y no una descripción exhaustiva.

**3.1. Los Preámbulos.** Las nuevas siete Constituciones se inician con el Preámbulo. Su expresión literaria es conocida. Hay diferencias leves de extensión, de énfasis o de lenguaje. Hay un fondo común que proviene del texto nacional. Lo matiza Santiago del Estero con las “tradiciones provinciales”, San Juan con la “disidencia” como si no bastara el pluralismo, en Salta la “cogestión” y en el de La Rioja cabalgan Facundo y las montoneras.

Si hacemos referencia más particular al de Córdoba, glosamos en realidad a todos.

El Preámbulo de la Constitución de 1957 que sucede a la fórmula sancionadora del 23, es austero y noble. Hace explícita la antropología del texto, porque a partir de la dimensión íntima —“exaltar la dignidad de la persona”— la dimensión social y política se vuelve elocuente y concluye con la ordenación trascendental a Dios, “fuente de toda razón y justicia”.

Como corresponde a un texto conformador de la vida social, es la alteridad política la que prevalece: en el primer nivel, el de la persona misma, "garantiza el pleno ejercicio de sus derechos"; "la libertad, la igualdad y la solidaridad"; "el acceso de todas las personas a la justicia, la educación y la cultura".

A nivel de la economía, la pone "al servicio del hombre y la justicia social". En cuanto al sistema político, "representativo, republicano y democrático", pone el acento en la autonomía provincial y municipal, en el pluralismo y la participación.

Tales los valores socialmente reconocidos, que no asignan poderes pero esclarecen la interpretación. Glosaremos brevemente su alcance.

La libertad no es sólo la metafísica, sino la ausencia de coerción, en concordancia con el art. 19 CN: nadie está obligado a lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

La igualdad suma la "igualdad de los iguales" de la jurisprudencia constitucional, con la "igualdad de las oportunidades" (art. 7), que trata de recuperar las mismas posibilidades a favor de los hijos de quienes están legítimamente en posición desigual.

La solidaridad es la corresponsabilidad con el prójimo que atenúe las tensiones entre la libertad y la igualdad.

El acceso a la justicia, la educación y la cultura es causa y efecto de la igualdad de oportunidades, pero obliga a remover los obstáculos de sectores desprotegidos.

La justicia social está más allá de la conmutativa que se satisface con el equilibrio de las contraprestaciones y de la justicia distributiva que sólo atiende al mérito de las partes. La justicia social exige también lo que es debido a la condición de persona, aunque careciera de méritos.

El pluralismo es la superación de la unidad y la diversidad, que en la analogía mezcla lo semejante y lo diferente. La vida social es pluriforme aunque no todas sus expresiones sean igualmente buenas o verdaderas. Es la necesidad de un plebiscito cotidiano la que lleva a la democracia "plural" a ser "pluralista" por la concordia no cívica, pero si ha de ser finalmente valiosa ha de tender a la unidad más que a la dispersión.

En la sociedad participativa, cada uno contribuye al destino común, tanto animando la representación política con una mayor proximidad a los funcionarios electivos, cuanto por sistemas de consulta o por una participación gradual y responsable en el sector público y en el sector privado.

Y por fin, el bien común, causa final del orden político: es la recta sistematización de los bienes de una sociedad en cuanto comunicable a sus miembros para su desarrollo integral y en cuanto alcanzable mediante su colaboración.

Las Provincias se organizan como Estado Social de Derecho, lo digan o no.

El Estado social de derecho es la conjunción del estado de derecho de raíz liberal con el constitucionalismo social, de la libertad con la igualdad, de la propiedad privada con su función social, de la libre iniciativa con la solidaridad, del sistema representativo con la participación popular.

Como lo dice la Corte Constitucional de España, no se trata de transferir al Estado cuestiones privadas, sino de una intensa penetración que atenúe la antigua contraposición de lo privado y lo público. Lo que la Constitución gana en buenos sentimientos, lo pierde en transparencia. Toda ley fundamental es una oferta al pueblo para que la haga suya; la del Estado social de derecho es más bien un reenvío; serán los hechos sociales los que digan qué libertad, qué igualdad o qué participación tiene cada uno.

Debe advertirse que el Estado social de derecho de linaje latino tiene una variante respecto al anglosajón: incorpora el constitucionalismo social, es decir las declaraciones, pero en general lo hace sobriamente, más que entre nosotros. De esto ha explicado Manuel García Pelayo, hasta hace poco Presidente de la Corte Constitucional de España: lo básico es el Estado de derecho; el Estado de bienestar se estructura mejor a través de la legislación económica y administrativa.

A tiempo de formular y de interpretar el Estado social de derecho, convendrá tener presente la crisis del Estado de bienestar (Welfare State) que es su cara más conocida: crisis de funcionamiento por la multiplicación de las demandas y crisis de legitimidad por las expectativas frustradas.

**3.3. La economía social de mercado.** Conviene cerciorarse sobre el modelo económico del nuevo derecho público. Todo será más claro si desde el principio decimos que así como el personaje de Molière hacía prosa sin saberlo, nuestras constituciones hacen economía social de mercado sin decirlo.

Es una construcción coherente con el estado social de derecho. Si el estado de derecho es insuficiente y ha requerido la corrección solidaria, la economía de mercado, simétricamente, no se basta a sí misma y ha reclamado ciertas intervenciones sociales.

¿Economía de mercado? Está sin nombrarla en la propiedad privada inviolable, en la libre iniciativa, alguna vez en la función supletoria del Estado. ¿Economía social? Sí, explícitamente y además porque está al servicio del hombre, porque el capital se orienta al crecimiento de la economía en función social; porque los beneficios del crecimiento son distribuidos equitativamente y solidariamente; porque se excluyen los monopolios, la usura y la especulación; porque hay planeamiento indicativo.

El mercado fija los precios según la oferta y la demanda. La responsabilidad personal se apoya en la propiedad, como espacio de autonomía, y libera su energía en las iniciativas económicas. Pero, como está al servicio del

hombre, no bastan las reglas del mercado ni en nombre de la racionalidad económica, de la tecnología o de la promoción del bienestar. Por eso la planificación indicativa y alguna intervención de la provincia.

El principio de subsidiariedad está implícito para aconsejar al Estado no emprender sino lo que excede a los individuos y a los grupos sociales.

Contraría este modelo —si es que de modelo se trata— un cierto estilo de pensar en Santiago del Estero esa suerte de orden hegemónico creado desde lo público por desconfianza al orden social espontáneo y al futuro legislador; en La Rioja la pretensión inconstitucional de organizar la empresa privada. Son expresiones de una mentalidad reguladora que aun vencida se resiste a desaparecer.

Los textos constitucionales no son uniformemente precisos, a veces son bastante ambiguos. Tampoco será unánime mi interpretación de que hacen economía social de mercado sin decirlo. El debate en Europa lo demuestra. De esa polémica hay cuestiones que interesan a los especialistas y otras a cada ciudadano.

¿Son normativas estas disposiciones que hacen a la moral arquitectónica de lo económico? Cuando la Constitución dice que “la economía está al servicio del hombre”, ¿es principio político de interpretación o es norma? Es cuestión reservada a los especialistas. Pero al saber si se ha constitucionalizado un modelo económico y qué políticas autoriza nos interesa a todos. Si el nuevo derecho público provincial ha incorporado la economía social de mercado, la legislación y la administración deben reconocer esos límites. Quedan vinculadas con una regla de oro que exige corregir la libre competencia sin frustrarla.

El debate en Europa no ha concluido. Podemos traer a cuento la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y la doctrina. A mi juicio, cuando nuestras leyes fundamentales se ocupan de un régimen económico, no entienden hacer suyo un “modelo” excluyente; más bien organizan principios con vigencia en nuestra memoria social. Cuando uno los interpreta encuentra que han creado, sabiéndolo o no, un sistema. ¿Por qué sistema? Porque no es el individuo el único protagonista y porque todos los factores de producción se subordinan al bien común.

Los operadores de ese sistema pueden aproximarlos al neoliberal o, al contrario, a los socialismos, con la salvedad de que no podrán, sin burlarse de la Constitución, ni renunciar a la equidad ni sofocar la libertad del mercado.

Para los sujetos económicos privados rige la competencia. Para los públicos no siempre. En Jujuy el estado se abstiene; en Córdoba comparte responsabilidades con los empresarios y los trabajadores; en La Rioja regula las actividades económicas para armonizar la libre iniciativa privada con los derechos de la persona y la comunidad. Pero es difícil que estos textos diferentes marquen conductas opuestas. De todos modos, la economía social de mercado

en la Argentina deberá contar por un tiempo más con los hábitos corporativos y un Estado que devora a sus hijos para protegerlos.

Son inmovibles en el sistema la propiedad, la competencia, la productividad y la solidaridad. Esta es la temperatura constitucional. Los hechos sociales y aun las desviaciones dan la sensación térmica. Pero a decir verdad, en lo esencial, son la Constitución Nacional y la administración central las que hacen el buen y el mal tiempo.

**3.4. Provincia y religión.** Estaba pendiente una transición en materia religiosa, cuando se iniciaron los debates constitucionales en Córdoba, La Rioja, Jujuy, Salta, San Juan, San Luis y Santiago del Estero. Podía temerse una pequeña guerra pero yo era más bien optimista: había en efecto un cierto paralelo entre la doctrina del Concilio Vaticano II que derivaba hacia la autonomía y la cooperación de las relaciones con los Estados y la relativa secularización de la sociedad argentina que no cancela su identidad cristiana porque advina que no encontrará mejores razones de vivir.

Y en efecto, no hubo guerra de religión. Hubo tensiones aquí y allá, un debate de siete horas en Salta, alguna reacción en Jujuy al suprimir el sostenimiento del culto, una abstención de quince convencionales radicales en Córdoba por disconformidad con la enseñanza religiosa optativa. Previsible. Las Convenciones también en esto demostraron dos signos de una nueva cultura política: acentuación de la concordia y atenuación del ideologismo.

La materia religiosa a discusión de las Convenciones era la siguiente:

— La invocación de Dios, en todos los preámbulos, menos en la fórmula sancionadora de San Juan.

— La cláusula de religión era en todas las de cooperar al sostenimiento del culto católico, como en el art. 2º de la C.N., con dos excepciones; San Juan no tenía norma y Córdoba era confesional: la religión católica era la religión de la Provincia.

— Ninguna de las Constituciones imponía que el gobernador perteneciera a la comunión católica, como lo hace la Nacional, pero la exigencia estaba implícita desde que Salta, La Rioja y Córdoba imponían el juramento por Dios, la Patria y los Santos Evangelios. Jujuy y San Luis no invocaban los Evangelios y San Juan y Santiago del Estero no imponían fórmula religiosa.

— Así como el Presidente ejercía el patronato para la presentación de obispos ordinarios y pase de ciertos documentos pontificios, algunos gobernadores tenían facultades para el vicepatronato en la presentación de curas párrocos. Las Constituciones de Jujuy, La Rioja y Salta conservaban esta facultad que cayó en justificado desuso a fines del siglo XIX y que ha desaparecido legalmente en virtud del Acuerdo con la Santa Sede.

Las innovaciones constitucionales han sido prudentes:

— Dios está en todos los preámbulos, aun en San Juan.

— Cuatro Provincias mantienen la fórmula de cooperación con el culto y tres se alejan de esta declaración. Cabe destacar que Córdoba eligió una fórmula que se correlaciona con el art. 1 del Acuerdo con la Santa Sede y en su segunda parte con el art. 16 de la Constitución Española. Dice que “de acuerdo con su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones entre éste y el Estado se basan en los principios de autonomía y cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público”. Estas son las restricciones a la libertad de cultos en todos los textos, restricciones que no existen para la libertad de conciencia. Todos han prohibido también obligar a declarar la religión que se profesa.

— Suprimidos el vicepatronato y el juramento católico. San Luis lo conserva por “Dios y la Patria” como en su texto anterior.

Esto significa que en las siete provincias hay libertad e igualdad de cultos, a pesar de las referencias a la Iglesia Católica. ¿Cómo así? Es así porque la cooperación al sostenimiento del culto repite la fórmula nacional pero no tiene ningún contenido práctico. Consagra un valor socialmente reconocido pero no sanciona un comportamiento, porque presupuesto de culto hay sólo en el nacional y es irrisorio.

Digamos para concluir que hay otras declaraciones de orden moral y religioso: algunas, no todas garantizan la inviolabilidad de la vida desde la concepción; pero como la desincriminación del aborto es competencia nacional, la fórmula sólo tendría importancia en su caso dentro de las políticas de salud. En materia de enseñanza prevalece la laica en las escuelas públicas, pero Salta, San Luis y Córdoba acreditan como derecho de los padres la enseñanza religiosa optativa.

Hay algo trascendente en todo esto: las provincias han encontrado el modo de asegurar libertad e igualdad a todos los cultos sin forzar el silencio de Dios. Ni confesional ni neutral, el nuevo derecho público provincial ha escapado a los ideologismos de la impiedad sin vulnerar el pluralismo posible.

**3.5. La participación.** Con la igualdad, la participación está en el horizonte del mundo nuevo (Pablo VI, “Octogésima Adveniens”) y es la promesa recurrente de las nuevas Constituciones y probablemente el único valor social que innova respecto del ciclo constituyente de los antiguos territorios nacionales. La participación establece una relación entre dos seres, por la cual uno trasmite a otro y éste recibe una cierta perfección y recíprocamente. Las Constituciones no entienden referirse a la participación entre individuos “sustantes” sino en el entorno de la sociedad.

Más de veinte años hace que hemos auspiciado una participación gradual y responsable en los subsistemas sociales. Gradual para ir de lo simple a lo complejo (p. ej. de los padres en la escuela hasta los obreros en la empre-

sa); y responsable para crear solidaridades dentro del sector participado y no grupos antisistema.

Las Constituciones ofrecen algunos de esos niveles graduales: la escuela, el control de los usuarios en la eficiencia de los servicios públicos, de los beneficiarios en la seguridad social, de los empleados en el directorio de las empresas públicas. Algunas de estas formas de participación tienen experiencia.

La participación política ambiciona multiplicar oportunidades al ciudadano dentro de la gestión pública, desbordando prudentemente el sistema representativo. En teoría política, es un préstamo que hace la democracia constitucional donde el pueblo calla luego de haber elegido, la democracia rousseauiana, donde el pueblo sigue hablando.

Se multiplicarán acaso las formas de consulta popular sobre temas susceptibles de sí o no, en ocasión de las elecciones. Pero esta posibilidad que se usó cuando el Tratado de Paz con Chile y no se propone experimentar sobre el traslado de la Capital ni sobre la reforma constitucional, estaba ya prevista en diez Constituciones provinciales anteriores al ciclo reformista, bajo la forma de instituciones de democracia semidirecta en el orden municipal: iniciativa, referéndum y revocación de funcionarios electivos. Si no hemos atesorado experiencias es porque la promoción de estas elecciones se reserva a porcentajes de electores que no es fácil superar. La determinación de índices habilitantes para una elección depende de la decisión política de preservar o no las formas representativas.

Córdoba ha creado un Consejo Asesor de Partidos Políticos para dar voz a los que no tienen representación legislativa. En instancia consultiva se organizarán también en algunas el Consejo Económico Social.

**3.6. Las garantías.** El Estado de derecho garantiza al hombre y limita al poder. Se han afinado en muchos casos aunque la textura sigue siendo tradicional. Bastará una remisión a los textos sobre inconstitucionalidad de oficio, intereses difusos con ecología incluida, derecho de réplica (materia de competencia provincial), invalidez de la declaración sin defensor, cargas públicas y varias otras. No podría identificarse ninguna que no pudiera ser introducida por vía legislativa.

La experiencia argentina y la ley de defensa del orden constitucional han sugerido provisiones expresas en contra de la subversión institucional.

Los poderes autonómicos de las Provincias han sido redefinidos dentro del Pacto Federal en algunas partes, según sugestión nuestra, cuando sus rasgos eran conflictivos o menos notorios: la gestión internacional de la provincia de sus intereses propios, sin perjuicio de la política exterior delegada al gobierno federal, los poderes subsistentes en los establecimientos de utilidad nacional en Provincia, la gestión concertada interjurisdiccionalmente, etc. Casi todas han reivindicado el dominio institucional de sus hidrocarburos y de-

más minerales, aunque Córdoba aceptando expresamente la política minera nacional. Estas observaciones residuales, que impropriadamente sumo a este párrafo, autorizan a recapitular ahora la Parte Segunda u orgánica de las leyes fundamentales.

**4. El perfil institucional.** La Segunda Parte de nuestras Constituciones es orgánica porque se refiere a las autoridades del gobierno. En términos generales, puede decirse que el acento se puso en el funcionamiento del Poder Legislativo, en las atribuciones del Ejecutivo y en la independencia del Judicial. Los órganos de control merecieron renovada atención. Estas innovaciones suelen ser más eficaces que las de la Primera Parte.

**4.1. El Poder Legislativo.** No progresó la unicameralidad que auspiciábamos para las provincias para hacer menos oneroso el régimen federal. Hemos propuesto modelos electorales que compatibilizan en la Cámara única la representación de los partidos y las regiones.

Aunque hay reformas en la anatomía de las cámaras, parecen más globales las de derecho parlamentario, que estaban pendientes para el Legislativo argentino desde la frustrada Enmienda constitucional de 1972 aunque fueron menos intensas en Salta o San Luis. Se amplía el período de sesiones, se autorizan trámites de urgencia, delegación en las comisiones, etc.

En la Cámara de Diputados de Córdoba, las bancas se distribuyen entre cinco partidos que superen el dos por ciento de los votos emitidos: la asignación es fija entre 36 diputados para el primero y 2 para el quinto. Durante un largo ciclo, tal asignación puede demostrarse rígida.

La Rioja y Córdoba han innovado en cuanto la Legislatura podrá instruir a los senadores nacionales para su gestión cuando se trate de asuntos en que resulten involucrados los intereses de la Provincia. Se procura compensar la gravitación de la disciplina de los partidos nacionales en las lealtades del senador. La Rioja ya más lejos porque dos tercios de su Legislatura confirmados por referéndum popular pueden solicitar la destitución del senador nacional a la Cámara Alta de la Nación. ¿Roza sus privilegios?

Una compleja categorización de leyes para adecuar las formas de sanción singulariza a San Juan. Para que sea útil será necesario comprenderlas finalmente, tipificarlas y que acompañe la disciplina legislativa. Su primera aplicación no fue precisamente ejemplar.

El Defensor del Pueblo, una vez reglamentado, iniciará su experiencia.

**4.2. El Poder Ejecutivo.** Ninguna Convención se sintió interpelada por la propuesta presidencial de mitigar el presidencialismo con un régimen semiparlamentario. Diríase que el Ejecutivo salió reforzado en sus relaciones colegislativas con el trámite de urgencia y los reglamentos de necesidad. Su lideraz-

go se proyectó en la reelección, ahora aceptada con varias modalidades por seis provincias; la excepción es Santiago del Estero.

**4.3. El Poder Judicial.** ¿Dijimos independencia? Sí, en relación a la situación preexistente que evoluciona con mayores garantías. En Santiago del Estero, San Juan y San Luis intervendrá en los nombramientos por debajo del Superior Tribunal del Consejo de la Magistratura en la esperanza de una mayor nacionalidad en la interpretación de la judicatura. Su selección se insinúa en La Rioja y Córdoba. Mejora la inamovilidad en alguna provincia o se atribuyen al Superior Tribunal nuevas facultades.

En Córdoba, en cambio, se desestimó el Consejo por sospecha de corporativismo; se subordinó el Ministerio Público a un Procurador que sólo dure cinco años; por su integración con cuatro senadores y un miembro del Superior Tribunal volverá a ser político el Jurado de Enjuiciamiento que iba siendo técnico y se dispuso de oficio la jubilación de los magistrados inamovibles que estén en condiciones de retiro.

**4.4. El régimen municipal.** El municipio ha iniciado con la reforma un ciclo más definidamente autonómico, sea porque se restituyó al cuerpo electoral la designación de intendentes (Salta), sea por una importante reasignación de recursos (Córdoba), sea por la atribución de autonomía institucional; en efecto, el municipio de Carta, que con el dictado de la misma por una convención, se sustrae a la Ley Orgánica Municipal, se ha difundido; en San Juan para los de 30.000 habitantes, en Córdoba a partir de 10.000, en La Rioja para todos... Las ilusiones de la clase política municipal serán posiblemente defraudadas porque es poco el margen de originalidad de que disponen; salvo que a imitación del municipio de Consejo y Gerente pongan la gestión de los servicios públicos bajo una administración no política.

**4.5. La reforma constitucional.** La difusión de la representación proporcional, que es la adecuada y la enmienda de un solo artículo por la Legislatura con consulta popular posterior en algunas Provincias, son las notas características.

**5. Un ejercicio de anticipación a la reforma nacional.** Este informe sólo dibuja algunos perfiles de los 1.546 artículos, más las disposiciones transitorias, de las siete nuevas Constituciones, en promedio 221 artículos por ley fundamental.

En numerosas publicaciones hemos acompañado el proceso constituyente y hemos comentado cada nueva ley fundamental. Creemos advertir una vez más que era innecesaria la reforma de la Parte Primera y útil la de la Parte Segunda. Pero también es saludable decir que las Convenciones que demostraron concordia tampoco perdieron el equilibrio. Con raigambre en estas Constituciones, la gestión gubernamental puede ser neoliberal o socialdemócrata.

Trasponer la reforma provincial al escenario argentino exige ajustes porque la Constitución nacional regula otras competencias y está sensible a

otros requerimientos. Si la reforma fuera total, tendríamos Estado social de derecho, pero acaso con sobriedad en un constitucionalismo social de segunda generación, en cuanto comprende al hombre y a las situaciones sociales. Tendríamos libertad e igualdad de culto y a salvo el sostenimiento del católico, sin muerte de Dios ni guerra de religión.

Tendríamos economía social de mercado pero en doble mensaje como en muchas provincias, salvo que se hubiera decantado una retirada ordenada del Estado. Tendríamos garantías depuradas. El federalismo encontraría una definición para su contencioso latente y los Poderes mejores opinables en su funcionamiento. Habría reelección para el Presidente. El régimen semi-parlamentario dependerá de negociaciones más voluntaristas que racionales. El Poder Judicial podría ganar en cuanto a selección pero no en cuanto a menor control de los poderes políticos, debilitando la proyección de la tendencia provincial.

Salvo la de Córdoba, las Constituciones sancionadas no parecen obra de constitucionalistas. Las haríamos más cortas, menos reglamentarias, más respetuosas de los espacios que merece el legislador futuro, más esenciales. Pero admitimos que las Constituciones son demasiado importantes para dejárselas a los constitucionalistas...

## **REFORMA CONSTITUCIONAL (I): RELACIONES IGLESIA-ESTADO. PRIMER MINISTRO Y REELECCION PRESIDENCIAL. PROCESO LEGISFERANTE. SITUACIONES DE EMERGENCIA.**

*Por Néstor Pedro Sagüés*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCION. Pautas sobre la reforma constitucional. II. PARTE DOGMATICA DE LA CONSTITUCION. Las relaciones Iglesia-Estado. III. PARTE ORGANICA DE LA CONSTITUCION. El Primer Ministro. IV. LA REELECCION PRESIDENCIAL. V. PROCESO LEGISFERANTE. VI. SITUACIONES DE EMERGENCIA. VII. JUICIO POLITICO.

### **I. Introducción. Pautas sobre la reforma constitucional.\***

La reciente invitación del Consejo para la Consolidación de la Democracia para dialogar en torno al plan de enmiendas sugerido por ese orga-

---

(\*) El autor se remite en este punto a Bidart Campos, Germán J. y Sangüés, Néstor Pedro, "Reforma Constitucional, ahora ¿sí o no?" (Buenos Aires, 1986), Cuadernos Universitas, ed. Educa, p. 13 y sgtes.

nismo nos motiva a formular algunos aportes sobre tan importante tema, donde entra en juego no solamente un texto normativo, sino también un estilo político y hasta un estilo de vida de los argentinos.

Tal vez cabría recordar algunas pautas principales en el camino hacia una reforma constitucional.

1. **Consenso.** En su Dictamen Preliminar, el Consejo para la Consolidación de la Democracia<sup>(1)</sup> destacó que la reforma debía ser producto "de un amplio y generalizado consenso social". Tal criterio debe subrayarse, por cierto: la actual Constitución, con sus virtudes y sus defectos, es uno de los pocos símbolos de la unidad nacional de los argentinos. Su enmienda o reemplazo sólo sería legítimo si fuese el resultado de otro acuerdo grupal, ampliamente aceptado por la comunidad nacional.

En la búsqueda de una constitución de la concordia, y no de la discordia (vale decir, de una **constitución consentida** y no de una **constitución impuesta** por una mayoría), bueno es invertir estos dos años que quedan antes de concluir el período constitucional presidencial, para transitar por la vía del debate, del diálogo y de la confrontación de ideas. La oportunidad de la reforma, en síntesis: no es inmediata. Requiere al menos la conclusión de ese tramo para pergeñar un proyecto de cambio constitucional.

2. **Previsibilidad.** Una reforma constitucional no debe pensarse solamente en función de los protagonistas políticos de hoy. Como el texto constitucional tiene vocación de permanencia, el constituyente tiene que realizar un verdadero esfuerzo de imaginación y conjeturar, también, cómo podrá operar la Constitución con otros titulares del Poder. De no hacerlo así, la nueva Constitución puede convertirse en un boomerang que castigará mañana a sus propios autores.

3. **Realismo.** Una enmienda constitucional debe asumir las experiencias y realidades de un país; los hábitos y la idiosincrasia local.

En ese sentido, cabe recordar algunos datos mínimos de nuestras prácticas institucionales: a) escaso valor de las normas, ante las adulteraciones constitucionales consumadas por los operadores de la Constitución, convalidadas a menudo en el plano judicial con la tesis de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas (caso, v.gr., de las intervenciones federales o del estado de sitio); b) tendencia tal vez inevitable hacia el liderazgo presidencial; y ocasionalmente, hacia el cesarismo presidencial; c) vocación latente hacia el régimen de partido hegemónico, o al menos hacia el partido predominante; d) escasa presencia histórica de una dosis aceptable de virtud republicana; e) a menudo, prevalencia de las políticas sectoriales sobre los requerimientos del bien común.

Ese realismo constituyente aconseja evitar, como lo destaca el Informe Bozzi en el Segundo Dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia,<sup>(2)</sup> las apelaciones irracionales a las buenas intenciones. En concreto,

se trata de programar engranajes de poder que eviten, en lo posible, la fácil adopción de medidas luego incontrolables, en asuntos de especial significancia para la funcionalidad del sistema político (situaciones de emergencia, v.gr.).

4. **Pragmatismo.** Las recetas constitucionales tienen que satisfacer, entre otros, al valor utilidad. Esto aconseja no crear problemas donde ellos no existen (v.gr., suscitando polémicas infructuosas sobre cuestiones que no preocupan a la sociedad). El pragmatismo aconseja también huir de fórmulas exóticas o alambicadas difíciles de insertar en la realidad nacional, o adosar a la Constitución propuestas superfluas o innecesarias que sólo harán follaje constitucional.

El pragmatismo constituyente sugiere también que las constituciones sean esquemáticas, y no detallistas. Si dicen demasiado atarán después al legislador del porvenir a un claustro normativo asfixiante que neutralizará la posibilidad de adaptar la Constitución a nuevas demandas sociales y a requerimientos derivados de la transformación del contexto de vida.

La Constitución, en síntesis, no debe ser una cárcel, sino una rampa de lanzamiento.

## II. Parte dogmática de la Constitución. Las relaciones Iglesia-Estado.

Cabe coincidir con el Consejo para la Consolidación de la Democracia en el sentido que el enunciado de los derechos y garantías personales en la Constitución es bueno, y que a lo más podría perfeccionarse en algunos rubros.<sup>(3)</sup>

Conviene resaltar aquí que después de la reforma constitucional de 1957, la Argentina se ha sumado decididamente al "estado social de derecho". La Corte Suprema de Justicia de la Nación, con acierto, ha señalado que el valor máximo de la Constitución es la justicia, en su versión de justicia social.<sup>(4)</sup> Simultáneamente, el art. 33 de la Constitución incluye dentro de los derechos no enumerados, aquellos derechos naturales de los hombres y de la sociedad: incorpora, pues, no exclusivamente a los derechos tácitos admitidos en la mitad de la centuria pasada, sino también a los que se descubran después.<sup>(5)</sup> Todo esto permite al legislador ordinario, si así lo desea, como a la judicatura, cuando le toca aplicar a la ley suprema, o a la ley subconstitucional, implementar un orden jurídico decididamente social y respetuoso de las nuevas modalidades de derechos humanos, como el derecho a la privacidad y a la propia imagen, el derecho al honor y a la dignidad, a la protección contra una informática lesiva de la intimidad personal, etc.

Dentro del sector dogmático de la Constitución (y conectado con él, algunos tramos del sector orgánico) hay sin embargo un punto que provoca dificultades, como es el de las relaciones Iglesia-Estado. Esas dificultades, pese a todo, se encuentran ya de hecho superadas, sobre todo en el plano del

derecho consuetudinario constitucional. Por ejemplo, el art. 2 de la Constitución, relativo al sostenimiento del culto católico, ha concluido como una cláusula prácticamente sin importancia, ante lo irrisorio de la subvención. Las prescripciones constitucionales concernientes al sistema del Patronato, resultan a la vez inocuas frente al Acuerdo logrado con la Santa Sede en el año 1966. La exigencia del "pase" de ciertos documentos pontificios (bulas, breves, rescriptos, etc.: art. 86, inc. 9 de la Constitución), también se la puede reputar derogada por el Acuerdo de referencia. A su turno, el recaudo de la profesión de la comunión católica para ser Presidente (art. 76), con ser una cláusula vigente, resultaría de dudosa efectivización si de hecho se eligiera por los colegios electorales a un Presidente no católico.

Sabido es que el proyecto del Consejo para la Consolidación de la Democracia borra las normas de referencia, aunque sí deja subsistente la invocación a Dios en el Preámbulo y en el art. 19. Por su parte la Iglesia Católica, en la Constitución Pastoral "La Iglesia en el mundo contemporáneo", del Concilio Vaticano II, propone una mutua y ordenada cooperación con el Estado, en esferas independientes y autónomas, "pero no pone su confianza en los privilegios que le brinda la autoridad civil; está incluso dispuesta a renunciar al ejercicio de derechos legítimamente adquiridos si constara que éste puede poner en duda la sinceridad de su testimonio, o bien si las nuevas condiciones de la vida exigen otro orden" (parágrafo 76).

Dentro de este panorama, es obvio que los preceptos constitucionales en vigor (que postulan una "Iglesia sostenida" y al mismo tiempo "Iglesia controlada") concluyen arcaicos y poco propicios para el bien común. Es necesario, desde luego, acentuar los principios de libertad y de igualdad de cultos; pero ello no es incompatible con el enunciado constitucional de situaciones propias y peculiares de la comunidad nacional. Perú, por ejemplo, en la búsqueda de una solución equitativa y moderna a la vez, dice en el art. 86 de su Constitución: "Dentro de un régimen de independencia y autonomía, el Estado reconoce a la Iglesia Católica como elemento importante en la formación histórica, cultural y moral del Perú. Le presta su colaboración. El Estado puede establecer también formas de colaboración con otras religiones".

Soluciones análogas han sido instrumentadas, por ejemplo, en la constitución de España (art. 16 inc. 3) o en la de Italia (art. 7); o en el ámbito provincial argentino, el art. 6 de la Constitución de Córdoba: "La Provincia... de acuerdo con su tradición cultural, reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y público ejercicio de su culto. Las relaciones entre ésta y el Estado se basan en los principios de autonomía y cooperación. Igualmente garantiza a los demás cultos su libre y público ejercicio, sin más limitaciones que las que prescriben la moral, las buenas costumbres y el orden público". Tales reglas, que combinan realidades históricas y presentes, así como manifestaciones propias de la idiosincrasia local con las exigencias actua-

les en materia de libertad de conciencia, pueden constituir datos muy dignos de tenerse en cuenta ante el proceso constituyente nacional.

### III. Parte orgánica de la Constitución. El primer ministro

Bien destaca el Segundo informe del Consejo para la Consolidación de la Democracia que el meollo de la reforma constitucional consiste en la eventual figura de un primer ministro. Los argumentos dados para justificarlo son tanto **técnicos** (una mejor división de trabajo en el ámbito del Poder Ejecutivo, con un Presidente hoy sobre exigido en su doble papel de Jefe de Estado y Jefe de Gobierno) como **políticos** (flexibilizar el sistema institucional; concluir con el cesarismo presidencial; tornar apto el sistema para enfrentar situaciones de tensión y perturbación —tesis del primer ministro como “fusible”—; e, hipotéticamente, para ciertos sectores, posibilitar una reelección presidencial. Aquí, la tesis de tal posición sería la siguiente: un Presidente-César no es reelegible; sí un Presidente con poderes retaceados).<sup>(6)</sup>

En tal sentido, cabe constatar que un régimen semi parlamentario, o presidencialista disminuido, no es de por sí nada negativo ni teóricamente peor que uno presidencialista puro. Por el contrario, cuenta con muchas razones en su favor. En la Argentina tiene en su perjuicio un desconocimiento social sobre el mismo, que provoca a menudo el rechazo subconsciente de tal iniciativa. En otros casos, quienes lo postulan elogian los méritos del sistema, pero no insisten debidamente en sus problemas, que no son pocos.

En principio, es útil advertir que en materia de primeros ministros pueden detectarse en función de sus poderes tres modelos principales: el Premier “grande”, al estilo de España o de Italia; el Premier “mediano”, como puede ser el francés, y el Premier “chico”, o mini Premier, según el esquema peruano. Desde otra perspectiva, un aspecto muy importante para dirimir responsabilidades es averiguar ante quién debe rendir cuentas el Premier. En unos casos, es solamente responsable ante el Parlamento (quien lo remueve, por ejemplo, mediante votos de censura); en otros (parlamentarismo “orleanista”, es responsable tanto frente al Parlamento como ante el Presidente o Rey, quien también está en condiciones de removerlo).<sup>(7)</sup>

En resumen, un Premier “grande” (y hasta un Premier “mediano”) con un importante cupo de competencias y removible sólo por el Parlamento, aparece en el escenario político como un protagonista de primer nivel, responsable de la gestión que la Constitución le encomienda. Ante él, el Presidente o el Monarca constitucional bien pueden argüir deslinde de responsabilidades y sentirse exentos de los fracasos del Premier y del Gabinete que éste lidera.

Por lo contrario, un Premier “chico” con escaso cupo de competencias reales y removible por el Presidente (sin perjuicio de su exclusión por el Parlamento) resultará a menudo un protagonista de segundo orden, cuando no anodino. A su vez, el Presidente rara vez podrá alegar “irresponsabilidad” respecto de la gestión del mini Premier, si éste posee escasas facultades y, además,

si aquel Presidente puede sustituir al Premier cuando quiera. En tales casos, la sociedad (como en el caso del Perú, v.gr.), sabrá descubrir el auténtico timonel del Ejecutivo (el Presidente) y no le eximirá de responsabilidad por los desaciertos del mini Premier.

Veamos el deslinde de atribuciones que realiza el proyecto del Consejo para la Consolidación de la Democracia. El Primer Ministro es jefe del gobierno y de la administración pública, reglamenta leyes, dicta reglamentos autónomos, designa los empleos civiles, concede jubilaciones, hace recaudar las rentas y decreta su inversión, tiene iniciativa legislativa, refrenda actos del Presidente, etc. A su turno, el Presidente es el Jefe Supremo de la Nación, designa y remueve al Primer Ministro y, a propuesta de éste, a los ministros y secretarios de Estado; puede disolver a la Cámara de Diputados (si removido el Primer Ministro por un voto de censura, ella no presta conformidad al subsiguiente Premier); vetar las leyes, nombrar los magistrados de la Corte Suprema y demás tribunales inferiores con acuerdo del Senado, indultar y conmutar penas, nombrar y remover a embajadores (en ciertos casos, con acuerdo del Senado); participa en la formación de las leyes, y las promulga, es comandante en jefe de todas las fuerzas, designa los oficiales superiores de las fuerzas armadas con acuerdo del Senado, declara el estado de sitio según la actual constitución, interviene en las provincias en receso del Congreso, etc..

En términos generales, el esquema propuesto tiende a describir un Premier más bien “chico” (si bien no tan reducido como el peruano), responsable ante el Congreso, pero también ante el Presidente, quien, como vemos, puede destituirlo. Esto produce, nos parece, un organigrama de poder donde difícilmente el Presidente será visto como irresponsable de lo que haga el Premier, por un lado; y por otro, atento el cúmulo de competencias que dicho Presidente conserva, responsable del ejercicio de estas últimas facultades.

En definitiva, la solución ensayada en el Dictamen preliminar y en el segundo Dictamen del Consejo, no importa de por sí nada contraproducente: funciona como división del trabajo, liberando al Presidente de la mayor parte de las tareas administrativas y de gestión de los servicios públicos. Hasta aquí, lo positivo. Pero, en otro nivel, al no producirse el buscado deslinde de responsabilidades políticas entre el Presidente y el Premier (puesto que el primero puede remover discrecionalmente al segundo, y porque el Presidente conserva el mayor cupo de competencias políticas previstas por la constitución, incluso aumentadas con su atribución de disolver la Cámara de Diputados), será difícil que el Premier sea realmente un “fusible” significativo: la tensión política ante el fracaso de una gestión gubernativa se transmitirá, casi con seguridad, también al Presidente.

Para lograr los objetivos propuestos en el plan de reformas, resultaría obligado, como conclusión, aumentar las competencias políticas del Premier y,

tal vez, impedir su remoción por el Presidente, a más de disminuir las atribuciones de éste. En tal caso, la figura presidencial sí tomaría distancia política de la gestión del Premier, y en la misma proporción, dejaría de ser responsable de los actos del Primer Ministro.

#### IV. La reelección presidencial

Aunque este tema no haya sido objeto de dictamen por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, resulta obligado referirse a él, puesto que es uno de los puntos más debatidos sobre la reforma constitucional.

No hay en el derecho comparado recetas únicas sobre la duración de un mandato presidencial: han existido fórmulas vitalicias, y después períodos de tres, cuatro, cinco, seis, siete u ocho años, según los casos. En México la reelección provocó conflictos tan cruentos que la actual Constitución prohibió realizarla de cualquier modo, aun con intervalos de ausencia entre un período y otro.

La prudencia política aconseja aquí atender a dos variables. Una, es la relativa al cúmulo de poderes del Presidente. La regla podría definirse así: a escasos poderes presidenciales, mejor posibilidad de reelección; y viceversa: a mayores poderes presidenciales, mayores obstáculos a la reelección y a la duración del período presidencial.

La otra variable refiere a la ambientación sociológico-política de una nación en concreto. En tal caso, la regla sería la siguiente: a mayor tendencia hacia el cesarismo presidencial (liderazgo presidencialista, abdicación de competencias por el Congreso y la judicatura, vocación social hacia el caudillaje, tendencia al partidismo hegemónico o predominante, etc.), conviene reducir el período presidencial, y prohibir la reelección. Si la tendencia es opuesta, los períodos largos y la reelección no parecen malos.

En la Argentina, y aun en el esquema semipresidencialista propuesto por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, nos inclinamos a la alternativa de no prolongar demasiado el período presidencial (v.gr., cinco años) e impedir la reelección, salvo en período de intervalo entre un tramo presidencial y el otro. Es la solución de la constitución peruana (art. 205).

#### V. Proceso legisferante

Aquí cabe proponer la inserción de una norma constitucional (al estilo del art. 22 de la Constitución de Islandia o del art. 9 inc. 3 de la Constitución española) que establezca el principio de publicidad de las normas. Esto parece algo perogrullesco y obvio, pero cabe tener presente que en la Argentina hay más de un centenar de leyes secretas (la ley secreta ha sido, incluso, convalidada por jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y de muchos más decretos secretos, cuya subsistencia importa una aberración jurídica, a la cual debe poner coto el poder constituyente<sup>(8)</sup>.

Por lo demás, es adecuado dinamizar el mecanismo legislativo argenti-

no que, por cierto, es engorroso y lento. Propuestas como los trámites abreviados de creación legislativa, la delegación legisferante del Congreso en el Presidente y hasta la constitucionalización de los decretos-leyes de necesidad y urgencia (como lo propone el Consejo para la Consolidación de la Democracia: de no ser ratificados en cierto lapso por el Congreso, caducan) son medidas realistas y provechosas.

Bueno es, asimismo, aumentar el período de sesiones del Parlamento, autorizar la autoconvocatoria del mismo, y su convocatoria obligada en otros supuestos.

Nos detendremos en dos problemas especiales, con referencia a la mecánica legislativa.

Uno puede derivarse de la asignación como Cámara de origen a una Sala específica del Congreso (v.gr., el Senado, para las normas de contenido federal, como lo sugiere el Consejo). Hay normas mixtas que podrían interesar tanto a una como a otra Cámara; y esto obligaría a implementar un órgano dirimente de tales dudas, y que, a la vez, se expidiese muy prontamente sobre el punto. El Consejo para la Consolidación de la Democracia ha pensado al respecto en un "Consejo Constitucional" compuesto —según el Consejo— por nueve miembros: tres nombrados por el Presidente de la Nación, tres por la Cámara de Senadores y tres por la de Diputados. La iniciativa es digna de atención, aunque nos parece oportuno incluir en tal supuesto a tres miembros más, nombrados por la Corte Suprema de Justicia.

Otro punto conflictivo es el de las normas con pedido de urgente tratamiento por parte del poder Ejecutivo, que en ciertas constituciones se dan por aprobadas si el Parlamento no las desecha en un plazo determinado. Teniendo en cuenta la experiencia argentina, es posible que un sistema así concluya en numerosos pedidos de urgente tratamiento por el Ejecutivo, y en su aprobación ficta (por el mero transcurso del tiempo) en el ámbito legislativo, con lo que se acentuaría la tendencia hacia el Ejecutivo-Legislator. Esto obligaría a ser cautos en la efectivización de un sistema de tal tipo: por ejemplo, exigiendo por la Constitución que el pedido de urgente tratamiento estuviese convalidado por dos tercios de los miembros del "Consejo Constitucional".

#### VI. Situaciones de emergencia

Una mención particular merecen dos cláusulas de la Constitución actual, que en sus trazos fundamentales se conservan en el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia: el estado de sitio y la intervención a las provincias.

Se trata de dos mecanismos constitucionales de los más desnaturalizados. En la experiencia argentina, se los ha instrumentado hacia fines no imaginados por el constituyente, por órganos y por períodos también ajenos al men-

saje constitucional. Lo ocurrido hasta ahora dice que el remedio ante esas adulteraciones no estriba en especificar con mayor precisión las causales de su procedencia, sino hacer más difícil su pronunciamiento por los órganos que deben adoptarlos.

La remodelación del estado de sitio y de la intervención a provincias puede comenzar advirtiéndose que la llamada “cláusula de las milicias” (art. 67 inc. 24 de la Constitución) permite al Poder Ejecutivo, ley mediante (ver al respecto la experiencia estadounidense), una rápida gestión —aun militar— federal, para “la ejecución de las leyes de la Nación”, o siempre que sea necesario “contener insurrecciones o repeler invasiones”. Una eficaz utilización de esta norma obviaría muchas declaraciones de estado de sitio e intervenciones federales a provincias.

Así entrevistado el asunto, los dos últimos dispositivos que mencionamos tendrían que reservarse como competencia exclusiva del Congreso (convocado, de ser necesario, por el Poder Ejecutivo). La deposición de autoridades provinciales, tan fácil en nuestra historia política (salvo honrosas excepciones, como el último tramo constitucional) debiera requerir, además, autorización congresional expresa, y por dos tercios de votos de cada Sala.

## VII. Juicio político

Muy conectado con las situaciones de emergencia es el régimen de saneamiento institucional denominado “juicio político”, previsto por la Constitución actual. En nuestra praxis local, ha demostrado ser uno de los mecanismos menos prácticos, desde el momento que ningún presidente, vicepresidente o ministro fue siquiera acusado por Diputados ante el Senado, mediante el **impeachment**. Lo complejo de su trámite y las mayorías necesarias para operar una remoción han tornado a este engranaje francamente inútil. En otros casos, las lealtades partidarias han superado las lealtades institucionales, y la falta de espíritu de autocrítica de los partidos ha provocado que éstos no excluyeran de ciertas magistraturas a determinados funcionarios o magistrados.

La experiencia aconseja, pues, abandonar al “juicio político” y sustituirlo por otro régimen de saneamiento constitucional. Pero la eficacia del nuevo régimen no debe consistir en un mayor detalle en el enunciado de las causales de enjuiciamiento (punto sobre el cual la Constitución es suficiente), sino en la adopción de otras estructuras u órganos para enjuiciar.

Ciertos países implementan, al respecto, cuerpos especiales, como el Tribunal Constitucional de Noruega (Constitución, art. 86: formado por los miembros del Tribunal Supremo de Justicia y con los miembros del “Lagting”, o especie de Senado) y el “Alto Tribunal de Justicia” de Dinamarca (Constitución, art. 59: quince miembros del Tribunal Supremo, y quince elegidos por el Parlamento). En otros, esa tarea corre parcialmente a cargo del Tribunal o Corte Constitucional. Para la Argentina, la idea del Consejo para la Consolidación de

la Democracia de instaurar un “Consejo Constitucional” (v. párrafo V) podría servir para los fines que indicamos, aunque para el supuesto del juicio político podría ampliarse el número de miembros designados por la Corte Suprema —según sugerimos— hasta alcanzar la cantidad de nueve.

## NOTAS

(1) Cfr. “Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia” (Buenos Aires, 1986), ed. Eudeba, p. 25.

(2) Consejo para la Consolidación de la Democracia, “Segundo dictamen sobre la reforma constitucional” (Buenos Aires, 1987), copia fotostática, p. 133.

(3) “Reforma Constitucional. Dictamen preliminar...”, ob. cit., p. 26.

(4) “Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, tomo 289, pág. 430.

(5) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Constitución Nacional. Derechos no enumerados”, en Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice V., p. 33 y sgtes.

(6) El Consejo para la Consolidación de la Democracia no se ha expedido, como se sabe, sobre el tema de la reelección presidencial.

(7) Sobre este último, v. Daranas Peláez, Mariano, “Las constituciones europeas” (Madrid, 1979), ed. Nacional, t. II p. 1603, nota 58.

(8) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, “Las leyes secretas. El sigilo legislativo en el derecho constitucional argentino”, (Buenos Aires, 1976), ed. Depalma.

(9) Indudablemente, uno de los problemas que más acucia en la integración del órgano de enjuiciamiento para la remoción de las más altas magistraturas, es cómo lograr un ente operativo y cauto a la vez. En Argentina, el “juicio político” a cargo del Congreso no ha sido operativo, y su legitimidad cuando funcionó (caso de remoción de jueces) fue harto discutible en ciertos supuestos (v.gr., juicio a la Corte Suprema en 1947).

En el esquema que proponemos para su discusión, un “Consejo Constitucional” ampliado, y formado por tres consejeros nombrados por el Poder Ejecutivo, tres por el Senado, tres por diputados y nueve por la Corte Suprema (en su caso, éstos con acuerdo del Senado, v.gr.), parece posibilitar la satisfacción de aquellos dos recaudos de operatividad y prudencia.

## REFORMA CONSTITUCIONAL (II): EL PODER JUDICIAL

*Por Néstor Pedro Sagüés*

### SUMARIO:

I. INTRODUCCION. El Poder Judicial ante el proceso constituyente. II. UN PODER JUDICIAL IDONEO. III. UN PODER JUDICIAL AUTONOMO. IV. UN PODER JUDICIAL OPERATIVO. V. EL MINISTERIO PUBLICO. VI. CONCRECIONES EN EL AMBITO PROVINCIAL. VII. EL PODER JUDICIAL EN EL PROYECTO DE REFORMAS DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACION DE LA DEMOCRACIA. VIII. CONCLUSIONES.

## I. Introducción. El Poder Judicial en el proceso constituyente.

No es difícil percibir que la reforma del Poder Judicial es uno de los puntos esenciales de todo plan de enmienda constitucional. La cuestión podría explicitarse así: de no operarse a nivel constitucional un programa serio y profundo de renovación de nuestra judicatura, cualquier proyecto de cambio constitucional resultaría necesariamente incompleto.

Desde luego, la Constitución no debe tratar toda la problemática del Poder Judicial, y tampoco una reforma constitucional puede resolver mágicamente las dificultades y las falencias de la judicatura argentina. Pero una enmienda constitucional sí está en condiciones de atender a una serie de puntos fundamentales de tal cuestión. Por ejemplo, lo concerniente a los métodos de reclutamiento de los cuadros judiciales, los dispositivos de ascenso y remoción (en términos generales, las pautas básicas de la "carrera judicial"). También, ciertos aspectos muy importantes concernientes al desenvolvimiento del Poder Judicial (v.gr., su presupuesto), y la situación del Ministerio Público.

Claro está que la "cuestión judicial" dentro de la reforma constitucional puede visualizarse con distinto ánimo y con diferentes intenciones. Están, en primer lugar, quienes desean una reestructuración judicial seria y profunda, que de una vez por todas coloque a la magistratura argentina a tono con un Poder Judicial del siglo XX; o, si se prefiere, en correspondencia con un Poder Judicial que está ante las puertas del siglo XXI. En segundo término, hay quienes aspiran a ciertas reformas —positivas, muchas de ellas— más o menos intensas, pero que de todos modos conservan la fisonomía básica de la actual judicatura. Por último, se encuentran aquellos que proclaman una vocación reformista, pero que, a la hora de la verdad, salvo algunos retoques superficiales, recurren a la actitud gatopardista de dejar todo como está.

La atención del problema demanda, nos parece, un sinceramiento previo: se trata de definir qué tipo de Poder Judicial se necesita, y cuál tiene que ser su perfil decisivo.

A nuestro entender, ese perfil debe estar signado por tres rasgos principales: **un Poder Judicial idóneo, autónomo y operativo**. Si realmente se está de acuerdo con tal diseño, cabe enseguida determinar los costos jurídicos y políticos que deben afrontarse para lograr el tipo de Poder Judicial propuesto. Es sabido, en efecto, que la obtención de ciertos objetivos (en nuestro caso, repetimos, una judicatura idónea, autónoma y operativa) demanda, inevitablemente, ciertos gastos e inversiones, que no son exclusiva ni esencialmente económicos. Nada, aquí, es gratuito; y hace al jurista sensato y realista prever tales erogaciones para después satisfacerlas, si es que honestamente se desean obtener los logros propuestos.

## II. Un Poder Judicial idóneo.

Un punto de partida para resolver la suerte del Poder Judicial es defi-

nir si efectivamente quiere pensarse en una judicatura calificada; o, por el contrario, si se prefiere un cuerpo judicial **standard**, sin mayores pretensiones sobre la formación y entrenamiento de sus planteles.

Si el constituyente opta por un Poder Judicial idóneo, esa decisión tendrá su precio. Deberá asumir, por ejemplo, el hecho de que un diploma universitario de abogado no garantiza de por sí las calidades necesarias para ser juez o miembro del ministerio público. Nuestros egresados de derecho carecen, por la mera tenencia del título, de las condiciones necesarias para cumplir roles judiciales o fiscales: aquel título es, por supuesto, **indispensable**, pero debe **complementarse** con los cursos teórico-prácticos de formación, entrenamiento y capacitación especializados, a cargo de institutos de post-grado que en el derecho comparado se conocen como escuelas judiciales. Y así lo han hecho los países que realmente quisieron superar el nivel de sus cuadros judiciales y afirmar la idea de que a la magistratura no debe ir cualquier abogado, sino aquel específicamente preparado para el quehacer tribunalicio. (1).

De más está decir que la Escuela Judicial, aparte de entrenar a futuros jueces o fiscales (cumpliendo así un papel de preselección de la judicatura y del ministerio público), también sirve para perfeccionar y actualizar a quienes ya se encuentran en ejercicio de su magistratura.

Es cierto que la Escuela Judicial no puede materialmente implementarse en cualquier parte: hay provincias pequeñas o con escasa población donde su instrumentación es hartamente difícil. Pero en el orden federal su concreción es perfectamente factible, al menos en algunos niveles o sedes jurisdiccionales.

## III. Un Poder Judicial autónomo.

Este es el punto quizá más difícil de encarar, y por varios motivos. En primer lugar, porque la autonomía judicial nunca es plena (el Poder Judicial, v.gr., no debe ser independiente del Poder Constituyente, desde el momento que como poder constituido debe someterse tanto al texto como al espíritu de la Constitución)<sup>(2)</sup>. En segundo lugar, porque un Poder Judicial independiente —con relación a los poderes Ejecutivo y Legislativo, por ejemplo— no tiene que ser un Poder Judicial opositor, y ni siquiera indiferente, respecto a aquéllos: los tres son parte del mismo Estado, y bueno es que exista entre ellos una gestión conjunta hacia el bien común.

A más de lo dicho, la autonomía del Poder Judicial es problemática porque no todos desean realmente a tal autonomía. Detrás del discurso retórico se busca, a menudo, un Poder Judicial domesticado y afín con partidos o líderes gubernativos. De ahí las estrategias ideológicas que pese a proclamar la independencia formal de la judicatura, de hecho implementan fórmulas indirectas de sumisión de jueces y miembros del ministerio público. Merced a una manipulación de los mecanismos de acceso, promoción y remoción de estos

magistrados, y del manejo del presupuesto judicial, es factible consumir un eficaz sistema de no-autonomía.

En definitiva, tanto la Constitución Nacional como las provincias parten del supuesto de la independencia y del equilibrio de los tres poderes del Estado. Pero tal independencia requiere técnicas y procedimientos que la salvaguarden realmente, en particular respecto a los modos de designación de los titulares del Poder Judicial.

a) al Poder Judicial le toca actuar como órgano-control (en especial, mediante los mecanismos de revisión de constitucionalidad) del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo. En tal sentido, el derecho público contemporáneo muestra que la imparcialidad y la autonomía institucional de la judicatura sólo se logran plenamente cuando el órgano-control no es nombrado por el órgano-controlado; es decir, cuando el Poder Judicial no es seleccionado por el Poder Ejecutivo y el Legislativo. Esta es una constante del constitucionalismo actual: salvo ciertas excepciones (relativas por lo común a las cortes supremas de justicia), los jueces son nominados por órganos del tipo “Consejo de la Magistratura”: Italia, Francia, España, Turquía, Perú, Irán, Colombia, Venezuela, etc., muestran esa tendencia que se afirma cada vez más.

El “Consejo de la Magistratura” es de composición plural: se forma por jueces —a menudo, elegidos por sus pares—, representantes del Poder Ejecutivo y del Parlamento; de vez en cuando, con delegados de los colegios profesionales de abogados y magistrados; y algunas veces, también de las facultades de Derecho<sup>(3)</sup>. Se supone, y con acierto, que ese órgano de designación actuará con mayor imparcialidad y con criterios técnicos de selección que el viejo sistema norteamericano de nombramiento por el Presidente con acuerdo del Senado, régimen que muchas veces subordinó la selección de magistrados a acuerdos y transacciones inspirados en criterios partidarios, y a la postre no convenientes para una judicatura realmente autónoma.

Otro aporte del Consejo de la Magistratura es evaluar al futuro juez no exclusivamente desde las perspectivas del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, sino desde otros puntos de vista (como el de los propios jueces y colegios profesionales). La integración plural del Consejo facilita, paralelamente, que si un órgano o grupo intenta favorecer (o proscribir) a algún candidato en particular, ese intento quede neutralizado por el comportamiento de los otros sectores, que seguramente denunciarán tal actitud.

Al Consejo de la Magistratura se le ha acusado de adoptar poses aristocratizantes, gestadoras de una mítica “oligarquía de la toga”. En esto hay, a menudo, mucho de recursos ideológicos destinados a revertir la situación y volver a fórmulas de reclutamiento de jueces ya superadas y poco garantistas de la autonomía del Poder Judicial. De todos modos, un Consejo de la Magistratura adecuadamente compuesto, formado con representantes de los colegios profesionales, del Parlamento y Ejecutivo, y por supuesto del Poder Ju-

dicial, es una garantía contra la temida “oligarquía de la toga”, y nunca causal de ella.

b) si se aspira a una Justicia autónoma, tan importante como el órgano de selección de jueces es el sistema de reclutamiento. Aparte de la Escuela Judicial —primer filtro de evaluación— surgen los concursos, a cargo del Consejo de la Magistratura, como complemento para que el candidato no sea nombrado por afinidades políticas, sociales o religiosas, sino por sus cualidades profesionales<sup>(4)</sup>.

Con la Escuela y los concursos se produce una verdadera “revolución copernicana” en los métodos de designación de jueces. Hasta ahora, el nombramiento judicial ha sido visto como una suerte de presente u obsequio del Poder Ejecutivo y del Senado; y tal idea debe ser sustituida por otra, la del cargo “por derecho propio”, que solamente se logra cuando el juez en cuestión obtiene por sí su título, mediante un concurso ganado por ante un órgano o jurado pluralmente integrado, como es el Consejo de la Magistratura. En este último supuesto, el diploma de juez, alcanzado cumpliendo los recaudos constitucionales de igualdad de oportunidades, y de selección por la idoneidad, tiene otro sabor institucional y otro tipo de legitimidad.

c) Otro soporte esencial de la independencia judicial es el principio de inamovilidad de los magistrados, permanencia que no constituye un privilegio personal para el juez, sino un elemento indispensable para que el juez sea independiente e imparcial. Si el magistrado es nombrado a término, eso provoca inevitables presiones de la más variada índole —sobre todo en las proximidades de la conclusión de su mandato— asedio que en nada beneficia una imparcial administración de justicia<sup>(5)</sup>.

Por supuesto, la inamovilidad permanente de los cuadros judiciales no debe significar un salvoconducto para la malicie y el apoltronamiento: debe existir un mecanismo ágil y expeditivo para reparar el mal desempeño en el cargo; y al respecto, el Consejo de la Magistratura puede cumplir un buen papel. Inclusive, como ocurre en Italia, es acertado que el Consejo tenga a su cargo funciones disciplinarias para los jueces, de tal modo que si en un caso encuentra falencias graves pero que no justifiquen la remoción, esté de todos modos en condiciones de sancionar al culpable del caso con penas menores (v.gr., suspensiones, multas, etc.).

Esto evita, concomitantemente, utilizar el juicio político como método de evaluación del comportamiento de jueces. El juicio político tiene como escenario el Congreso; y resulta poco coherente que éste, órgano controlado por el Poder Judicial (mediante la declaración de inconstitucionalidad de normas), sea a su vez órgano control del mismo Poder Judicial (a través del juicio político). Por una paradoja de la Constitución actual, la judicatura pasa a ser de sujeto-control a sujeto controlado; y el Poder Legislativo de sujeto-controlado a sujeto-control<sup>(6)</sup>.

#### IV. Un Poder Judicial operativo.

Otra faceta importante del tema es la tónica que debe el constituyente imprimir al Poder Judicial. Si planea una judicatura estática, llenará la Constitución de normas reglamentaristas que detallarán fueros, cantidad de jueces, minuciosas condiciones para acceder a los cargos, facultades y competencias de cada órgano, etc. De tal manera, el legislador ordinario y el Poder Judicial quedarán enclaustrados por una preceptiva constitucional que impedirá flexibilizar y transformar las estructuras judiciales en función de las necesidades que posteriormente aparezcan.

Por el contrario, si el constituyente piensa en un organigrama judicial dinámico, tendrá que decir en la Constitución poco pero bueno: enunciar solamente las pautas fundamentales del Poder Judicial, dejando todo lo demás en manos del legislador ordinario y hasta del mismo Poder Judicial.

a) una cuestión harto significativa en lo que hace a la operatividad del órgano judicial es, sin duda, la problemática económica de dicho órgano del Estado. En el ámbito federal, por ejemplo, ha habido un grave arrinconamiento del presupuesto judicial, que de alrededor del 4% a comienzos de siglo, ha pasado ahora a menos del 1%. Eso, por un lado. Por otro, las remuneraciones judiciales han sufrido serios desniveles con relación a titulares de otros órganos estatales, cuando no de funcionarios administrativos. Esa declinación ha provocado también el éxodo de calificados magistrados, así como la casi imposibilidad de incorporar abogados con experiencia y calidad a los cuadros del Poder Judicial.

Para remediar un proceso tan lastimoso, que afecta tanto a la composición de la judicatura como al funcionamiento, infraestructura y prestigio de ella como Poder, se han sugerido constitucionalmente diversas soluciones.

Entre ellas, pueden mencionarse las siguientes: a) fijación por la Constitución de un cupo presupuestario mínimo y flexible para el Poder Judicial (6% en Costa Rica; 2% en Perú; 10% en la reforma constitucional colombiana de 1979); b) elaboración del presupuesto judicial por la Corte Suprema, dentro del cupo aludido, previéndose su corrección por el Poder Legislativo, con los dos tercios de votos de los legisladores (Costa Rica); c) ejecución del presupuesto por la propia Corte; d) "cláusula de la nivelación", por la que no es factible que los ministros de la Corte Suprema perciban remuneraciones inferiores a las de cualquier otro agente del Estado, salvo el Presidente de la República; e) mantenimiento de la "cláusula de la compensación" del art. 96 de la Constitución Nacional, que obliga a indexar los sueldos, en función de la depreciación monetaria<sup>(7)</sup>.

b) otra pieza importante para asegurar la eficacia del Poder Judicial, y su imagen ante la opinión pública como custodio de las garantías personales, es la implementación de la Policía Judicial (como lo hacen, v.gr., las constitu-

ciones de España e Italia). Esto hace mucho para la vigencia del Estado de Derecho.

#### V. El Ministerio Público.

Este es el organismo fundamental, también, para la remodelación institucional del país. En el ámbito federal padece de una ambigüedad situacional lamentable. En provincias, está generalmente dentro del Poder Judicial, pero eso no basta.

Hay que tener bien en claro los roles institucionales del Ministerio Público. Modernamente, no es un ente servicial del Poder Ejecutivo, sino que le toca ejercer discrecionalmente la acción penal, velar por el principio de legalidad (en particular, de la legalidad constitucional) y velar asimismo por una recta administración de justicia, solicitando la remoción o sanción disciplinaria de los magistrados incompetentes.

Naturalmente, si se admiten esos roles para el Ministerio Público, hay primero que jerarquizarlo, ubicándolo donde debe estar: una magistratura autónoma, órgano extra-poder, no sometida al Poder Ejecutivo, pero tampoco al Judicial, puesto que debe actuar con independencia de ambos. El modelo constitucional peruano puede, al respecto, resultar muy ilustrativo.

La jerarquización del Ministerio Público obliga a remunerarlo en consonancia con sus responsabilidades, equiparando los cargos fiscales con los judiciales; pero obliga también a pensar en la carrera fiscal, según pautas análogas a las vigentes en el ámbito judicial sobre entrenamiento, selección por la idoneidad y Consejo de la Magistratura<sup>(8)</sup>. No se trata únicamente de darle al Ministerio Público más honores, sino, paralelamente, de exigirle más también.

#### VI. Concreciones en el ámbito provincial

Interesa comprobar en qué medida el ciclo constitucional provincial ha asimilado algunos de los institutos propuestos.

1. **Idoneidad.** En este sector puede rememorarse el expreso antecedente de la Constitución de Catamarca de 1965, que programó la Escuela Judicial, todavía no implementada en los hechos.

Hace poco, la flamante constitución de Salta previó en su art. 152 la garantía e instrumentación de la capacitación de los miembros del Poder Judicial, y la carrera judicial abierta y en igualdad de oportunidades. Algo similar dispone el art. 157 de la Constitución actual de Córdoba, que en su art. 166, además, estatuye que el Superior Tribunal de Justicia "crea la escuela de especialización y capacitación para magistrados y empleados".

Es obligado asimismo recordar el art. 175 inc. h) de la presente Constitución de Santiago del Estero, cuando afirma que corresponde al Superior Tribunal organizar la escuela de capacitación para magistrados, e institutos análogos para el personal judicial. La Escuela de especialización para magistrados y los institutos de entrenamiento para el resto del personal han sido

incorporados igualmente en la Constitución de San Luis (art. 214 inc. 11).

2. **Independencia.** Aquí hay varios subtemas para analizar.

a) en materia de Consejo de la Magistratura, hace ya tres décadas en el instituto es asimilado por las constituciones de Chaco y Río Negro, con buenos resultados hasta ahora.

Recientemente, la constitución de San Juan lo programó integrado por dos abogados, un legislador, un miembro de la Corte de Justicia, un ministro del Poder Ejecutivo. Propone traslados y realiza concursos (arts. 214 y 216). En Santiago del Estero la nueva constitución lo diseñó con dos jueces (uno del Tribunal Superior y otro de Cámara), dos diputados abogados, uno por la mayoría y otro por la minoría; y dos abogados (art. 166). Propone en terna candidatos para cubrir cargos judiciales y del Ministerio Público, inferiores al Tribunal Superior provincial (art. 165).

La última constitución de San Luis recibió al aludido Consejo (formado por un miembro del Superior Tribunal, otro elegido entre miembros del Ministerio Público o de la judicatura; dos legisladores provinciales, abogado por cada circunscripción y un ministro del Poder Ejecutivo). Previsto por el art. 197, tiene a su cargo realizar los concursos, proponiendo ternas al Poder Ejecutivo para jueces inferiores al Superior Tribunal de Justicia.

b) el régimen de concursos se inserta en la Constitución de San Juan, a cargo del Consejo de la Magistratura: pueden ser de antecedentes y de oposición (arts. 206 y 216). En La Rioja su constitución actual dispone que los realiza la Cámara de Diputados para cargos inferiores a los del Superior Tribunal, y son abiertos (art. 136). Hemos visto que también los contempla la Constitución de San Luis últimamente aprobada.

Estos dispositivos son en principio buenos, aunque su implementación resulte algunas veces opinable. Por ejemplo, el régimen de concursos por oposición puede no ser conveniente para ciertos cargos judiciales, bastando el de antecedentes. En cuanto que una Cámara de Diputados actúe como jurado de concursos, tampoco es atractivo, ya que los legisladores, cuyo comportamiento obedece a menudo a instrucciones partidarias, no parecen ser los mejores jurados en tal quehacer.

c) aunque no haya hecho mención al Consejo de la Magistratura, los concursos o la Escuela Judicial, la Constitución de Jujuy previó la facultad del Poder Judicial dictarse su propio reglamento orgánico, y allí establecer “la carrera judicial para los magistrados, funcionarios y empleados”.

d) en materia de estabilidad, la tendencia felizmente predominante ha sido la de mantener las designaciones permanentes donde ellas ya existían, y en las provincias con designaciones periódicas (que en rigor de verdad son inconstitucionales, por atentar contra el principio de equilibrio de los poderes), las de conceder o estabilidad para todos (v.gr., Jujuy, San Juan), o para

casi todos (reservando las nominaciones transitorias para miembros de los superiores tribunales: Salta, La Rioja).

e) digamos que en cuanto la remoción de los planteles, judiciales, las nuevas constituciones han seguido caminos diversos. Mientras que Jujuy, San Juan y Salta han preferido distinguir entre el enjuiciamiento de los miembros de la corte suprema local mediante el “juicio político”, y respecto a los demás, a través del jurado de enjuiciamiento, Santiago del Estero ha optado por implementar como trámite común este último, y La Rioja el juicio político.

3. **Operatividad.** En este rubro el ciclo constituyente local exhibe soles y bemoles.

a) en materia de brevedad constitucional, no siempre los nuevos textos han cumplido con el requisito técnico de ser cortos y sintéticos. De todos modos, han posibilitado fijar por ley el número de miembros de las cortes supremas, y la división de ellas en Salas (v.gr., Jujuy, art. 155; Salta, arts. 146, 148; San Juan, art. 201; Santiago del Estero, art. 161; La Rioja, art. 137, etc.)

b) como detalle interesante respecto de la competencia de los tribunales superiores provinciales, todos los textos reformados instrumentan la acción directa de inconstitucionalidad (Salta, art. 149; San Juan, art. 208; Santiago del Estero, art. 176; La Rioja, art. 141; Jujuy, art. 164; Córdoba, art. 165).

c) la problemática económica del Poder Judicial ha sido tratada en las nuevas constituciones, pero sin realizar una transformación intensa del sistema. Es frecuente que establezcan que la Corte suprema provincial prepara el presupuesto judicial, e incluso que dispone y administra los bienes y recursos del Poder Judicial (v.gr., art. 167 de la Constitución de Jujuy; 207 de la Constitución de San Juan. Las de Santiago del Estero —art. 175—, Salta —art. 149— y La Rioja —art. 140— confieren al Tribunal Superior la facultad de elaborar el presupuesto judicial). La de Córdoba ha confiado al Superior Tribunal la preparación del cálculo de recursos, pero todo sometido a su consideración final por la Legislatura (art. 166). La de San Luis añade que el Poder Judicial dispone y administra sus bienes, y que una ley puede establecer un sistema de percepción de gravámenes por el propio Poder Judicial (art. 218).

Hay, sí, algunas prescripciones muy positivas. Por ejemplo, la “cláusula de la compensación”, introducida en el art. 164 de la Constitución de Santiago del Estero, que dispone: “Ningún miembro del Superior Tribunal de Justicia cobrará una retribución inferior a la que perciba por todo concepto un legislador provincial”. El art. 170 de la Constitución de Jujuy, por su parte, establece que la retribución de los jueces del Superior Tribunal “debe guardar equitativa y ajustada relación con la que perciben, por todo concepto, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Además, la retribución

de los jueces y empleados tendrá que guardar “adecuada proporción” con la establecida para los jueces del Superior Tribunal. Se trata, en este caso, de normas muy generales, cuya eficacia, por tal vaguedad, puede resultar nula.

d) con referencia a la Policía Judicial, ha sido contemplada en varias constituciones, dependiendo del Poder Judicial; San Juan, (art. 213); Jujuy, (art. 146); Santiago del Estero, (art. 175, g); La Rioja, (art. 134); San Luis, (art. 216); o del Ministerio Público (Córdoba, art. 172, inc. 4).

4. **Ministerio Público.** Un aporte novedoso ha sido el aceptado por la Constitución de Salta, que organiza un Ministerio Público como órgano autónomo y extra-poder (art. 160), con funciones específicas como la tutela del orden público, la vigilancia del respeto a la legalidad constitucional y de una recta administración de justicia, además del ejercicio de la acción penal (art. 159). Preocupa, eso sí, que los cuadros de este Ministerio sean designados por períodos, y no de manera permanente (art. 158).

En el resto de las constituciones el Ministerio público sigue integrando el Poder Judicial (San Juan, art. 202; Santiago del Estero, art. 161; La Rioja, art. 129; Jujuy, art. 157; San Luis, art. 191). En Córdoba está también dentro del Poder Judicial, pero su art. 171 le permite un desenvolvimiento bastante autónomo. Por supuesto, estas fórmulas son preferibles a la inserción del Ministerio Público en la órbita del Poder Ejecutivo; pero no confieren al organismo que tratamos la autonomía funcional necesaria para su cometido.

## VII. El Poder Judicial en el proyecto de reformas del Consejo para la Consolidación de la Democracia

El Consejo ha elaborado dos dictámenes (9). En el preliminar se formulan las siguientes sugerencias:

1. Mantenimiento del sistema de designación actual de jueces (Presidente con acuerdo del Senado), aunque demandando que las sesiones de éste sean públicas, en tal punto.

2. Dividir los mecanismos de enjuiciamiento: juicio político para los ministros de la Corte Suprema; jury de enjuiciamiento para los demás magistrados.

3. Aceptación del principio de transferencia de competencias a organismos judiciales supranacionales.

4. Incorporar entre los supuestos de competencia originaria de la Corte Suprema, los conflictos entre los poderes del Estado.

5. Rechazo de las siguientes iniciativas: Consejo de la Magistratura, división de la Corte Suprema en Salas, Corte de Casación, régimen de jurados como imperativo constitucional.

A su turno, el dictamen complementario propicia:

1. La inserción en la constitución del “writ of certiorari”, como mecanismo de selección de casos por la Corte Suprema.

2. Incorporación del sistema del “stare decisis”: obligatoriedad de los fallos de la CSJN, en cuanto los principios en ellos sentados, para los demás tribunales inferiores del país.

Consideramos estas iniciativas a continuación.

a) **Carrera judicial.** En este significativo rubro el proyecto no introduce innovaciones sustanciales, y es posible que esa falencia sea el punto más discutible del plan de enmiendas. En concreto, se perdería la oportunidad de modernizar y de legitimar al Poder Judicial argentino, cuya estructura actual, además de antigua e ineficiente, padece de una sensible cuota de ilegitimación.

La legitimidad contemporánea del Poder Judicial exige, en efecto, aceptar esquemas de reclutamiento de jueces que satisfagan principios como los de igualdad de oportunidades y de selección por la idoneidad, recaudos que difícilmente podrán cumplirse si no se implemetan los concursos, la escuela judicial y el Consejo de la Magistratura (10).

Es cierto que el Consejo para la Consolidación de la Democracia se detiene en particular en este último organismo, indicando que el Consejo de la Magistratura puede conducir a un enquistamiento del Poder Judicial y así a una “suerte de establishment de los jueces, impermeable a razonables sugerencias originadas en las cambiantes necesidades de la sociedad” (11). Tal criterio sería cierto —o podría serlo— si el Consejo tuviese una composición cuasioligárquica, pero no si estuviese integrado pluralmente, dando participación a los sectores interesados en el quehacer tribunalicio tal como lo sugerimos en el parágrafo III.

Por lo demás, el principio de publicidad de las sesiones senatoriales relativas al acuerdo que la cámara alta presta a los candidatos a jueces propuestos por el Poder Ejecutivo, sin ser algo nocivo (todo lo contrario) poco cambiaría el panorama presente, ya que en la aludida sesión pública un Senador no puede ser coaccionado a detallar por qué presta o no conformidad a determinado juez. Bastaría con que simplemente emitiese su voto en uno u otro sentido, explicitando o no las razones del mismo. En definitiva, esa publicidad, de por sí buena, no resolvería el meollo del problema argentino de la selección de magistrados judiciales.

En cuanto al régimen de remoción de magistrados, el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia es positivo en cuanto lo dobla en dos niveles: juicio político para la Corte Suprema, y Jury de enjuiciamiento para los demás jueces. En verdad, lo aconsejable es derivar el mecanismo de exclusión de magistrados faltos de idoneidad a un jurado de enjuiciamiento (que bien puede ser el mismo Consejo de la Magistratura), sin distinción de rangos entre tales jueces. El juicio político no es aconsejable (nos remitimos al parágrafo III, c) y menos para la Corte Suprema, que como inter-

prete final de la Constitución debe evaluar en última instancia la constitucionalidad de las leyes sancionadas por el Congreso. Poco lógico es que este último juzgue a su vez el comportamiento constitucional de la Corte.

b) **Justicia supranacional.** Aquí el Consejo para la Consolidación de la Democracia realiza una tarea de sinceramiento jurídico, como es reconocer la presencia de los tribunales supranacionales (piénsese, v.gr., en la Corte Interamericana de Derechos Humanos), y conferirle competencias. La transformación es profunda, por cuanto implica la transferencia de facultades judiciales locales. (12)

c) **Competencia y operatividad de la Corte Suprema.** El Consejo para la Consolidación de la Democracia sugiere incluir dentro del cupo de competencias de la Corte la solución de los conflictos entre los poderes del Estado, alternativa válida al ser la Corte, como se puntualizó, la intérprete final de la Constitución. Razones de obvia prudencia aconsejan, además, darle conocimiento originario y exclusivo en tales litigios.

Respecto al “writ of certiorari”, se trata de un mecanismo básicamente procesal que permite a la Corte Suprema seleccionar las causas que debe resolver, en función de la trascendencia institucional que cada una de ellas pueda revestir. Es un instituto que tiene sus bemoles, puesto que puede conducir a arbitrariedades en el proceso de escogimiento de las causas. Sin embargo, parece presentarse como una solución necesaria para impedir el acceso de cualquier expediente a los estrados de la Corte. De todos modos, no resulta aconsejable que la Constitución lo imponga como receta obligatoria: más prudente es que la ley suprema permita que el legislador común implemente el “certiorari”, si él lo juzga conveniente en el futuro. Con esto se despejaría —desde luego— la discusión sobre la constitucionalidad del “certiorari” (desde el momento que la Constitución lo permitiría), pero se dejaría al criterio discrecional de Poder Legislativo sus modalidades de aplicación, de reputarlo efectivamente conducente.

Por último, el enunciado constitucional de la obligatoriedad de los criterios de la Corte Suprema, para los tribunales inferiores, es algo cada vez más requerido por razones —especialmente— de seguridad y de igualdad. No obstante, tan significativo poder para la Corte (que de hecho, a través de la doctrina de la eficacia vinculatoria, aunque condicionada, de sus fallos, ya existe en buena medida) no parece aconsejable para una Corte pequeña, como la Argentina. Bastaría en efecto que tres de sus cinco miembros pensasen que una ley es inconstitucional, para que los demás tribunales del país debiesen inaplicarla en lo futuro. La voluntad de tres personas, por ende, podría bloquear lo resuelto por las Cámaras del Congreso.

Un remedio para combinar el régimen del “stare decisis” (o autoridad del precedente de la Corte) con la autoridad del Congreso —en particular sobre la declaración de inconstitucionalidades— consistiría en aumentar el nú-

mero de los miembros de la Corte Suprema, al estilo de los tribunales o cortes constitucionales de Italia o España, por ejemplo; y exigir para la nominación de los cuadros de aquella (si no se implementa el Consejo de la Magistratura), conformidad de los dos tercios o cuatro quintos de los miembros del Congreso.

Lo dicho se conecta también con la alternativa de la división de la Corte Suprema en salas. Una Corte con trabajo seleccionado (v.gr. a través del “writ of certiorari”) puede operar con un número relativamente reducido de miembros. Pero si el número de expedientes es grande (como en la actual Corte Suprema argentina), la división en Salas es un recurso no sólo legítimo, sino también necesario, vigente por lo demás en numerosos países donde opera con buenos resultados. El fraccionamiento operativo de la Corte en salas —aplicado también en varias provincias— lo es sin perjuicio de la actuación de la Corte en pleno, por ejemplo para unificar jurisprudencia (de haber oposición entre las salas) o para declarar la inconstitucionalidad de normas, atento la gravedad institucional de esto último.

d) **Otras propuestas.** El Consejo para la Consolidación de la democracia mociona asimismo por la eliminación de las cláusulas constitucionales relativas al juicio por jurados, iniciativa sensata, aunque de cualquier modo pensamos que aquellas reglas ya están derogadas por el derecho consuetudinario constitucional.

La negativa de admitir una Corte Nacional de casación es, por su parte, un tema discutible y discutido. Probablemente la instrumentación de un sistema de “stare decisis” obvie parte de la problemática existente ante los distintos criterios de aplicación de normas nacionales por diferentes tribunales (locales o federales) en la República.

#### VIII. Conclusiones.

El Poder Judicial argentino requiere hondas transformaciones, tanto para actualizarla como para afianzar su legitimidad y funcionalidad. Aunque muchos de esos cambios pueden lograrse sin necesidad de reformar a la Constitución, bueno es que ésta —de enmendarse— lidere ese proceso de superación.

El modelo de Poder Judicial que montamos define su perfil con tres rasgos claves: idoneidad, autonomía y operatividad. La satisfacción de esas metas demanda afrontar ciertos costos jurídico-políticos que la Constitución puede asumir, si realmente se desea la transformación de la judicatura nacional. En tal sentido, la Constitución puede y debe enunciar esquemáticamente los resortes claves del nuevo Poder Judicial: formación especializada y profesionalizada de sus cuadros; Consejo de la Magistratura, régimen de concursos; cupo presupuestario mínimo; elaboración y ejecución de presupuesto por el Poder Judicial; cláusula de la nivelación; policía judicial; ministerio público extra-poder.

Por supuesto, todo eso demanda, antes que nada, un cambio de mentalidad. Exige primero recotizar al Poder Judicial, y asumir la importancia que tiene en el moderno estado social de derecho. Después, obliga a pensarlo como órgano efectivamente autónomo, y no como apéndice de los otros poderes. Ello conduce también a programar las nominaciones judiciales no en base a las vinculaciones sociales, partidarias o personales de los candidatos, sino en razón de la idoneidad de ellos. Paralelamente, requiere que el Poder Judicial no viva de las migajas del presupuesto global, sino que éste responda auténticamente a los roles y necesidades de uno de los órganos fundamentales del Estado.

Tal desafío está abierto para la sociedad y para la clase política argentina.

#### Notas

(1) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "Reforma Judicial. Los procedimientos de designación de magistrados y la escuela judicial en el derecho argentino y comparado" (Bs. As. 1978), ed., Astrea, *passim*; "Las escuelas judiciales en el derecho comparado", en "Revista de Colegio de Abogados de La Plata", núm. 42, p. 209.

(2) V. Sobre esta problemática Simón, Dieter "La independencia del juez", trad. por Carlos Ximénez-Carrillo (Barcelona, 1985), o Ariel, p. 84.

(3) Cfr. Sagüés, Néstor Pedro, "El Consejo de la Magistratura" en *El Derecho*, 113-851, con un detalle del instituto en el derecho comparado y argentino. También, Zaffaroni, Eugenio R. y Larrandart, Lucía, "Administración de justicia y reforma constitucional: La necesidad de un modelo", en "Nuevo Proyecto" I (1986), p. 117 y sig.

(4) Sobre los concursos, cfr. nuestro artículo "Reforma Judicial y reforma constitucional", *El Derecho* 114-823; "Carrera Judicial: perspectivas y posibilidades en Argentina", en *El Derecho* 99-816.

(5) El tema lo hemos tratado en "Poder Judicial: inamovilidad permanente o inamovilidad transitoria", en *La Ley*, 1982-B-751.

(6) Sobre las críticas al juicio político o **impeachment** contra jueces, por el Parlamento, v. Comisión Internacional de Juristas. "El imperio de la ley en las sociedades libres" (Informe de Nueva Delhi), Ginebra 1959, p. 354.

(7) V. Sagüés, Néstor Pedro, "Autarquía Judicial", en *Jurisprudencia Argentina*, 1986-IV-849.

(8) Sobre el ministerio público, sus roles y situación institucional, v. nuestro trabajo "Carrera Fiscal", en *El Derecho*, 106-980.

(9) Cfr. "Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia" (Bs. As. 1986), ed. Eudeba, p. 62/4; "Segundo Dictamen para la reforma de la Constitución", 1987, copia fotostática, p. 71/5.

(10) V. Sagüés, Néstor Pedro, "La legitimidad política del poder Judicial", en "Revista uruguaya de Derecho Constitucional y Político" (Montevideo, 1985), tomo II núm. 8, p. 93 y sigts.

(11) V. "Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la democracia", *ob. cit.*, p. 63.

(12) Cfr. nuestro estudio "Jurisdicción nacional y jurisdicción internacional. A propósito del Pacto de San José de Costa Rica", en *La Ley* 1986-B-1015).

## EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONOMICO Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION

Por Héctor Masnatta

La Constitución vigente ha sido filiada como una carta fundamental basada en ideas y postulados del capitalismo decimonónico e inspirada en una concepción liberal individualista. Traduce, como las Constituciones republicanas y conservadoras del siglo pasado los principios existentes en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Es sabido que sus notas características son la proposición de un Estado pasivo, volcado a funciones políticas y enteramente prescindente respecto de lo económico. Eran las ideas de Alberdi, para quien el Estado no tenía más función que la de mantener los derechos civiles del hombre contra toda agresión interna o externa e impedir atentados en su contra. Otra cosa, decía en sus "Obras Completas" (1: IV, p. 254), era incurrir en las extravagancias y descarríos del socialismo, que pretendía —son sus palabras— nivelar el trabajo del imbecil con el trabajo del genio (2: id. pág. 159). Garantizar el trabajo a cada obrero sería tan impracticable como asegurar a todo vendedor un comprador... La ley no podría tener ese poder —escribía— sino a expensas de la libertad y de la propiedad (3: pág. 255) por lo que "el salario es libre, por la Constitución, como precio del trabajo, su tasa depende de las leyes normales del mercado y se regula por la voluntad libre de los contratantes" (4: id. pág. 255).

El cuadro que proponen especialmente los arts. 1, 2, 5, 14, 15, 16, 17, 19, 22 y 23 no llegó a ser contrapesado por la agregación en 1957 del art. 14 bis que, como señala Novoa Monreal (5: "Instrumentos jurídicos para una política económica avanzada", pág. 55) no es bastante para equilibrar el plexo normativo citado (por ejemplo, no establece el derecho genérico al empleo o al trabajo) aunque traduce una ideología distinta de la Constitución conforme a las ideas sociales dominantes en la segunda mitad del siglo.

El dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia considera necesaria y oportuna la reforma constitucional. Su diagnóstico sobre las sucesivas crisis históricas que han llevado a la crisis del sistema constitucional es fundamentalmente político, en consonancia con los postulados de la Unión Cívica Radical en el gobierno, cuyos orígenes y tradiciones la afilian a objetivos que, como la lucha por el sufragio y contra el fraude, tenían tal carácter.

Es verdad que se reconocen las exigencias de las nuevas concepciones filosófico-políticas que consagran el llamado constitucionalismo social. También que se mantiene el espíritu del art. 14 bis sugiriendo redactarlo en forma operativa e incluyendo cláusulas que permitan el ejercicio democrático en la

empresa, tanto respecto de la aparición y expresión de los trabajadores cuanto al control de gestión y colaboración de los usuarios en las empresas públicas.

Pero como señala García Lema (5: "Revista de Derecho Público y Teoría del Estado"; N° 2, pág. 150) los derechos sociales no pueden ser efectivamente asegurados sino se postulan, como lo hizo la Constitución justicialista de 1949, las transformaciones de orden económico imprescindibles para ponerlos en vigencia.

Por otra parte, se excluye de la reforma la organización económica del Estado, sosteniéndose que la Constitución no debe establecer los instrumentos respectivos. Conforme al dictamen ello debe reservarse al juego de los partidos. "En especial —se dice— debe dejarse a la decisión de la mayoría en cada circunstancia la determinación de la extensión respectiva de los sectores público, operativo y privado de la economía y de la amplitud de la intervención estatal o de la libertad de los particulares en los mercados y en el control de los recursos materiales".

Con ello parece consagrarse uno de los corolarios de la idea lanzada a la comunidad de que el proyecto de Constitución debe ser "neutro" y "no comprometido", a efectos de permitir la alternancia de una gama de gobiernos con ideologías dispares. Se previene así la realización de una opción dada, que al no ser compartida por algún futuro gobierno no podría actuar dentro del marco constitucional, haciéndolo inviable.

En primer lugar, recordando otra vez a Alberdi, "la Constitución federal argentina contiene un sistema completo de política económica, en cuanto garantiza por disposiciones terminantes la libre acción del trabajo, del capital y de la tierra como principales agentes de la producción" (6: ob. cit. pág. 144) agregando que reconoce "entre sus grandes fines, la inviolabilidad del derecho de propiedad y la libertad completa del trabajo y de la industria".

Por lo tanto, se consagran principios en coincidencia con las ideas predominantes en la época, pero que no tienen correspondencia con las ideas en nuestro medio social, tanto como con las disposiciones constitucionales que consagran los principales textos contemporáneos (7: Constitución italiana de 1948, Ley Fundamental de Alemania de 1949, Constitución de Venezuela de 1961, Constitución española de 1978). Una Constitución traduce, a nuestro criterio, la función legitimante del Estado como ordenamiento en su conjunto y debe constituir el pacto de convivencia como garante de los derechos individuales, pero también como promotor y director de las transformaciones y procesos económicos y sociales.

La Constitución de 1949 significó en nuestra historia institucional el intento de transitar de la democracia política a la democracia social, reformulándose algunos de los derechos individuales clásicos, incorporando los derechos sociales y diseñando los fundamentos de un orden económico como nuevo rol del Estado.

En palabras de Sampay (8: "La reforma constitucional", págs. 32/62), el fundamento de la modificación del rol del Estado fue que la economía debía programarse con criterios extraeconómicos, de naturaleza política y ética, diseñando los objetivos e instrumentos de esa programática (9: García Lema, A. M. en El Derecho N° 6743, nota 23).

En realidad, las constituciones occidentales proponen:

1.- Una función legitimadora. No sólo en el sentido ya expresado —orden interno— sino también hacia el orden internacional, por ejemplo, para cumplir uno de los requisitos de ingreso en las Naciones Unidas.

2.- Una función organizativa, en cuanto determina la forma de Estado, de gobierno, de régimen político, los órganos estatales, sus funciones y competencias, los modos de acceso al poder, su ejercicio y transmisión.

3.- Una función jurídica, determinando los procedimientos y órganos para la legislación, la jerarquía de las normas y el ajuste de las mismas a la ley fundamental, esto es, la necesidad de la constitucionalidad de las leyes.

4.- Una función garantizadora, en cuanto señala los principios, derechos y garantías reconocidos como esenciales.

5.- Una función ideológica, en cuanto traduce un ideario determinado, que fundándose en un sistema de valores admitidos, determina las actitudes y comportamientos de los hombres en orden a los objetivos deseados del desarrollo de la sociedad, del grupo social o del individuo. En tal sentido, la Constitución de 1853 no es neutra, como queda dicho, y el mantenimiento de su esquema económico es adhesión y compromiso con su ideología. En realidad, mantener la Constitución liberal en lo económico aparece en la Antípoda de lo neutro o no comprometido.

Es por eso que la doctrina más autorizada reconoce que se debe añadir a las 5 funciones ya citadas, una 6a: la función transformadora. Si la Constitución es la voluntad del soberano y si la soberanía pertenece indiscutiblemente al pueblo, debe ser un instrumento al servicio de las aspiraciones mayoritarias y un medio racional para permitir su progreso y evolución pacífica. Cuando la Constitución real no se encuentra traducida en la ley formal, es exigencia de la lógica de los hechos el reemplazo de esa Constitución ya superada por otra más adecuada, en consonancia con la nueva situación social. En nuestra opinión, es exigencia de los tiempos que la Constitución consagre cláusulas y principios que permitan, sin romper la legalidad constitucional, obtener determinados objetivos en lo que respecta a las relaciones económicas y sociales, al uso del poder y a los instrumentos para las transformaciones y el desarrollo productivo.

A este particular confluyen la política, el derecho y la economía que se reflejan en la normativa constitucional. Esto no es novedoso. Ya en la segunda mitad del siglo XVIII, al discutirse el mercantilismo y elaborarse los

principios de la economía liberal, se postulaba por los fisiócratas la existencia de un desarrollo espontáneo de la vida económica que, apoyada en las libertades político-económicas constituiría el resorte automático equilibrante de la oferta y la demanda, la producción y consumo de bienes. Más adelante se formalizó la no intervención del poder político de acuerdo con las premisas del capitalismo liberal. Se creyó que la acumulación de capitales apoyada en el sistema individualista y racionalista de lucro y en la base tecnológica del maquinismo, incrementaría la riqueza, aunque su distribución fuera desigual.

Consiguientemente, las Constituciones liberales del siglo pasado consideraron orden económico y orden constitucional como dos repartos autónomos e independientes, como recuerda Manuel García Pelayo (10: "Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución", en "Estudios sobre la Constitución Española de 1978", p. 21/23).

La deformación del sistema y la práctica anulación de las libertades económicas por el régimen de monopolio eliminó la competencia, que era su base teórica. Así nacieron las nuevas concepciones socialistas, que conciben al Estado y al orden político como superestructuras de un régimen de producción y que tienen realización histórica en la Unión Soviética con su sistema de economía centralizada o planificada, con un reparto autoritario de la actividad económica de gestión, la selección de las prioridades económicas y el servicio burocrático de las libertades del productor, el comerciante y aún el consumidor (11: Luis Sánchez Agesta, en "Constitución y Economía", pág. 5).

Posteriormente tomó lugar la concepción de un sistema económico conforme al cual los hombres son sujetos de una actividad de acuerdo con el principio de libre iniciativa, pero el Estado asume una intervención coordinadora, integradora y supletiva. Es la doctrina social cristiana que entre nosotros tuviera confesada recepción en la Constitución justicialista de 1949.

Sobre estas bases se va acuñando el nuevo sesgo del constitucionalismo en las naciones occidentales, singularmente en la post-guerra, atendiendo a los derechos sociales, la consagración del Estado como promotor de la justicia social y económica y su intervención en procura de la nivelación de las diferencias sociales y el establecimiento de un orden social justo. Estamos en el ámbito del llamado derecho constitucional económico, conforme al cual se diseña el conjunto de preceptos constitucionales que dirigen la intervención del Estado hacia determinadas funciones. El magistrado del Tribunal Constitucional Español, Luis Díez Picazo en su voto de la sentencia del 20 de noviembre 1981, al considerar el art. 38 de la Constitución de su país, señaló que "el concepto de Constitución económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, o dicho de otro modo, para el orden del proceso económico". Así, se define el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos.

Esto no implica que la Constitución se pronuncie en favor de un determinado sistema económico. Así el Tribunal Constitucional Alemán, en su famosa decisión sobre ayudas a la inversión del 20 de julio de 1954, tuvo oportunidad de declarar que "la Ley Fundamental no garantiza ni la neutralidad política económica de los poderes legislativo y ejecutivo ni tampoco un modelo de economía social de mercado que sólo deba funcionar mediante instrumentos que sean conformes al mismo". Tal neutralidad político-económica de la Ley Fundamental Alemana consiste "en que el legislador constitucional no se ha declarado de un modo expreso en favor de un sistema económico dado. De este modo se posibilita que el legislador persiga en cada caso una política económica adecuada a sus objetivos, siempre y cuando sea respetada la Ley Fundamental" (12: Reich Norbert, "Mercado y Derecho", pág. 68 y 75).

Indiscutiblemente, el creciente condicionamiento económico de la vida social va impregnando los textos constitucionales con normas que autorizan al Estado a intervenir con la finalidad de introducir en el campo aleatorio de la economía el imperativo de la justicia (13: Ignacio María de Lojendio, en "Constitución y Economía", cit. pág. 84). Los autores italianos, al analizar el Título III de la Primera Parte de la Constitución de 1947, también advierten la impronta del concepto de Constitución económica. Ottaviano (14: *Il Governo delleconomia: I principi giuridici*), en "Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico delleconomia", dirigido por Francesco Galgano, Vol. 1, pág. 198), considera que la exigencia de cumplir inexorablemente los deberes de solidaridad política, económica y social (art. 2 de la Constitución), puede afectar los derechos del individuo que el mismo artículo garantiza. En otra postura, Francesco Luccarelli (15: "La proprietà pianificata", pág. 65) sostiene que la Constitución económica italiana es un modelo racional del capitalismo maduro en la era de la tecnología avanzada. Pero, juicios de valor aparte, ambos reconocen que la existencia del ordenamiento condiciona y expresa una realidad social.

No creemos dudoso que deba atenderse en la consideración de la próxima reforma a este derecho constitucional económico, que ha inspirado una actividad doctrinaria muy intensa y obligado a una honda revisión de tradicionales conceptos jurídico-políticos. El área de ese derecho está determinado directamente por el fenómeno de la socialización, cuyo instrumento principal es la intervención estatal en la economía. Sabiendo que ésta existió siempre, asume su máxima intensidad en nuestros días, en el que al fin del milenio asistimos a crisis políticas y económicas, al avance de la ciencia y la tecnología y a los demás factores de nuestro tiempo signado por la aceleración histórica.

La acuñación en el ámbito constitucional de normas transformadoras se vincula con esa función promotora de creación de la riqueza, ordenadora y programadora, a la que nos referiremos más adelante. Pero estimamos

que es obligada la previa referencia a la regulación esencial del régimen de la propiedad.

Civilistas y constitucionalistas convienen en que en toda regulación de la propiedad se advierte la confluencia de intereses públicos y privados que se deben armonizar. Las Constituciones modernas han ido modificando los rasgos de ese derecho, en un proceso que demuestra su contenido históricamente variable. Desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la tradición constitucional concreta dos rasgos esenciales: el reconocimiento de su carácter de derecho fundamental del individuo y el carácter excepcional y tasado de la expropiación (así el art. 17 de la Constitución de 1853). Pero ese cuadro clásico se ha ido modificando por: 1.- La extensión del área de actuación de la expropiación forzosa, que se admite por causa de simple interés general —vbgr. el art. 42 Constitución italiana— y no ya por estricta utilidad pública y 2.- por la idea de la función social de la propiedad que el dictamen del Consejo recibe expresamente.

No es este el momento de extendernos específicamente sobre esa formulación. Con referencia a la Constitución de 1949 que la consagraba en el art. 38, ya lo hemos hecho (16: J. A. 1950-I-p. 100). Pero no podemos dejar de apuntar que es aceptada y reconocida por los textos de países que marchan en la avanzada del tema (17: Ley Fundamental Alemana, \* 14; art. 42 de la Constitución italiana de 1947 y 33 de la española de 1978, ver Schiffrin, Z., “Constitución y Propiedad”, en Revista de Derecho Público y Teoría del Estado, N° 1, pág. 83).

La fórmula “función social”, —elaborada por Augusto Comte y desarrollada por León Dugit (18: Ampliamente, en Laquis M. A. “Derechos Reales”, T° II p. 37), donde se pasa prolija revista a la evolución del derecho de propiedad en relación con las concepciones limitativas de los derechos subjetivos. Del mismo, v. Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, año 9, N° 52, p. 447 y ss.), enfatiza que sobre el propietario, al igual que sobre todo individuo que vive en sociedad, recae la obligación de cumplir una función en razón del lugar que ocupa en ella. Es un instrumento jurídico apropiado para introducir reformas en el sistema económico de la sociedad, gracias a sus caracteres de gran elasticidad y a su enorme posibilidad de aprovechamiento. Si recibiera explícita recepción en la futura Constitución habrá que reflexionar dogmáticamente según que se declare que la propiedad sea una función social (con lo cual el propietario aparecería en situación de gestor de una actividad en beneficio general y tutelado en cuanto cumpla con aquella) o si la propiedad tiene una función social, conforme a la redacción de la Constitución justicialista. Así sería un marco al derecho subjetivo subordinante, en orden a la configuración jurídica de su ejercicio disfrute y límites (19: Ossorio y Gallardo, M. En J. A. 57-Sec.Doct. p. 23 y 27).

Sin duda, esta cuestión estará en el centro del futuro debate, por cuanto la función social de la propiedad es aplicación específica de un principio general: el predominio del interés social sobre el interés individual, que aquella fórmula armoniza. Su fertilidad residirá en la ampliación de sus roles: no sólo limitar las facultades del propietario, sino también determinar activamente su conducta (20: Novoa Monreal, ob. cit. pág. 127).

Igualmente, será piedra de toque para fundar la diferencia entre los dos criterios de indemnizaciones por expropiaciones y —como demostrara Sampay (21: “La reforma constitucional”, cit. p. 54 y Diario de Sesiones de la Convención Constituyente, p. 28213) cumplir un papel positivo para el sujeto. La función social de los derechos (22: Spota, A. G. “Tratado de Derecho Civil”, t° I vol. 2, N° 2, 12, 20, 22, 31, 33, 49, 58, 60 y 62; Josserand, L. en “Recueil Lambert”, \* 145) no debe reducirse a una suma de obligaciones, sino posibilitar, mediante el reconocimiento del valor de reposición, la adquisición de los medios necesarios e iguales a los expropiados para continuar ejercitando su cometido social.

Podemos volver ahora a considerar otros aspectos del papel transformador de la Constitución. Nuestro derecho público provincial reciente, como lo señala Pedro J. Frías, está probando *juris et de jure* la presencia de un dato de la realidad: la necesaria inclusión del régimen económico en el modelo constitucional argentino.

Nos referiremos a dos de las Constituciones sancionadas a partir de 1983. (23: Constituciones provinciales: Córdoba, B. O. 29-4-87; B. O. 26-6-87 (Fe de erratas), publicado en A.D.L.A. Bol. 16/87: 27; La Rioja: B. O. 5-9-86 (Suplemento), publicado en A.D.L.A. 1987. A: 1195; Salta, B.O. 16-6-86 anexo) publicado en A.D.L.A. 1986- C: 3705; San Juan: B. O. 7-5-86, publicado en A.D.L.A., B. 2329; Santiago del Estero: B. O. 21-3-86, B. O. 14-5-86, publicado en A.D.L.A. 1986- B. 2502; Jujuy, B. O. 17-11-86 (Anexo), publicado en A.D.L.A. 1987-A: 1151; San Luis, Ley 4702, B. O. 8-9-86. Se declara la necesidad de su reforma; publicado en A.D.L.A. 1986-C-3861; Mendoza, (Ley 5047; B. O. 9-10-85. Se declara la necesidad de reformar el artículo 120, publicado en A.D.L.A. 1986-C: 3568, Decreto 460/86 Enmienda al artículo 120, B. O. 13-3-86, publicado en A.D.L.A. 1986-B-2221).

La de Santiago del Estero, en los artículos contenidos en la Sección Segunda, establece los lineamientos de un proyecto trascendente. Contiene capítulos sobre régimen económico, régimen del agua, régimen forestal, régimen financiero, régimen de salud, familia, minoridad, juventud, tercera edad y discapacitados. En el Capítulo I, se dispone que la actividad económica de la provincia estará al servicio del hombre y de la sociedad y será organizada conforme a los principios de la economía social, respondiendo a una planificación integral y democrática que contemple las relaciones de interdependencia de los factores locales, regionales y nacionales (art. 46). El art. 47 declara que el Es-

tado promoverá el bienestar de la sociedad mediante el desarrollo económico y social, fomentando la producción, en especial las industrias madres y las transformadoras de la producción rural, los programas y proyectos de promoción industrial que tengan por objeto el aprovechamiento y transformación de los recursos naturales, renovables y no renovables de la provincia y de cualquier tipo de industria. Especialmente se dispone que el régimen deberá respetar y estimular la iniciativa privada, la radicación de capitales genuinos, la incorporación de tecnología y el asentamiento humano que hagan al crecimiento económico y al progreso social, enfatizando que “las diversas formas de explotación no pueden contrariar los fines del bien común” (art. 49) así como que “toda forma de abuso del poder económico será reprimido y las empresas individuales y sociales, de cualquier naturaleza que sean, al igual que las concentraciones de capital, que obstaculicen el desarrollo de la economía o tiendan a dominar mercados, eliminar la competencia o aumentar arbitrariamente los beneficios serán sancionados según lo determine la ley.

El art. 56 establece que el Estado, conforme con la función social de la propiedad, promoverá la disolución de los condominios rurales numerosos o de título tradicional, mediante una ley de expropiación y de subdivisión que asegure la adjudicación de unidades económicas y familiares. A su turno, “la Provincia promoverá la transformación de latifundios improductivos, antisociales en unidades económicas, de producción a través de los impuestos a expropiación conforme lo establezca la ley” (art. 57).

Aunque se ha atribuido por parte de la doctrina carácter programático y no operativo a tales principios (24: Pedro J. Frías, en el Prólogo a la edición de la Constitución de Santiago del Estero, Editorial Depalma, pág. XIV), es lo cierto que los mismos prefiguran o consagran instrumentos jurídicos para una política económica, tomando partido por el carácter promotor del derecho en lo que hace al cambio social.

A su turno, la nueva Constitución de la Provincia de La Rioja en el Capítulo IV (arts. 58 a 73) regula el régimen económico financiero. Bajo el acápite de Función Social de la Economía, establece que la actividad económica estará al servicio del hombre y se organizará conforme a los principios sociales de la Constitución. Se garantiza la libre iniciativa privada, armonizándola con los derechos de la persona y de la comunidad. Bajo el rubro de función social del capital se dispone que el mismo debe tener por principal objeto el desarrollo y progreso de la provincia no pudiendo contrariarse los fines de beneficio común del pueblo en sus diversas formas de explotación. En cuanto a la función social de la propiedad se declara que la propiedad privada tiene tal función, quedando sometida a las restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. También se contienen normas sobre política agraria, dominio de los recursos naturales, dominio y uso de las aguas, servicios públicos, régimen financiero, régimen tributario y presupuestario. Esta

constitucionalización de principios económicos, recepción de directrices de política económica y social implica estructurar lo que hemos llamado Constitución económica de los Estados cuyo contenido, según García Pelayo, son normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o para el orden y el progreso económico. La jerarquía de las adoptadas significa que tales principios se definen como elementos básicos de la convivencia de la comunidad, enderezadas a aumentar el bienestar general, procurar la seguridad económica de los ciudadanos y salvaguardar los intereses generales de la economía.

Este breve pantallazo nos señala que existe una generalizada tendencia a recibir en los nuevos textos constitucionales de nuestro país, principios y normas sobre el papel ordenador, regulador y programador que asume el Estado moderno. Así se alinea nuestra realidad jurídico-política en la dirección que indican las más conspicuas leyes fundamentales contemporáneas sobre estas funciones del Estado. Para citar un caso paradigmático, recordemos que la Constitución de Venezuela establece separadamente los derechos sociales (Título III, Capítulo IV) y los derechos económicos, atribuyéndolos en su realización al Estado venezolano y sus órganos. El art. 95 preceptúa que en materia económica se deben respetar los principios de justicia social que aseguren a toda la colectividad una existencia digna y provechosa, al paso que en otros textos se ordenan la promoción del desarrollo y la diversificación de la producción, se prevén leyes para impedir la usura y la elevación indebida de los precios, se reserva al Estado determinadas industrias, explotaciones o servicios de interés público por razones de conveniencia nacional y propender a la creación y desarrollo de una industria básica pesada bajo control estatal (art. 97). Dispone en fin, que toca al Estado dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza.

No está demás recordar que esta actividad del Estado tiene también un soporte internacional. Nuestro país al adherirse a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre se ha comprometido a hacer realidad los derechos económicos, sociales y culturales del hombre, compromiso que tiene plena obligatoriedad con la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966.

Pero más vinculante que las soluciones del derecho constitucional comparado resulta el análisis de las aspiraciones de los argentinos en materia de sistemas político-económicos, que se traducen en tendencias, idearios, plataformas y planes de gobierno presentados a la sociedad. Consideraremos las tres agrupaciones políticas que los últimos resultados electorales han colocado en la preferencia de la ciudadanía.

El fundador del Justicialismo, en su discurso del 3 de septiembre de

1948 señaló el carácter de las reformas a imprimir a la Constitución vigente. En lo político, asegurar y reforzar el régimen republicano, representativo y federal; en lo económico, afianzar el bienestar y la prosperidad del pueblo argentino mediante la independencia económica, suprimiendo la economía capitalista de explotación y reemplazándola por una economía social; en lo social, asegurar para el pueblo un régimen justo y humano incorporando los derechos del trabajador a la Constitución y el acceso a la cultura y a la ciencia a todos los argentinos. La antigua fórmula de la libertad, igualdad y fraternidad tenía que ser cambiada por la libertad, la justicia y la solidaridad.

El Justicialismo se presenta identificado con las Encíclicas Papales y la doctrina social de la Iglesia Católica en su plataforma electoral de 1983. Como apunta Novoa Monreal (25:ob cit. p.42), en la misma sobresalen cuatro ideas centrales. Primero, la aspiración firme y decidida a una justicia social. Segundo, el deseo de una participación de todos, especialmente de los trabajadores, en la construcción de un orden social justo. Tercero, la solidaridad social como el elemento necesario de la vida en común. Finalmente, un propósito de superar el actual régimen jurídico de presentar al trabajo no sólo como un derecho, sino también como un deber, la admisión de una planificación concertada, el afán de erradicar la extrema pobreza, la aceptación de algunas áreas económicas o sociales mixtas, la consagración del derecho con función social. Reserva al Estado el papel protagónico en los sectores de la energía y del comercio exterior.

El partido de gobierno en la Nación, en su plataforma electoral nacional del 30 de julio de 1983, plantea proposiciones concretas en materia de nacionalización de la banca y del comercio exterior, manejo por el Estado de la oferta y demanda de divisas y control de precios de los productos básicos y de los medicamentos, eliminación del minifundio y del latifundio, reconversión de la industria para la producción de bienes necesarios para la mayoría de la población, restricción del dominio urbano para regular el mercado de tierras y gravamen del capital improductivo. Declara la función social de la propiedad, el predominio del interés general sobre el privado y la necesidad de un nuevo orden económico internacional.

La filosofía de su conductor histórico, Hipólito Yrigoyen, fue el krausismo, solidarismo fraternal universal, opuesto al individualismo quirritario. En su mensaje al Congreso de diciembre de 1916 postulaba un modelo de Estado con una más amplia distribución de la riqueza, dando a las grandes masas una mayor capacidad de producción y consumo, afirmando en igual mensaje de agosto de 1920 que la democracia "No consiste sólo en la garantía de la libertad política: entraña a la vez la posibilidad para todos de poder alcanzar un mínimo de felicidad siquiera".

El reciente discurso de su actual líder ha introducido, bajo el pabellón de la modernización, las ideas de la desregulación y desmonopolización del

Estado y la privatización de las empresas públicas, en un giro hacia las premisas que viene sosteniendo la llamada nueva derecha, lo que plantea una incógnita respecto de aquella plataforma. La misma sostenía el planeamiento de la economía, la activa participación del Estado, necesaria para superar el atraso, la existencia de un sector público junto a un sector privado, la intervención efectiva del Estado para regular comportamientos desestabilizadores y especulativos, para mejorar la redistribución y reducir las desigualdades, la planificación por el Estado de diversas actividades económicas y sociales y su rol empresarial en ciertos casos. En suma, la afirmación de que la economía es un instrumento al servicio del bienestar de los hombres.

La Unión de Centro Democrático propone ideas que, en síntesis, reclaman el reemplazo del actual sistema socio-económico argentino que juzga "dirigista" e inflacionario, por un sistema basado en la libertad, la estabilidad monetaria y el libre juego de las fuerzas de mercado. Sostienen la reducción del tamaño del Estado, la eliminación de las intervenciones y regulaciones económicas, la transferencia a la actividad privada de las grandes empresas públicas, la prohibición de intervenir en la actividad económica particular, salvo para asegurar el libre juego del mercado o complementar la actividad privada. Como dijera su propaganda, es "la opción liberal". Desde luego, se opone a la reforma Constitucional ya que —como es obvio— sería muy improbable que a esta altura de los tiempos se pudiera consagrar una Constitución que plasmara mejor sistema económico que el que postula.

Las recientes consultas electorales demuestran que la amplísima mayoría de nuestro pueblo aspira a que en la República se instale un proceso de transformación económico-social, reconociendo al Estado un papel rector en la programación y ordenamiento de la economía. En efecto: el 6/9/87 el Justicialismo ha obtenido el 41,40% de los sufragios y la Unión Cívica Radical el 37,30%, al paso que la U.C.D. ha recogido el 5,70% de los votos. Quienes sostienen decisiones extremas tanto la capitalista como la socialista marxista, se encuentran en condición minoritaria, muy alejados de los guarismos de los dos grandes partidos nacionales.

Llega el momento de establecer algunos consetarios:

1.- No es admisible ya concebir las relaciones de orden económico y del orden político como dos áreas autónomas e independientes. Derecho, política y economía se reflejan en las Constituciones modernas, como la italiana, alemana, francesa, venezolana y española a compás de la modificación de las fuerzas sociales, el desarrollo cultural, los progresos técnicos y la transnacionalización de la economía.

2.- La vida social moderna afecta no sólo a los individuos; las relaciones sociales asumen dimensión colectiva y los mecanismos automáticos de una economía fundada en la conducta de los particulares e inspiradas en el

afán de lucro no son suficientes para garantizar el equilibrio social y el desarrollo.

3.- La Constitución debe contener principios que expresen el papel del Estado ante la ordenación del sistema económico, delineando los órganos a los que se atribuyen tales funciones, sus competencias y límites y postulando los fines generales de transformación, no de pura gestión del orden existente.

4.- Se deben resguardar tanto las libertades políticas y civiles como los derechos sociales, consagrándose el principio de justicia como norte para las decisiones económicas. En palabras del Tribunal Constitucional Federal de Alemania Occidental, el Estado se encuentra obligado a procurar la nivelación de las diferencias sociales y a establecer un orden social justo.

5.- Los derechos constitucionales sobre el ejercicio de las libertades garantizados por el Estado de Derecho, tienen el mismo rango que la autorización concedida al Estado social y democrático para poder intervenir en la economía.

6.- Consiguientemente, la Constitución no sólo requiere la reforma de su parte orgánica sino también la adecuación de la dogmática, en consonancia con las exigencias económicas y sociales de la comunidad nacional, remozando las instituciones en el rumbo que señalan las Constituciones provinciales.

7.- Conforme a la orientación que viene planteando el derecho público provincial, la normativa constitucional deberá dar sustento a principios sobre tributación, gasto público, crédito público, presupuesto, planificación, control de gestión del sector público y privado, recibiendo la impronta del moderno derecho constitucional económico.

8.- Será necesario el consenso de las fuerzas políticas mayoritarias, atendiendo sus objetivos y postulados públicos, por manera de que la futura Convención Constituyente, junto con la reforma del sistema político, incluya el ordenamiento económico y la organización social en libertad y con justicia social. Así arribaremos a la Constitución de la paz y la transformación argentina en las vísperas del nuevo milenio.

## **FACTIBILIDAD Y EFICACIA DE LA REVISION Y REFORMA CONSTITUCIONAL**

*Por Antonio Jesús Ríos*

A través de la interpretación de las manifestaciones de los dirigentes de los partidos políticos con mayor caudal electoral, y de otros dirigentes, o bien de una gran mayoría de la ciudadanía, se puede razonablemente entender

que existe cierta actitud favorable a la revisión de la Constitución Nacional para efectuar algunas reformas. En cambio, no obstante ciertos aparentes acuerdos genéricos, hay claras dificultades respecto del alcance y oportunidad de las reformas posibles.

### **PRUDENCIA INSTITUCIONAL**

Ubicando la cuestión en el plano político institucional, con prescindencia de toda especulación partidista o personal, resulta más fácil desplegar el sentido de prudencia para ir haciendo lo posible para avanzar, e impedir el éxito de la oposición frustrante o de la imposición, que suelen ser dos caras de la moneda que usan frecuentemente las voluntades autoritarias, para hacer o impedir.

### **EL ART. 30 DE LA CONSTITUCION NACIONAL**

Al efecto, no caben dudas de que la prudencia es la llave, pero el procedimiento del art. 30 es la difícil cerradura que más que limitar o condicionar para el razonable ejercicio del poder constituyente, lo traba o esteriliza principalmente. En consecuencia, la dinámica constitucional, propia de la energía de la Soberanía del Pueblo, fue imposibilitada o conflictuada por la inadecuación funcional de dicha norma.

Si tomamos como referencia ciertas instancias significativas en que la Constitución fue substancialmente alterada en su vigencia y efectividad, y reformada en parte o en cuanto al sistema de poder y orden político, vemos que el citado artículo sólo resultó eficaz y superó cuestiones interpretativas cuando las reformas de 1866 y 1898. En todos los demás casos las reformas se hicieron contrariando sus prescripciones, conflictuando el procedimiento y el resultado, o simplemente prescindiendo del artículo y de buena parte del resto de la Constitución.

Ya en 1860 se reformó la Constitución en función del Pacto de San José de Flores, y no de acuerdo al art. 30 de la Constitución de 1853 que establecía un límite mínimo de diez años antes de hacer cualquier reforma. Respecto de la reforma de 1949 hubo, entre otras, una impugnación y polémicas con relación al alcance del artículo 30, referente a si los dos tercios de miembros debían ser computados sobre los presentes o el total, y si la convocatoria a la Convención debía o no ser efectuada por Ley.

En 1956, mediante una "Proclama" del gobierno revolucionario, se declaró la vigencia de la Constitución de 1953, con las reformas de 1860, 1866 y 1898 y exclusión de la de 1949. O sea que se restableció una legislación constitucional, declarando sin efecto o nulificando la última Constitución, que tenía más de seis años de vigencia y efectividad. Obviamente no se utilizó el Art. 30.

En 1957, se realiza una Convención Constituyente que establece re-

formas y declara vigente la Constitución de 1953 con sus reformas, menos la de 1949. Esta Convención fue convocada por el mismo gobierno de facto, fundado en la potestad revolucionaria, pero no en el Art. 30.

En 1966, un gobierno militar, por se establece un Estatuto para la "Revolución Argentina" como ley suprema por sobre la Constitución, lo que significa una forma de nueva constitución revolucionaria sobre la base de una especie de "Soberanía Militar". El art. 30 no tuvo nada en que influir en esto.

En 1972, el referido gobierno dicta otro Estatuto que modifica la Constitución y sirve de sustento para las elecciones y el gobierno que surge en 1973. El art. 30 siguió prescindible.

En 1976, nuevamente un gobierno militar revolucionario impone un Estatuto de poder para el "Proceso de Reorganización Nacional", como ley suprema por sobre la Constitución. Se corroboró, sin duda, el desuso e impotencia operativa del art. 30.

## DIVIDIR LAS DIFICULTADES

Retomando el hilo del razonamiento inicial, para discernir y poder hacer lo necesario, es imprescindible descartar las posiciones cerradas, sobre todo las de: hacer todo y ya, o nada y nunca. Esto parece bastante exagerado, pero en esencia se da en nuestra vida política.

René Descartes, en el "Discurso del Método" (Segunda parte) indica como uno de sus preceptos, algo que es útil y cierto: "hay que dividir las dificultades en tantas partes como pudiera y fuere necesario para resolverlas mejor".

## EL PRIMER PROBLEMA

El primer problema o dificultad es lograr un acuerdo sobre el alcance y cada una de las materias de la reforma constitucional. Con mayor razón, si las pretensiones de reformar son profundas, extensas y múltiples.

Lograr una mayoría de dos tercios en cada Cámara del Congreso para declarar la necesidad de la reforma, con esa perspectiva amplia, resulta claramente incierta y conflictiva, cuando no decididamente frustrante.

## LAS ENMIENDAS

En el último artículo de El Federalista (Observaciones Finales), atribuido a Alexander Hamilton, se pone de relieve que antes de aprobar la Constitución aprobada por la Convención de Filadelfia no convenía someterla a una revisión amplia, ya que ello exponía a un desajuste en la armonía esencial del plan de la Convención, o podría desbaratar la posibilidad de contar con una Constitución. Apuntaba a su vez, que el procedimiento de enmiendas, permitía hacerlas posteriormente, luego de aprobada la Constitución. En ese sentido, puntualizaba "...toda enmienda de la Constitución, una vez estable-

cida ésta formará una sola propuesta y podrá proponerse aisladamente. No habrá entonces ninguna necesidad de manipulaciones ni componendas, nada de tomas y dadas con relación a cualquier otro punto. La voluntad del número requerido decidiría inmediatamente el problema. Y, por consiguiente, siempre que nueve o más bien diez Estados se unieran a favor de una enmienda, esa enmienda tendría que aceptarse indefectiblemente. Por tanto, no existe comparación entre la facilidad de efectuar una enmienda y la de establecer desde un principio una Constitución completa" (año 1788, y entonces los Estados eran trece).

Siguiéndose ese criterio, en los Estados Unidos, en menos de dos años, entre 1789, fecha en que se reúne por primera vez el Congreso, y 1791, se formularon y establecieron las diez primeras enmiendas de la Constitución, y desde entonces se realizaron unas dieciséis enmiendas más.

## ACUERDO NEUTRAL

Resultará más claramente legítimo y no conflictivo, tanto para las dirigencias, los partidos, y la ciudadanía, el establecer un acuerdo sobre base mínima, el que será más operativo si al mismo tiempo propone un mecanismo de avance neutral.

La fórmula puede ser modificar primero y fundamentalmente el método para revisar y reformar la Constitución, o sea el art. 30 de la C.N.

Si se flexibiliza el procedimiento de reforma constitucional, se podrá examinar y efectuar, por parte, sucesivamente, cada una de las reformas que fueran necesarias, y así evitar entrar en negociaciones y tironeos confusos para el tratamiento simultáneo de reformas múltiples.

## ¿QUE REFORMA?

Para esos fines conviene adoptar parcialmente el procedimiento de enmiendas que utiliza con mas frecuencia mediante su Constitución los Estados Unidos. Mayoría de dos tercios del Congreso para formular la enmienda y ratificación de tres cuartas partes de los Estados, para que quede incorporada a la Constitución.

En nuestro país, creo que conviene que la formulación de la enmienda se efectúe por Ley Especial, con intervención del Poder Ejecutivo y de los dos tercios del total de miembros que corresponden a cada Cámara del Congreso. También la aprobación de por lo menos las tres cuartas partes de las provincias debería hacerse por Ley local (sin exigirse una mayoría especial), o sea con intervención del Poder Ejecutivo Provincial. Entiendo que la coparticipación de los órganos colegisladores para la ley común, no debe resultar ajena al proceso de legislación constitucional como se propone.

Federalizar en mayor medida el ejercicio de poder constituyente re-formador, consolidará más equilibradamente el sistema representativo, re-

publicano y federal que pretendemos históricamente. Simultáneamente se jerarquiza mayormente al Congreso, al aumentar sus facultades en el proceso de reforma constitucional.

#### ALTERNATIVAS

Pero tanto la Constitución de los Estados Unidos, como otras Constituciones actuales, establecen más de un procedimiento para poder reformarlas.

En algunos casos un sólo procedimiento basta para las reformas posibles, como en el caso de Alemania Federal. En otros, como en Constituciones, particularmente ejemplares, (Italia, Francia y España) se preceptúan alternativas para efectuar las reformas, según su importancia, o de acuerdo con la decisión política de los órganos del poder y/o la intervención directa del pueblo.

Creo que la enmienda que sea establecida por ley Especial del Congreso, mediante la mayoría de dos tercios señalada, debe poder ser sometida a un Referéndum obligatorio de la ciudadanía, para así poder prescindir, en algún caso, de la demora en la aprobación por ley local de las tres cuartas partes de las provincias; o directamente cuando se estime más adecuado consultar globalmente al pueblo de la nación.

Obviamente el procedimiento a seguir debe establecerse en la ley especial, o en la que con igual mayoría lo disponga. El requisito de obligatoriedad de la consulta popular se establece para conseguir el máximo de participación e integración de la voluntad popular en materia de tanta trascendencia. Aunque considero que con las posibilidades anteriores, en los hechos quedaría descartada la convocatoria o Convención, pienso que es conveniente mantener ese procedimiento como tercera alternativa.

Asegurar la factibilidad de la revisión y reforma posible, significa respetar: la libertad y dignidad individual; la Soberanía Popular; el Poder Constituyente y el Poder constituido. En suma, confiar en una Democracia Constitucional substantivamente dinámica.

El Art. 30 quedaría así redactado:

**Artículo 30.-** “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, del total de los miembros que corresponden a cada Cámara. Con esa mayoría el Congreso, por ley especial con la pertinente intervención del Poder Ejecutivo, podrá formular reformas a esta Constitución, las que sólo tendrán validez constitucional luego de ser ratificadas por ley local de las tres cuartas partes de las provincias.

También con esa mayoría, podrá optarse por someter la aprobación de la ley especial de reforma a la voluntad emergente de la mayoría absoluta

de sufragios de una consulta popular obligatoria; o convocar por ley a una Convención a efecto de reformar la Constitución Nacional”.

Esta redacción sirve también para superar antiguos y recurrentes conflictos interpretativos.

#### LA CONVOCATORIA A CONVENCION

La convocatoria a una Convención Constituyente Reformadora a los fines de modificar sólo el art. 30 de la C.N.; es materia suficiente, por su importancia y trascendencia. Pero la propia naturaleza de las cosas llevará a que el acuerdo abarque otros artículos respecto de los que hay suficiente consenso, como los referentes al lapso de duración de las sesiones del Congreso, a las posibilidades de convocatoria o prórroga (art. 55), al número de ministros (art. 87), o algún otro asunto de interés no conflictivo.

Al fin de cuentas, la Convención de 1866 reformó sólo dos artículos, al igual que la de 1898, aunque a ésta se la convocó para revisar tres artículos.

#### CONCLUSION.

Es mayor garantía para la estabilidad institucional, resguardar el respeto para la dinámica política, y en esto, la posibilidad para que cada generación pueda resultar protagonista de su propia suerte es fundamental.

La excesiva rigidez constitucional es incompatible con el propio espíritu del constitucionalismo democrático.

Construir el camino positivo para desarrollar todas y cada una de las coincidencias posibles, por sobre las diferencias, fundándolo en la ley constitucional para hacerla eficaz y vigente, permitirá delimitar activamente el espacio del interés común, para la legitimidad y el progreso concordante de nuestra sociedad política.

#### LA IGUALDAD Y LOS LIMITES DE LA DEMOCRACIA MODERNA

*Por Roberto Gargarella y Marcelo Alegre*

Toda discusión sobre modificación de normas constitucionales versa, en última instancia, acerca de las reglas mínimas de desenvolvimiento de la dinámica social. Si estas normas son resultados de un amplio debate y un posterior consenso, adquirirán entonces una creciente legitimidad moral. Esta legitimidad moral de los principios básicos —que se refuerzan como tales, además al colocarse por encima de la lucha cotidiana— tiene dos destinatarios: Por un lado el poder Político, que es limitado o ampliado en función de estos

principios; y por otro, los ciudadanos, que en función de estos principios ven reconocidos sus derechos y garantías.

En este contexto es que asume importancia el tema de la igualdad, ya que la vigencia de este principio es **prerrequisito** de una discusión legítima sobre las formas de organización de una sociedad. Si esto no fuera así, las opiniones de algunos podrían prevalecer sobre las de otros, no por la cualidad de lo que afirman, sino por la pertenencia de quien la afirma a una determinada categoría de personas.

Hay dos niveles en los cuales la igualdad puede ser afectada. Un primer nivel sería el biológico, en el cual se niega a determinados sujetos total o parcialmente su calidad de seres humanos a partir de ciertos rasgos **éticamente no relevantes** (color de piel, origen étnico, sexo, etc.).

En un segundo nivel se encuentra la discriminación de tipo ideológica que afecta la igualdad de las personas en cuanto niega el reconocimiento de derechos igualitarios a ciertos individuos en razón de su forma de pensar. Al **no separar a las personas de sus opiniones**, toma a los derechos como premios que se reconocen a partir de la adhesión a cierto tipo de ideas o pensamientos y no como propios de todo ser humano por el sólo hecho de serlo.

Sin embargo, para la plena vigencia y desarrollo de una sociedad democrática, no sólo es necesario evitar que una persona sea discriminada tanto biológica como ideológicamente, sino además es fundamental ampliar permanentemente los horizontes de la discusión democrática incorporando a la misma la mayor cantidad de opiniones o corrientes de pensamiento.

La multiplicidad de voces en la discusión democrática es valiosa en virtud de la propia justificación ética de la democracia, que está dada porque es el mejor sistema para llegar a elucidar verdades morales a partir de una convergencia de los distintos puntos de vista. Cuanto mayor sea la cantidad de puntos de vista incluidos en la discusión democrática mayor garantía de eficacia ética tendrán las decisiones a seguir.

La concepción antedicha niega a cualquier persona o sector en particular el monopolio de la verdad ética y entiende que sólo socialmente es posible construir las mejores soluciones a los conflictos cotidianos.

De la no adhesión a aquellos presupuestos surgen concepciones autoritarias que tienen como eje común la idea de que cierta categoría de personas (ya sea desde el punto de vista de pertenencia a una determinada religión, clase, raza, etc.) tiene el privilegio excluyente de conocer la verdad moral. Estas concepciones arrastran, en la práctica, a la postergación a un segundo plano de todos aquellos que no poseen la “verdad revelada” o —en una versión más sutil— a la sobrevaloración del orden social entendido como uniformidad ideológica, que se traduce en un marginamiento de la diversidad, lo que implica desconocer al pluralismo como factor del cambio y el progreso social.

Empero, a esta idea de la homogeneidad de pensamientos se le opone

una idea no menos inconveniente para la vigencia de un régimen político pluralista: La de una sociedad fragmentada en subgrupos cerrados e incomunicados entre sí.

La estrategia que más comúnmente suele adoptarse para superar esta tensión consiste en intentos irreflexivos de disolver estas subculturas o comunidades particulares. Por más bien intencionados que sean los fines que están detrás de tales acciones, su resultado es contraproducente porque sólo logra acentuar la automarginación de estos grupos.

Una segunda estrategia para evitar la disgregación social sin caer en una concepción uniformada de la sociedad, que parece más eficaz, consiste en crear **espacios comunes** que permitan a cada miembro de la sociedad reconocer en el otro a un interlocutor confiable.

En la Argentina, donde la convivencia de infinidad de comunidades no ha generado un deterioro profundo de los vínculos sociales como en otros países, sin embargo ha sido dable observar infranqueables **fronteras** entre distintos sectores.

Tales dilemas han llevado a un **bloqueo de la comunicación** necesaria para la discusión racional llegando a conducir al sistema político a sus más graves crisis, tanto en el orden político (conservadores - radicales; peronistas - antiperonistas; comunistas - anticomunistas); como en el orden socio-cultural (cabecitas negras); o en el religioso (antisemitismo), etc.

Para continuar en el proceso de superación de estas barreras para el perfeccionamiento del orden democrático es imprescindible generar desde el texto fundamental del orden jurídico un enunciado de tipo ético que aporte mayor claridad y contundencia, requisitos que la actual formulación —sumada a una interpretación conservadora de la Corte Suprema— no satisface. (Fallos 202:130, 1945; 237:239, 1957; 237:266, 1957; 272:231, 1968; 289:82, 1974; 155:251, 1929; 249:596, 1961).

El logro principal del constitucionalismo liberal ha sido el de llevar al tope de la consideración filosófica y política el valor de la autonomía del ser humano. Completando este proceso, el llamado constitucionalismo social incorpora el valor de la igualdad reconociéndole al mismo nivel que el anterior, ampliando su contenido conceptual.

Es central para la consolidación de un sistema democrático moderno provocar una toma de conciencia acerca de que la autonomía y la igualdad no sólo no son valores contrapuestos sino que entre ellos se enriquecen y amplían mutuamente.

El debate que rodea a una reforma constitucional, si pretende tener la profundidad que el tema merece, deberá también analizar entonces, si el concepto de discriminación se limita a los casos de violación positiva de la igualdad, o si también debemos abordarlo previendo las situaciones en que este de-

recho se viola por la no asistencia de recursos mínimos por parte de la comunidad hacia quienes se encuentran en una situación inicial desventajosa.

Si la sociedad valora la autonomía debe adecuar los medios para distribuirla igualitariamente, ya que, entre otras razones, éste es el método más eficaz para que aquella se expanda progresivamente, y con ella, los horizontes de la democracia.

## LOS DERECHOS SOCIALES - LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

*Por Dr. Miguel M. Padilla*

### A) - LOS DERECHOS SOCIALES

En mi opinión, no corresponde separar u oponer los derechos individuales a los derechos sociales, ni tampoco afirmar que la efectividad de estos últimos dependa en primer término del obrar estatal.

Va de suyo, pues, que creo en la existencia de tales derechos sociales, que según enunciaciones muy corrientes consistirían en el derecho a la salud; a trabajar bajo condiciones dignas y equitativas; a crear entidades gremiales y hacer huelgas; en el derecho a la seguridad social, a la protección de la familia, a un nivel de vida adecuado, a la educación y a la participación en la vida cultural.

Para defender los términos de aquella tesis quisiera desarrollar sencilla y brevemente tres ideas básicas, que enunciaré primero para analizar a continuación. Debo prevenir que no son estas opiniones aún asertivamente definidas, sino más bien reflexiones preliminares.

a) Que los derechos sociales no son opuestos a los derechos individuales (los clásicos) sino su complemento o prolongación; esto es, por otra parte, lo que se sostiene en el "Dictamen" de ese Consejo.

b) Que tanto alguno de los primeros como algunos de los segundos requieren, para gozar de efectividad, una actividad positiva de alguien, no bastando una abstención limitada a su mera reglamentación.

c) Que esa acción positiva debe emanar, ante todo, de la comunidad, y solamente en forma subsidiaria del Estado.

La finalidad de este análisis radica en determinar con precisión a quien toca asumir roles cuando de derechos sociales se trata, y de definirlos, con el objeto de no suscitar falsas expectativas como la de que el Estado es el único obligado a cumplir las prestaciones necesarias para el goce de los derechos sociales. Como es bien sabido, este convencimiento

o esperanza, tan frecuente y reiteradamente frustrada, ha sido una de las principales causas del descreimiento en las constituciones.

Volvamos ahora a la primera afirmación: que los derechos sociales no son contrarios a los derechos individuales sino su derivación o prolongación. Tomemos a guisa de ejemplo, el derecho a la tutela de la salud, a la no contaminación ambiental; ¿No son acaso una consecuencia del derecho a la vida? Y el derecho a la huelga, para mentar otro caso, ¿podría no verse como un producto de la libertad de trabajar que implica la de no hacerlo?; la jornada limitada de labor y una digna remuneración ¿qué son sino derivaciones del derecho a la salud?

Es que existe una incuestionable correlación, no digo entre todos y cualquier derecho (salvo el de la vida) sino entre grupos de ellos, lo cual es fácilmente explicable si se tiene en cuenta que todos poseen una raíz común: la innata dignidad humana.

En segundo término, había dicho que la plenitud de varios de los llamados derechos sociales, y también de algunos de los individuales, exigía una determinada actividad de alguien, no resultando suficiente a ese fin su sola reglamentación.

Veamos, en primer lugar, lo relativo a las libertades clásicas.

¿Es verdaderamente cierto que para su satisfactoria utilización ellas requerían solamente una abstención del Estado?

Sí lo es para algunas y tomando la enunciación contenida en los arts. 14, 17 y 18 de la Constitución Nacional, diría que los derechos de petionar a las autoridades, y de usar y disponer de su propiedad, de asociarse con fines útiles y algunas de las garantías del art. 18 no precisan sino del dictado de la reglamentación prevista en el art. 14 para poder ser ejercidos. Lo mismo ocurre con los derechos no enumerados, —reunión por ejemplo— y con la libertad de participación política.

Pero no lo es —o, al menos, tanto— respecto de otras libertades explícitas o implícitas, pues alguien ha de preocuparse porque existan vías de comunicación, establecimientos educacionales, lugares destinados al culto, órganos de prensa, suficiente infraestructura judicial, etc. para que los habitantes puedan gozar en forma más o menos satisfactoria, de los derechos de locomoción, de aprender, de profesar su culto, de expresar sus ideas por la prensa, de acceder a la jurisdicción para decidir conflictos, etc. Y en cuanto a los derechos implícitos, el derecho a la salud (derivación del derecho a la vida) requiere asimismo establecimientos asistenciales, etc.

En estos y parecidos casos, no basta por tanto con que los gobernantes dicten normas fijando límites al ejercicio de los derechos, sino que aquel "alguien" —llámase los individuos y la sociedad en primer término, el Estado en forma subsidiaria— asuma esa tarea.

Por lo que atañe a los derechos sociales, es casi de rigor afirmar que todos exigen un "hacer" del Estado para que adquieran real vigencia.

También aquí, sin embargo, es pertinente la pregunta acerca de la certeza o validez de tal afirmación.

Asomémonos, pues, al art. 14 bis, que en nuestra Carta Magna es el receptáculo de los derechos sociales, para analizar si todos ellos requieren una prestación estatal.

En cuanto a los derechos del trabajador individual, no encuentro diferencia alguna con las libertades clásicas, puesto que el Congreso habrá de reglamentar el ejercicio del derecho de propiedad, las libertades de contratar, comerciar, etc. —como por otra parte ya lo ha hecho— a fin de que aquellos puedan convertirse en realidad que en algún caso, como el de la participación en las ganancias, no lo haya hecho hasta ahora, no desvirtúa el principio.

Tampoco los derechos reconocidos a los gremios precisan de otro quehacer estatal más allá de una reglamentación para poder ser plenamente ejercidos: existe ya y está siendo revisada la legislación relativa a la concertación de convenios colectivos de trabajo y a la conciliación y arbitraje, restando hacerlo con el de huelga.

No se altera el panorama cuando llegamos a la tercera parte del precepto, pues todos los beneficios allí acordados deben sustentarse en una reglamentación estatal, que —tal cual ocurre con los de la primera parte— restringe el derecho de propiedad de los empleadores y de los mismos aportantes.

Por último, sostuve que esa determinada actividad debía surgir, ante todo, de la comunidad, y sólo del Estado cuando ella no existiere o fuera insuficiente.

Pues suele sostenerse que existe una muy importante diferencia entre los viejos y los nuevos derechos, en cuanto a las condiciones requeridas para su goce: respecto de los primeros, el Estado tiene la obligación de abstenerse, de no hacer, esto es, de no interferir en su disfrute por los particulares, mientras que respecto de los segundos, su efectiva vigencia depende necesariamente de la permanente intervención estatal: hay, por tanto, una obligación de hacer a su cargo.

Bidart Campos, por ejemplo, dice lo siguiente: "Mientras, como tónica general, en los derechos subjetivos del constitucionalismo clásico la obligación del estado en cuanto sujeto pasivo consistía fundamentalmente en omitir toda acción lesiva de aquellos derechos, en los derechos sociales y económicos del constitucionalismo social se añade la obligación de hacer o de dar algo en favor de los hombres. Aparecen así las prestaciones positivas a cargo del estado... Del estado gendarme o policía (que cuida y vigila) se pasa al estado de 'bienestar social' que hace y promueve'..."

("Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T.I. pág. 393). A su vez, Vanossi expresa al referirse a estos derechos sociales: "Ya no se trataba de abstenciones del Estado sino de obtener jurídicamente prestaciones de ese nuevo Estado" ("El Estado de Derecho en el constitucionalismo social", pág. 284).

Como corolario de lo expuesto, estimo que esta difundida clasificación en derechos individuales y derechos sociales, basada en una opuesta actitud del Estado, no responde a la realidad, y que en rigor, todos los derechos caben en algunos de los términos de la siguiente clasificación tripartita:

a) Derechos cuyo pleno uso requiere únicamente una reglamentación que establezca sus límites, procurando que su empleo por sus titulares (individuos o grupos) no implique detrimento para los restantes miembros de la sociedad. Existe aquí un sujeto activo, que lo es el titular del derecho, pero el sujeto pasivo es indeterminado, genérico y no se le requiere prestación alguna (además, desde luego, del Estado, que debe ser el primero en respetarlos).

Por ejemplo, las libertades de reunión, de asociación, las políticas, la de intimidad, a la de propiedad, la de petición, las enunciadas en el segundo párrafo del art. 14 bis, etc.

b) Los derechos cuyo disfrute cabal exige asimismo una reglamentación, como en el caso de los anteriores, pero con la diferencia de que si los sujetos activos (también individuos y grupos) son sus titulares, los sujetos pasivos constituyen una categoría específica y determinada de terceros (por lo general, los empleadores) a los cuales se imponen ciertas prestaciones.

Por ejemplo, casi todos los derechos enunciados en el primero y tercer párrafo del art. 14 bis.

c) Derechos cuya satisfactoria utilización precisa no sólo que sean reglamentados sino, además y principalmente, presupuestos o circunstancias de hechos, sin los cuales no alcanzan a tener real vigencia.

Los sujetos activos son, como en los dos casos anteriores, individuos y grupos, (como la familia, por ejemplo) pero el sujeto pasivo no lo es una determinada clase de personas ni de comunidades inerte sino los grupos dentro de ella, la sociedad global y, subsidiariamente, el Estado.

Como dije antes, pertenecen a este grupo las libertades de culto, de prensa, de locomoción, el derecho a la salud y a la educación, etc.

## B) - LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD

Más específicamente, quisiera ahora referirme a una de las recomendaciones del "Dictamen Preliminar...", para examinarla detenidamente. Es aquella que, al tratar de los derechos sociales, expresa: "La convali-

dación de los derechos sociales debe combinarse con el alcance del derecho de propiedad. Desde la segunda mitad del siglo XIX comienza a perfilarse una nueva concepción del derecho de propiedad que lo despoja de su carácter individualista y que desequilibra la relación entre los beneficios y las cargas derivadas de este derecho. Se desarrolla la idea de que el ejercicio del dominio está condicionado por la función social que debe desempeñar la propiedad en la sociedad actual, es decir, que deben satisfacerse no sólo necesidades particulares sino también las necesidades colectivas” (pág. 43).

Esta noción ha sido ya incluida en textos de diversas constituciones provinciales, reformadas a partir de 1985.

Pero esa idea acerca de la “función social” de la propiedad es, a mi juicio, imprecisa, confusa, injusta, y sobre todo innecesaria.

Por consiguiente, resulta peligroso insertarla en un texto constitucional cuando los fines aparentemente perseguidos con ella pueden alcanzarse de otra forma.

Imprecisa: ¿Qué quiere decir, en efecto, “función social” de la propiedad?

Una explicación nos la da un texto de tanta significación como lo es la Encíclica “Mater et Magistra”. Luego de afirmar que “el derecho de propiedad de los bienes, aún de los productivos, tiene carácter permanente, precisamente porque es de derecho natural fundado sobre la prioridad ontológica y de finalidad, de los seres particulares respecto a la sociedad” (Nº 21), añade: “Al derecho de propiedad privada sobre los bienes, le es intrínsecamente inherente una función social. En efecto, en el plan de la creación, los bienes de la tierra están destinados ante todo para el digno sustento de todos los seres humanos...”

El “Dictamen...” por su parte, afirma que con este derecho “deben satisfacerse no sólo necesidades particulares sino también las necesidades colectivas”. Y cabe preguntarse: ¿necesidades de quién?, ¿de grupos o individuos determinados?, ¿de la sociedad en su conjunto?

Confusa, porque quienes emplean esa locución no precisan qué clase de propiedad está limitada o alcanzada por su función social.

Bien sabido es, en efecto, que existen muchas clases de bienes sobre los cuales puede ejercerse propiedad, partiendo de una primaria distinción entre inmuebles y muebles. Y dentro de ambas categorías se dan las más variadas formas de propiedad: urbana o rural; para uso propio o para producción o renta; heredada o adquirida como fruto del trabajo personal; cosas o títulos representativos de ellas, dinero, etc.

Esa función social, ¿alcanza a todos estos bienes o solamente a alguno de ellos?

Injusta, porque asigna solamente a un derecho —el de pro-

iedad— una función social, es decir, un uso en beneficio no sólo del titular sino de la colectividad, cuando es indudable que hay otros derechos que también podrían tenerla, como el de trabajar, el de enseñar, etc.

Innecesaria, finalmente, porque la reglamentación del ejercicio del derecho de propiedad basta para alcanzar los fines que se persiguen con esa declaración de que tiene una “función social”. Como muestra de ello recuerdo que la Ley Nº 21.499 (de expropiaciones) contempla la figura de la ocupación temporánea anormal, que aún afectando el derecho de propiedad no da lugar a compensación alguna.

### C) - CONCLUSIONES

Concluyendo estas cortas reflexiones, estimo que en la materia a la que ellas se refieren reviste mucha importancia lo siguiente.

a) Establecer con claridad cuáles han de ser los límites para la reglamentación de los derechos;

b) Prever de qué manera podrá lograrse la plenitud del ejercicio de todos los derechos, tanto individuales como sociales.

A este fin, me permito proponer las siguientes cláusulas:

Art. Todos los derechos —salvo el de integridad física y la libertad de prensa— podrán ser limitados mediante la razonable reglamentación de su ejercicio, a fin de que el mismo pueda ser compatible con el disfrute de los que correspondan a los demás, teniendo siempre como finalidad la obtención del bien común y como insalvable límite la propia subsistencia de aquellos, que nunca podrán ser suprimidos o desnaturalizados por la mencionada reglamentación. En los casos de conflicto de derechos, deberá primar el de mayor jerarquía, según las circunstancias del caso judicial y prudentemente evaluadas, pero sin que esa prevalencia conduzca a la negación de ningún derecho.

Art. Cuando la posibilidad del concreto disfrute de cualquiera de los derechos precedentemente enunciados no dependa sólo de su reglamentación sino que además exija la concurrencia de circunstancias o supuestos de hecho, la misión de aportarlos recaerá principalmente sobre los individuos, los grupos privados y la sociedad. Si este aporte no se produjere en tiempo oportuno, o fuere insuficiente, es deber del Estado estimularlo y aun suplirlo mediante el empleo de los recursos fiscales, en cumplimiento del principio de subsidiariedad.

Art. Durante situaciones de emergencia —de cualquier índole que fueren— el Poder Legislativo podrá restringir más acentuadamente los derechos relacionados con el origen de aquellas, pero solamente ellos. La legislación pertinente deberá declarar la realidad de una situación de

emergencia y el tiempo probable de su duración, sin perjuicio de su eventual prórroga.

## DEMOCRACIA, REFORMA Y CAMBIO SOCIAL

por Lic. Jorge Mayer

Desde que el oficialismo lanzó la idea de la reforma constitucional como medio que contribuya al proceso de consolidación democrática, se han alzado varias voces en favor y en contra de esta iniciativa.

Haciendo un repaso de las distintas posiciones creo que el debate central gira alrededor de si la reforma es un instrumento idóneo para el logro de dicho fin o si, por el contrario, la conducción de la transición política debe navegar otros andariveles.

La posición del Consejo para la Consolidación de la Democracia tiende a subrayar ciertas falencias o rigideces de nuestras instituciones políticas en su misión de recrear la legitimidad del sistema democrático. Parte de la idea que una redistribución de funciones lograría hacer de los poderes políticos instancias más representativas y permanentes. Se privilegia la idea de una democracia participativa y amplia, y se resguardan los valores básicos del constitucionalismo liberal. Su diagnóstico y propuestas están extensamente desarrollados en sus dos dictámenes.

Por su parte, los partidos opositores aún no se han expedido orgánicamente. Esporádicamente, a través de dirigentes e ideólogos, convergen en una tendencia que intenta contraponerse al proyecto oficial. Si bien los principios de filosofía política que esgrimen el Justicialismo y la centro-derecha difieren en mucho, hay un elemento que aglutina de manera clara sus posiciones y que aparece como el eje de la discusión. Las posibilidades de consolidación del sistema democrático estarían fundamentalmente asociadas a metas de índole material y social que llenarían de sentido y contenido a la democracia. Si bien declaran sentirse comprometidos con el sistema, acuerdos políticos de la magnitud del propuesto los lleva a terrenos que los hacen sentir inseguros. Han sido reiteradas las acusaciones de la izquierda y del justicialismo a la "democracia formal" que gobierna el radicalismo; el cambio social que propugnan no atendería a la necesidad de un replanteo de las bases del juego político.

Por su parte, las centro-derechas, antes de empezar a discutir los posibles alcances de la reforma, alegan que para consolidar la democracia "no hay que reformar la Constitución, sino que hay que respetarla". Piensan que la consolidación del sistema pesaría, fundamentalmente, por el respeto al programa económico liberal que la misma consagra. Los valores del liberalismo

económico deben estar por encima de los mecanismos democráticos de decisión. La inestabilidad estaría dada por el recurrente error de haberse apartado del pensamiento económico y social de los pensadores liberales del siglo XVIII.

La convergencia surgiría, a mi entender, en la acentuación que se hace en la dimensión de la **eficacia** del régimen político para el logro de un tránsito exitoso a la democracia. Entendiendo que con eficacia remitimos a las condiciones materiales primordialmente. El logro de adhesión al sistema se basaría en su capacidad para generar estados crecientes de bienestar, manteniendo niveles adecuados de reproducción del capital y de los criterios elegidos para su redistribución. Por su parte, nuestro actual sistema institucional sería suficientemente adecuado —o quizás el más adecuado— para llevar adelante estas transformaciones.

Lo que deseo intentar expresar seguidamente es que estas posiciones brevemente descriptas, las avanzadas por el oficialismo y la oposición, no son excluyentes ni contradictorias. Muy por el contrario, el cambio social, la reforma de la Constitución y la consolidación democrática, son elementos mutuamente solidarios y casi imprescindibles.

Para presentar desde un punto de vista teórico las consecuencias de esta discusión nos podemos remitir a Seymour Lipset (1) quien intentó analizar la relación entre la legitimidad y la eficacia de los sistemas políticos. "La estabilidad de cualquier democracia dada depende no solamente del desarrollo económico, sino también de la eficacia y la legitimidad de su sistema político", afirma. "La legitimidad implica la capacidad del sistema para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas para la sociedad". Por su lado, la eficacia, atiende a la "verdadera actuación", al grado en que el sistema satisface las "funciones básicas de gobierno...". Esta última definición es inmediatamente desvirtuada por su autor. Cuando Lipset desea llevar este análisis a reforzar su hipótesis fundamental que es la de la necesaria relación entre democracia y desarrollo capitalista, hace que su sentido varíe: "En el mundo moderno, tal eficacia significa fundamentalmente un desarrollo económico constante".

De esta manera vemos que el concepto de eficacia no tiene un sentido único para este autor. Por un lado haría a un atributo intrínseco del estado. Por otro, pasa a tener una referencia inmediata a lo material, determinada por factores exógenos a la estrategia gubernamental. Es muy sabido que para la ciencia política norteamericana la relación entre capitalismo y democracia es una "ley de hierro" ampliamente difundida. Para nuestra desgracia esta lectura no se compadece de la situación de las economías Latinoamericanas.

Para el autor en cuestión, en definitiva, la eficacia determina los niveles de legitimidad. Cabría preguntarse cómo se concilian a mediano plazo,

(1) Lipset, Seymour "El hombre político". Eudeba, Buenos Aires, 1963.

nuestras economías, la plena participación política y los valores democráticos. De la lectura de los datos que el mismo autor propone vemos que la relación aludida no es tan determinante como él la presenta.

De su estudio comparado de las democracias europeas frente a la crisis de 1930, en su lectura, se observa que caen rápidamente las consideradas poco legítimas. A las democracias legítimas, la pérdida de eficiencia que conllevó las crisis, las sacude pero no las derrumba. El paso siguiente, sobre el que no avanza la investigación, sería preguntarse si en el juego de estos dos factores no intervienen otro tipo de variables no detalladas.

Lipset no compara los sistemas de gobierno ni las transformaciones políticas que la crisis del '30 trajo aparejadas. Desde su punto de vista sólo se consideran las valoraciones circunstanciales que la ciudadanía proyecta sobre sus autoridades, sin considerar los instrumentos políticos con que se absorbió esa caída en el ritmo de desarrollo.

Hay fundamentos para sospechar que hay instituciones políticas más eficaces que otras para adecuar las aspiraciones sociales a las posibilidades concretas de satisfacción de sus reclamos. Un sistema institucional que no facilita la dispersión de las fuerzas políticas y sociales y que las comprometa con responsabilidades más cercanas a la acción, contribuiría a la estabilización de manera concreta.

Si concebimos al desarrollo económico como un proceso social estamos señalando que para su efectivización deben existir presupuestos básicos de índole social y política. Los actores comprometidos en el proceso productivo y la sociedad en su totalidad deben recrear la instancia constitucional como el ámbito legítimo —en sus limitaciones y posibilidades— en donde se resuelven sus conflictos y se lleva adelante la transformación deseada. La posibilidad de conciliar el desarrollo económico con la plena participación democrática —términos que se quieren presentar como antagónicos por algunos sectores— se dará en base a la solvencia de las instituciones políticas para mantenerse en el tiempo como la vía más eficaz de satisfacción de los reclamos y de distribución de las cargas. En la medida que éstas ganen en flexibilidad y en su capacidad de integrar sectores más grandes de la sociedad, se hará posible su cómoda continuidad en la historia.

En otro nivel de análisis podemos señalar que un sistema que intenta ensanchar sus bases de legitimidad —manteniendo el pluralismo— puede llegar a niveles crecientes de eficiencia. La eficiencia aparece así como una función de la legitimidad en tanto que la probabilidad que tiene un mandato de ser obedecido, y por lo tanto de adquirir capacidad transformadora, depende previamente del nivel de significación y apoyo que tengan las instituciones políticas. Los ámbitos que faciliten el logro de decisiones consensuales contribuyen a la institucionalización de la oposición y a la capacidad transformadora del sistema.

Visto desde nuestra posición actual, el logro de los puntos anteriores suponen un previo cambio en el modo en que se estructura la competencia política en nuestro sistema. Como lo señala el Segundo Dictamen del Consejo, la concentración de funciones en el Presidente lleva a que la competencia se resuelva en el todo-o-nada de la conquista de esa función. La oposición tiende a asumir un rol puramente negativo y la duración de los mandatos obliga a una única figura a acarrear los “costos políticos” y los “costos estructurales” por períodos demasiados largos. La actual relación de fuerzas políticas y nuestros niveles de crecimiento económico muestran que a corto plazo se imponen medidas concertadas que se planteen por encima del interés partidista. La remoción de los obstáculos que frenan además las posibilidades de cambio, posibilitarían evitar el desencanto popular por el inmovilismo político.

Apunto a subrayar la urgente necesidad de lo que se ha dado en llamar “la institucionalización del cambio social”, la que debe darse sobre fuertes bases de legitimidad; es decir; sobre instituciones capaces de generar y absorber el cambio social, manteniendo los niveles necesarios de integración de la comunidad política.

Temas como el endeudamiento externo, la inflación endémica, las garantías a la radicación de capitales, las prioridades en cuanto a asistencia de necesidades sociales, la desocupación, la reforma del Estado, etc., sobrepasan las responsabilidades que puede asumir un partido.

Por último debo señalar que hay quienes piensan que después del 6 de septiembre, y desde una lectura politológica de la transición, la demostración que dio el sistema al permitir la alternancia en gobiernos provinciales es una señal clara de su consolidación. De la consideración de problemas tales como los mencionados más arriba, en la experiencia comparada, esta situación estaría bastante lejos de resolverse a mediano plazo.

Lo que hemos llamado “la ley de hierro” de la ciencia política norteamericana, debe buscar alguna manera de resolución económica y política que involucre a todos los sectores sociales. El debate sobre el tema de la reforma constitucional, como algunos otros de importancia no aparecen como mero entretenimiento cuando estaría en juego la democracia. Habría que tener en cuenta este hecho y pensar que “no existe el autoritarismo como fatalidad del destino. Como tampoco existe la democracia como privilegio permanente...” (2).

---

(2) Rouquie, Alain (comp.) “Como renacen las democracias”. Emecé, Buenos Aires, 1985.

## DEL BICAMERALISMO PERFECTO AL BICAMERALISMO DIFERENCIADO.

*Por Miguel Angel de Dios*

El principal dilema que enfrenta la sociedad a la hora de definir o reformular sus instituciones consiste en idear una ingeniería constitucional con los elementos de su organización actual y con la perspectiva de cómo nuevas instituciones pueden adecuarse a su realidad.

La relación dialéctica parece establecerse en estos términos: tradición - cambio, fórmulas reales y locales o fórmulas ideales o importadas. Creemos que este es un conflicto secundario porque la verdadera cuestión a resolver está en las ventajas o desventajas que las instituciones brindan a la sociedad, si tal o cual sistema institucional es eficaz o no para realizar los fines de la organización de la estructura de poder estatal y la satisfacción de las expectativas de la sociedad.

Esta tarea no está escindida del grado de desarrollo que las distintas instituciones van alcanzando en los sistemas comparados a través del tiempo sin perjuicio de tener en cuenta las particularidades locales (culturales, económicas y sociológicas e históricas) de cada estado en que son aplicadas.

Cuando nos hacemos eco de las críticas que ha merecido nuestro sistema institucional, queremos centrar nuestra atención en las situaciones de bloqueo que ha generado en él la estructura de organización y funcionamiento del Congreso.

Es el desarrollo del principio de separación de poderes o competencias que asigna la función legislativa a un órgano colegiado con independencia y autonomía funcional respecto del ejecutivo denominándolo parlamento o Congreso.

La mayor complejidad de las cuestiones estatales impusieron que las asambleas o parlamentos vayan asumiendo y a su vez privilegiando las funciones de control político sobre el ejecutivo en lugar del desarrollo de toda la normativa estatal.

En cuanto a su estructura interna los parlamentos se organizaron en forma unicameral o bicameral. El sistema de doble asamblea como instrumento de control intraórgano tuvo su origen en el parlamento inglés.

Primitivamente el parlamento inglés era unicameral y estaba compuesto por los lores espirituales, lores temporales y los comunes. Los intereses distintos que lores y comunes protegían así como la necesidad de poner freno a las ideas más progresistas que estos últimos expresaban obligó a dividir el parlamento en dos cámaras que se controlarían entre sí.

Queda así conformada una cámara alta como expresión de la aristocracia latifundista y otros elementos plutocráticos de la sociedad con ideas más

conservadoras y una cámara baja representando a la burguesía de las clases media y alta como expresión de las ideas más progresistas.

Este dato sociológico fue trasvasado con más o menos exactitud a los distintos sistemas políticos en los cuales el bicameralismo parlamentario fue establecido. (a)

No obstante distintas son las razones principales que impulsan la organización del cuerpo legislativo en dos cámaras en los estados cuya organización es federal.

Su origen se encuentra en la constitución de los Estados Unidos de 1787 para dar solución a la necesidad de encontrar una representación equitativa entre los intereses de los estados pequeños y los estados más grandes. Se organiza un congreso compuesto por dos cámaras, una que exprese la representación popular en función de la mayor o menor densidad de población de cada estado y otra en que la representación de cada estado es igualitaria.

Ambas razones han jugado en la conformación del sistema bicameral de nuestra Constitución y son teorizadas en dos ideas fuerza: por un lado las ventajas de la discusión y reconsideración de un proyecto de ley por dos cámaras que permita la sanción de pocas y buenas leyes. Por otro lado dar una representación equitativa a las provincias en el gobierno de la Nación y que permita que una de sus cámaras (el Senado) se erija en garante de los intereses de las mismas.

Con estos objetivos se organiza un sistema bicameral al que podríamos denominar de tipo perfecto en el cual tanto la Cámara de Diputados como el Senado entienden por igual en todas las atribuciones del Congreso. Sólo alguna diferencia entre ambas cámaras le asignaría cierto rol asesor del gobierno al Senado para prestar acuerdo a determinados nombramientos (Jueces, embajadores y altas jerarquías militares) y exclusividad a la Cámara de Diputados en la iniciativa de cuestiones que afectan directamente la representación popular (leyes sobre contribuciones y reclutamiento de tropas).

Se establece un complejo sistema para la formación y sanción de las leyes entre ambas cámaras, que pretende superar las situaciones de bloqueo que pudieren plantearse mediante el juego de las mayorías del art. 71 C.N.

Pero las dificultades que presenta este sistema no fueron resueltas como lo prueba la lentitud del Congreso para la sanción de la legislación general que mengüa así su importancia institucional y traslada las expectativas hacia el otro polo de poder político que es el ejecutivo no sin perjuicio para la consolidación del sistema democrático.

Por otra parte el objetivo de que el Senado se convierta en el órgano del gobierno nacional garante del interés de las provincias tampoco se ha realizado satisfactoriamente.

Pero las dificultades de funcionamiento del sistema de doble asamblea no ha sido patrimonio exclusivo de nuestra realidad, muy por el contra-

rio, salvo el caso de los EE.UU. es el común denominador de los sistemas en que el bicameralismo fue establecido.

La respuesta del constitucionalismo de este siglo lejos de producir una pérdida de popularidad del bicameralismo lo ha reformulado, ya sea asignando competencias diferentes a las cámaras o dando preeminencia a una de ellas mediante mayorías cualificadas y siempre a favor de la cámara popular. (b)

La Constitución semipresidencialista de Francia (1958) jerarquiza el poder de la cámara baja cuando se trata de las funciones de control político como cuando se trata de legislación financiera.

La ley fundamental de Bonn asigna un rol preponderante a la cámara baja o "Bundestag". A ella le compete la formación del gobierno así como el control de responsabilidad política a través del voto de censura del Canciller Federal y demás ministros. En cuanto al procedimiento legislativo la cámara alta o "Bundesrat" sólo ejerce un rol de control sobre los proyectos aprobados en la cámara baja (confr. art. 77). La oposición que haga a un proyecto será siempre superada por el voto de 2/3 del "Bundestag" insistiendo en su proyecto salvo cuando se tratase de cuestiones que afecten a los intereses de los länder en cuyo caso su veto es definitivo.

La Constitución italiana de 1947 si bien ha establecido idénticas facultades para ambas cámaras los proyectos de las comisiones de estudios sobre su reforma (el grupo milanés de 1979 y la denominada comisión BOZZI de 1983) han aconsejado la diferenciación de sus facultades.

Creemos que en este sentido debería dirigirse las reformas a introducir en el poder legislativo, asignarse a cada Cámara distintas materias en las que oficiaran como Cámara de origen teniéndose en cuenta la representación democrática fundamental del electorado en la Cámara de Diputados y la expresión de los intereses de las provincias en el Senado.

En este aspecto seguimos el dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia, los proyectos sobre legislación en general deben tener iniciativa en la Cámara de Diputados en tanto que las cuestiones que se especifiquen como de interés para la autonomía y autarquía provincial sólo tendrían iniciativa en el Senado.

Este sistema comprende a su vez el mecanismo de aprobación ficta de los proyectos aprobados por la cámara de origen y la posibilidad de aprobar proyectos en las comisiones. Se permitiría superar así las situaciones de bloqueo que antes señalábamos agilizando y dinamizando el funcionamiento del Congreso.

Por otra parte la reformulación del bicameralismo parece inscribirse en la tendencia que marca el constitucionalismo en la actualidad.

Finalmente, un nuevo bicameralismo al que podríamos denominar diferenciado junto a las modificaciones que en la estructura del poder ejecutivo se aconsejan, habrán de permitir que nuestro sistema institucional se con-

vierta en un instrumento de gobierno más idóneo que contribuya a la consolidación definitiva de la democracia en nuestro país.

(a) Cfr. Harry J. Benda "The End of Bicameralism in New Zealand" en *Parliamentary Government in the Dominions* (Londres 1951) pág. 60 y ss.

(b) Cfr. Karl Lowenstein, "Teoría de la Constitución" Ed. Ariel Barcelona, pág. 248 y ss.

## PROPUESTAS PARA INCORPORAR CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO EN UNA EVENTUAL REFORMA DE LA CONSTITUCION

*Por Germán J. Bidart Campos*

El sucinto repertorio de cuestiones de derecho internacional público que es viable tener en cuenta si acaso se realiza una reforma a la constitución federal nos exige una previa —aunque sumarisima— aclaración personal sobre la eventual enmienda constitucional. Tenemos públicamente expresada nuestra opinión adversa a toda reforma en las actuales circunstancias, entendiendo —por razones que no integran el tema que aquí nos proponemos— que la misma no debe llevarse a cabo durante el período presidencial en curso.

Salvo nuestro criterio negativo, también nuestra honestidad intelectual nos reclama añadir otra cosa: si el congreso declara la necesidad de la reforma, aunque estemos persuadidos del error en su decisión política no escatimaremos nuestra modesta colaboración en la propuesta de ideas que puedan coadyuvar a emprender la reforma lo mejor posible.

Introducido el tema con las precedentes reservas y explicaciones, todo lo que de aquí en más sugerimos adelanta lineamientos a ser computados en el momento en que la constitución sea puesta en revisión.

El precitado lineamiento no aspira a hacer acopio de doctrina, por lo que será escueto y se limitará a un enunciado proyectivo.

1º) En y con la constitución actual, damos por cierto desde nuestro punto de vista que:

a) la constitución prevalece sobre los tratados internacionales, en virtud de su tipología suprema y rígida, y de la prescripción de su art. 27;

b) los tratados prevalecen sobre las leyes internas, sean anteriores o posteriores;

c) los tratados están sometidos a control judicial de constitucionalidad.

La enmienda que aconsejaríamos sería la siguiente:

a) prever que los tratados internacionales sobre derechos humanos y garantías que se incorporen al derecho argentino tengan primacía sobre la constitución, en atención a la materia que regulan, y a la compatibilidad que, como principio, guarda dicha materia con el capítulo dogmático que les es correspondiente en nuestra constitución;

b) habilitar expresamente a nuestro estado para acatar la jurisdicción supraestatal de tribunales internacionales con competencia interpretativa y fiscalizadora de los tratados antes aludidos;

c) consignar expresamente que todos los tratados, cualquiera sea la materia que regulen, prevalecerán siempre sobre las leyes internas, anteriores o posteriores;

d) incluir en la constitución una fórmula normativa conforme a la cual ninguna norma de un tratado incorporado a nuestro derecho interno podrá ser contrariada, mientras esté en vigencia, por una posterior reforma de la constitución;

e) establecer que, sin perjuicio de lo aconsejado en el inc. a), las normas de la constitución que se refieren a derechos, libertades y garantías personales, se interpretarán de conformidad con los tratados que, sobre la misma materia, estén incorporados a nuestro derecho interno.

Se recomienda pensar, también sin perjuicio de las propuestas que se esbozan en los anteriores incisos, si conviene o no dar rango constitucional al principio de inoponibilidad del derecho interno que surge de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, aunque estos no tengan materia atingente a derechos y garantías ni, por carecer de ella, invistan la primacía a que aludimos en el inc. a).

2°) En cuanto al derecho internacional público no contractual (o sea, el que tradicionalmente nuestras leyes, nuestra doctrina, e incluso el art. 102 de la constitución denominan derecho de gentes), cabría una fórmula constitucional de reconocimiento expreso que lo diera por incorporado al derecho argentino, pudiendo reiterarse —en reciprocidad con los tratados mencionados en el inc. a) del párrafo 1° de este esbozo— que prevalecerá sobre la constitución cuando se refiera a derechos humanos y garantías.

3°) En orden al *ius cogens*, sería útil llamar a reflexión acerca de la conveniencia de especificar en otra fórmula constitucional que las normas internacionales de *ius cogens* quedan incorporadas a la Constitución, acaso —lo decimos tentativamente—, que prevalecen sobre ella (en esta sugerencia quedaría por analizar si la relación del *ius cogens* sobre la constitución debería o no reservarse sólo para el caso en que normas internacionales de esa categoría se refieran a derechos humanos y garantías).

4°) Para el caso de que hubiera eventuales discordancias entre distintos tratados internacionales —tanto universales como regionales, o meramen-

te bilaterales— incorporados al derecho argentino, cuya materia versara sobre derechos humanos y garantías, podría incluirse una cláusula que estableciera que su interpretación siempre deberá preferir el resultado que sea más favorable para el sujeto titular de tales derechos y garantías.

5°) En las actuales circunstancias de las relaciones internacionales, nos parece propiciable la previsión de una cláusula constitucional de habilitación genérica para que nuestro estado integre comunidades o entidades supraestatales, con el siguiente detalle:

a) posibilidad de transferir a los órganos de las mismas ciertas competencias estatales acordes con la finalidad de la comunidad supraestatal de que se trate;

b) reconocimiento de la aplicación directa en jurisdicción interna de las decisiones que adopten dichos órganos, sin posibilidad de descalificarlas mediante control judicial interno de constitucionalidad;

c) reconocimiento especial (que podría darse por comprendido en el precedente inc. b) de las decisiones emanadas de un tribunal de la comunidad supraestatal a la que se incorporara nuestro estado.

6°) Conviene una referencia constitucional expresa en orden a las competencias provinciales. Sin abdicar de las que actualmente pertenecen al gobierno federal en materia de relaciones internacionales y, por ende, de tratados (*treaty making power*), entendemos que hace falta una fórmula breve que, manteniendo tales facultades privativas del poder ejecutivo y del congreso, reconozca a las provincias la competencia de celebrar tratados no políticos (a similitud de los ahora previstos en el art. 107) con estados extranjeros o sujetos de derecho internacional, con aprobación del congreso, siempre que la materia objeto del tratado sea de competencia provincial, que el tratado no se oponga a otros en que sea parte el estado federal, y que no contraríe la política exterior del gobierno federal.

Asimismo, el reconocimiento debe extenderse a otros tipos de gestiones internacionales que no se formalicen como tratados (por ej., contratación de bienes y servicios), y a la celebración de convenios internacionales que tampoco lo sean.

7°) Como cierre del esquema propuesto, y para disipar discusiones actuales, es indispensable aclarar definitivamente que los tratados internacionales se incorporan automática y directamente a nuestro derecho interno una vez cumplidas las etapas de su proceso formativo, sin necesidad de que una ley interna les dé recepción. En tal sentido, sostenemos que debe:

a) incluirse una norma constitucional que así lo estipule;

b) tal norma ha de cubrir tanto a las cláusulas operativas como programáticas de los tratados, sin perjuicio de que las últimas requieran luego de normas internas complementarias que les permitan funcionar;

c) establecer que los tratados nunca se considerarán incorporados al derecho interno argentino antes de su ratificación en sede internacional (para despejar la tesis que a veces los reputa incluidos en el derecho interno con la aprobación del congreso, aunque todavía no hayan sido ratificados).

(Para algunos presupuestos sobre el proyecto antecedente, remitimos a nuestro "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ed. Ediar, 1986, T. II, cap. XXXVI).

## LA TRANSICION DEMOCRATICA EXIGE UN DEBATE CONSTITUCIONAL

*Por Juan Carlos Portantiero*

Quisiera dejar en claro, antes que nada, que mis opiniones sobre la necesidad de un proceso de reformas de la Constitución Nacional no estarán fundadas desde la ciencia jurídica sino desde la ciencia política o, mejor aún, desde la sociología política.

A partir de este supuesto, cualquier reflexión sobre el tema no podría dejar de estar anclado en un diagnóstico sobre la etapa que atraviesa la relación entre estado y sociedad en la Argentina contemporánea. Fuera desde esa perspectiva el debate constitucional —tanto sobre la **oportunidad** cuanto sobre la **necesidad** de una eventual reforma— podría girar en el vacío.

El problema, pues, es el de fijar ese diagnóstico, el de ubicar esta discusión en un contexto de sentido, social y político, tal como lo hicieran, por otra parte, los constituyentes de 1853.

En muchos aspectos, pero seguramente en lo político, la sociedad argentina atraviesa un momento que puede ser calificado como "fundacional". Después de décadas de frustraciones institucionales, a partir de 1983 se ha abierto la posibilidad de estabilizar un orden democrático. La primera pregunta que debiera formularse al respecto es ésta: ¿hasta qué punto y en cuáles sentidos consolidar la democracia no equivale sino a **restaurar** mecanismos básicamente sanos que el autoritarismo sólo había puesto entre paréntesis? Si esto fuera así, es obvio que la reforma constitucional no sería necesaria ni oportuna: bastaría sólo con aplicar su texto, violado recurrentemente. Este es un argumento reiterado por el conservadorismo cultural y político que, desde luego, no comparto, porque mi análisis sobre las características y los alcances de la crisis argentina es distinto.

Recurriendo a un lenguaje habitual en la ciencia política contemporánea diré que la crisis nacional es sistémica y por lo tanto necesita adaptar —entre otras cosas— los órganos de gobierno al contexto del sistema político;

adecuar los rendimientos de gobierno a las exigencias de la complejidad del ambiente social.

Un punto sobre el que existe consenso en toda la literatura politológica actual, es aquel que señala que cuando mayor es la complejidad —entendida como diferenciación y segmentación— del entorno social del sistema político, mayor debe ser el rango de variedad de los programas y de las formas de organización del sistema decisional.

La buena pregunta es, por lo tanto, ésta: ¿los mecanismos constitucionales pensados para una realidad relativamente simple como la de mediados del siglo XIX pueden seguir siendo útiles para controlar una realidad de un siglo y medio después? ¿Si ha cambiado —y tanto— la constitución material, no deberá modificarse también la constitución formal? La evidencia de esta necesidad de readaptación de la ley básica a la realidad no sólo surge de los anacronismos que deben ser eliminados sino de las novedades que deben ser incorporadas. Pensar que un texto guiado por el liberalismo garantista de los siglos XVIII y XIX puede permanecer incólume ante las nuevas realidades sociales, políticas y culturales, nacionales e internacionales, es caer en un fetichismo absurdo.

Pero además de estas consideraciones generales hay otras razones más específicas, que tienen que ver con lo que señalaba más arriba: el momento político fundacional que se atraviesa desde diciembre de 1983. El período inaugurado entonces integra un ciclo de transición entre un régimen autoritario y la voluntad social de consolidar un régimen democrático. En los últimos años estas transiciones han tenido lugar en sociedades del sur de Europa y del sur de América latina. En algunas de esas situaciones —claramente las europeas— puede hablarse ya de **consolidación** del sistema; en otras —entre ellas la nuestra— la precariedad institucional del nuevo régimen no ha sido aún superada.

En casi todos esos casos —que, por cierto, pese a formar parte de una misma "familia" guardan disimilitudes significativas— la transición democrática ha supuesto la apertura de un debate constitucional tendiente a proyectar reformas capaces de hacerse cargo de los cambios operados en las sociedades y de hacer más sólidas y estables sus instituciones.

Precisamente esta doble dimensión: el hacerse cargo de las modificaciones sociales y la búsqueda de mejores fórmulas de gobernabilidad política, es la que marca a mi juicio la necesidad de la reforma de la Constitución de 1853, como base fundamental para una reforma del estado.

Entre otras cosas, afianzar la democracia en la Argentina actual supone la ampliación de los marcos de participación ciudadana. En una sociedad movilizadora y conflictiva, con una red asociativa tan extendida, con un peso corporativo y autoritario tan grande y con una histórica debilidad del sistema de partidos, este proceso no es de ningún modo simple. La democracia

en la Argentina es mucho más una cuestión de creación —casi diría de invención— que de reinstalación. Forzosamente se plantea entonces el tema de la construcción de bases para un nuevo orden político. Entre ellas la reforma de la constitución: una reforma amplia y consensual.

Cierto es que existen sectores significativos de la sociedad que proponen dilatar esta cuestión y limitar el compromiso colectivo en esta transición al cumplimiento del texto del 53, siempre violado.

Una vez realizado ese ejercicio al menos durante una generación —se arguye— la comunidad podría plantearse la oportunidad de su reforma.

Otro argumento, en verdad más persuasivo, es el que sostiene que una Constitución es el producto de acuerdos previos elaborados en el interior de un sistema político consolidado.

Esos acuerdos serían como el piso de garantías —el acto constitutivo— sobre el cual podría instalarse luego el debate sobre proyectos puntuales. Se trataría, en ese caso, de una Constitución de la democracia: la culminación jurídica de un proceso ya contenido en el sistema público.

Por fin, otra opinión —que es la que comparto— sostiene que en la Argentina actual (como sucedió por otra parte en la de 1853) es necesario pensar en una Constitución para la democracia. Esto es: en la urgencia de abrir un debate amplio que obligue a la sociedad y a sus fuerzas representativas a confrontar temas fundacionales que deberían expresarse en nuevas formas institucionales y en un texto constitucional reformado.

Insisto en que ese supuesto inspiró a los padres fundadores de nuestro sistema jurídico. Canal Feijóo, en su hermoso libro sobre Alberdi (1), marcó este punto con claridad. De modo diverso de la Constitución de los Estados Unidos, surgida al final de un proceso orgánico, la nuestra debía surgir como principio de un proceso orgánico. “Si aquella había sido declarativa, (ésta) debía ser creadora”. Debía ser (y lo fue), en fin, calculada desde el presente pero operando para el porvenir; constitución-*causa* y no constitución-*resultado*.

La pregunta que subyace en nuestra actualidad es la que inquiere sobre si existen posibilidades de consolidar la democracia en la Argentina sin introducir cambios en la estructura del estado que se hagan cargo de una situación de complejidad y de movilización sólo parcialmente contenida en los institutos del constitucionalismo liberal clásico. **En la crisis nacional, consolidar no sería conservar o reforzar lo dado, sino cambiarlo.**

¿Cuáles son los grandes lineamientos que se deberían constituir en temas del debate reformador?

Por un lado, todos aquellos que, desde los años 20 y luego más nítidamente desde la segunda postguerra, conforman el llamado constitucionalismo social que propugna el pasaje de las formas del Estado Liberal de Derecho

(1) Bernardo Canal Feijóo, *Constitución y Revolución*, Bs. Aires, 1955.

al Estado Democrático Social de Derecho. Esto implica la necesidad de introducir explícitamente la lista de derechos sociales que aparecen en casi todas las constituciones contemporáneas, buena parte de los cuales están ya expresados en el artículo 14 bis de la Constitución.

El Capítulo sobre derechos y garantías tampoco debe permanecer intocado. No para corregir los logros garantistas que contiene sino para ampliarlos con respecto al resguardo de los derechos humanos (introducción explícita del habeas corpus y del amparo, por ejemplo) y a la defensa del orden constitucional.

Pero como cuestión central a proponer en el debate queda la reforma democrática del estado; esto es, al aumento de la injerencia de la sociedad —individuos y organizaciones— en la trama pública. ¿Es posible mantener como dogma en el mundo de hoy la prescripción —interpretada restrictivamente— del artículo 22 acerca de que “el pueblo no delibera, ni gobierna sino por medio de sus representantes”? ¿No será hora de pensar —como lo han hecho la enorme mayoría de las constituciones modernas— en la necesidad de abrir nuevas vías de participación de los ciudadanos en los asuntos del estado? ¿O nos conformaremos con una democracia basada en una competencia entre élites, desarrollada entre la indiferencia y la apatía de los gobernados?

Cierto que el desafío no es simple, porque nuestras subculturas políticas populistas y organicistas viven el tema confusamente, entre el puro plebiscito callejero, extrainstitucional, o la institucionalización de un corporativismo alternativo de la democracia representativa.

No se trata de negar la democracia representativa sino de ampliarla. La primera constituye sólo el piso mínimo de la democracia moderna y, más aún, en la sociedad argentina en transición, ampliar la democracia representativa aparece como una condición para poder mantenerla.

En comunidades como la nuestra la característica de la constitución real está dada por un tejido muy complejo de relaciones dentro del cual actores movilizados buscan volcar sus demandas sobre el sistema político. La sola forma representativa, por lo tanto, las expone —paradójicamente— a la tentación del autoritarismo o del mandato corporativo, porque a falta de otros canales los ciudadanos y los grupos presionan de manera particularista por sus reivindicaciones, en la misma medida en que el trámite de sus reclamos por la vía exclusiva de los partidos resulta insuficiente.

De tal modo, el sentido de una transición democrática como el que con grandes dificultades está viviendo la Argentina, no puede ser exclusivamente el de consolidar las libertades individuales sino el de estimular mecanismos de participación capaces de estimular transformaciones sociales. Democratizar al estado y democratizar la sociedad y sus relaciones con el estado.

Esta doble e imprescindible reforma democrática supone trabajar sobre

varias dimensiones. Algunas se refieren a instituciones jurídicas y tienen como lugar eminente la reforma constitucional. Otras se refieren a hábitos de la vida colectiva, de la cultura política.

En lo institucional los temas son variados. Van desde la forma de descentralizar los recursos de poder (la recuperación del federalismo, la real vigencia de la autonomía municipal, la gestión por parte de la comunidad de los servicios esenciales) hasta la reforma de las Fuerzas Armadas para ponerlas al servicio de la República, la jerarquización de los partidos políticos, la mayor eficiencia de instituciones del estado como la justicia y el parlamento, la creación de organismos funcionales de consulta como los consejos económico-sociales, etc.

El carácter del Parlamento en un nuevo esquema de participación resulta decisivo, porque la reforma del estado pasa en buena medida por la jerarquización de ese escenario.

Es un hecho que las ráfagas de democracia en la historia política argentina han girado siempre alrededor del presidencialismo plebiscitario, en un modelo en el cual el Parlamento solió desempeñar el papel de mero ratificador de la voluntad del Ejecutivo.

En rigor, la democracia representativa como forma del gobierno de partidos jamás existió: entre nosotros la democracia fue siempre cesarista.

Combinar aspectos del presidencialismo con un fortalecimiento del poder del Parlamento, introduciendo la figura de un Primer Ministro responsable ante las cámaras como jefe del gobierno diferenciado del jefe del estado, implicaría un cambio positivo para nuestros hábitos políticos, en la medida en que colocaría en un plano mucho más significativo a los partidos. Haría mucho más transparente, además, a la vida política al facilitar la constitución de "gobiernos de programa" sostenidos sobre coaliciones variables de base parlamentaria, con objetivos discutidos a la luz pública.

Pero, por fin, la reforma democrática del estado que debe encontrar expresión en un nuevo marco constitucional, debería también acercar la posibilidad de una participación más directa —como he señalado ya— de la población en el tratamiento de los asuntos públicos.

Instituciones que aparecen en la mayoría de las constituciones modernas, como el referéndum, el plebiscito, la iniciativa popular, la revocatoria, ayudarían a quebrar la separación que existe entre legisladores y ciudadanos, introduciendo en el tronco de la democracia representativa elementos de democracia participativa, ni cesarista ni corporativa.

## EL VOTO OBLIGATORIO \*

*Por Carlos S. Nino*

Si bien la regulación del régimen electoral no suele estar incorporada al sistema constitucional, es evidente que tiene una primordial incidencia en el funcionamiento efectivo de los mecanismos políticos institucionales.

Por tal razón esa regulación debe ser analizada cuando se encara una revisión de la estructuración constitucional del poder político, como creo advertir un creciente interés por la posibilidad de abolir la obligatoriedad del voto, quiero dedicar esta breve nota a hacer algunos comentarios sobre esta cuestión.

1- La Constitución de 1853 no contiene limitaciones respecto del sufragio de los ciudadanos. La ley electoral de 1857 fijó el derecho para los varones sin más calificaciones. El sufragio era público, los padrones estaban a cargo del gobierno local y el sistema electoral otorgaba todas las posiciones electivas a la lista que obtenía la mayoría del voto, quedando las minorías sin representación. En 1876 sólo el 11,5% de la población con derecho a sufragar concurre a los comicios. Si a esto se agrega la presencia ostensible de presiones y fraudes electorales se tiene una idea acerca de la limitada representatividad y legitimidad de los gobiernos electos.

En 1890 surgen dos partidos de tipo mayoritario —el Radical y el Socialista— que incluyen como parte fundamental de su programa político la conquista de la libertad de sufragio. En 1893 y 1905 el primero de ellos organizó movimientos revolucionarios con estos fines. Paralelamente mantuvo una actitud abstencionista respecto de las elecciones y de oposición inquebrantable al régimen vigente.

Como se sabe el objetivo de contar con garantías efectivas para la libertad electoral finalmente se alcanzó en 1912 con la llamada "ley Sáenz Peña" que estableció el sufragio universal, secreto y obligatorio.

La reforma creó un registro electoral que mantendría el control de los padrones (se aprovechó la sanción de la ley de servicio militar obligatorio para utilizar el registro de enrolados). Los padrones eran fiscalizados por la justicia federal.

En cuanto al voto se estableció su obligatoriedad para todos los varones adultos, con muy pocas exclusiones, y su emisión en forma secreta. Se descentralizaron las mesas electorales y se colocó la supervisión del proceso bajo el poder judicial.

Como resultado de la ley el porcentaje de votantes aumentó en más

\* Agradezco la valiosa colaboración de Roberto de Michele en la preparación de este trabajo.

de un 300%. En 1910 el 21% del padrón ejerció el voto. En 1912 sancionada la ley, el 69%. En número de votantes la diferencia es de 191.000 contra 640.852. Los porcentajes de participación electoral oscilaron entre el último porcentaje y el 46% hasta el año 1928 en que trepó hasta el 81% y se mantuvo en elecciones sucesivas entre alrededor de ese porcentaje y el 70%. Por supuesto, la segunda gran conquista de nuestra historia en materia electoral fue la introducción del voto femenino en 1952, lo que amplió aún más la participación electoral de la población.

Estos porcentajes de participación electoral en la Argentina figuran entre los más altos del mundo, aunque casi todos los países han registrado un importante aumento de tal participación desde la introducción del voto universal, sea o no obligatorio.

Darío Cantón, en "El sufragio universal como agente de movilización"<sup>(1)</sup>, sostiene que en nuestro país el notable incremento de tal participación electoral desde la aplicación de la ley Sáenz Peña se debió no sólo a la obligatoriedad del voto sino también a otros factores, como ciertas garantías básicas de limpieza electoral (padrones generalmente correctos, controles eficaces del voto secreto, etcétera). Sin embargo, la constancia de la alta participación electoral aún en épocas en que se podría pensar que no había un extendido interés político y la comparación con los porcentajes, y sobre todo con las fluctuaciones de estos, en países en que el voto es voluntario (como Estados Unidos), hace suponer que la obligatoriedad juega un papel importante al explicar el alto presentismo electoral en nuestro país a partir de su introducción por vía legal. Es cierto que las sanciones que refuerzan esa obligatoriedad son nimias y que generalmente no se hacen efectivas, pero es probable, por un lado, que esto no sea generalmente percibido por la población (como lo muestra el afán por certificar las causas de la abstención) y, por otro lado, que la aplicación de sanciones en otras épocas haya generado hábitos y una conciencia moral de la obligatoriedad del voto.

Lo que es claro es que la gran participación electoral en nuestro país a partir de la ley Sáenz Peña trajo aparejado que los sectores medios y bajos de la población en términos socio-económicos, adquieran, gracias a su mayor número, una decisiva incidencia en los resultados electorales, lo que se vio reflejado en el constante predominio electoral de los partidos que son exponentes de los intereses y los ideales de esos sectores. En contraste, las organizaciones partidarias que dominaban previamente el espectro político vieron disminuir bruscamente su peso electoral relativo, con lo que los grupos sociales representaban por tales organizaciones decrecieron considerablemente las expectativas de acceder al poder por los medios constitucionales regulares.

Sobre la base de estas consideraciones, alguien podría sostener que, paradójicamente, la introducción del voto universal, secreto y, sobre todo, obligatorio, al mismo tiempo que perfeccionó la legitimidad de nuestra democra-

cia constitucional fue un factor generador de su crónica inestabilidad que padeció el país a partir de ese cambio crucial en nuestro procedimiento político-institucional. La hipótesis sería que si, como en otras democracias constitucionales, el presentismo electoral se hubiera mantenido bajo, sobre todo entre los sectores menos educados y menos favorecidos económicamente, mediante mecanismos que sin recurrir a fraudes o exclusiones, no alientan o incluso desalientan el activismo electoral (no solo a través de la opcionalidad del voto sino a través de otros desincentivos como son los comicios en días laborales), entonces los grupos con mayor poder socio-económico habrían, obtenido una sobre-representación y una consiguiente sobre-protección de sus intereses que habría incidido en menores presiones para quebrar el sistema cuando aquellos peligraran. A esto habría que agregar que cuando la menor participación de sectores medios y bajos produce un menor peso relativo de los partidos que los representan, se genera un proceso circular que desalienta aún más su participación ya que cada votante potencial de esos sectores tienen aún menos estímulos para participar, dado que advierte que no hay partidos que representen sus intereses o que si los hay ellos tiene pocas chances de ganar y que su decisión individual de votar no tiene virtualidad para alterar ese estado de cosas.

Esta hipótesis es de muy difícil prueba y tiene una serie de presupuestos cuestionables. Sin embargo, puede subyacer a propuestas de eliminar estímulos para la participación electoral, como la obligatoriedad del voto, sea que se apoyen en la defensa de los intereses que esa participación pone en peligro o en la preocupación por la estabilidad del sistema.

Como estas consideraciones puramente prudenciales, aún cuando estuvieran fundadas, no proveen razones que justifiquen la eliminación de la obligatoriedad del voto, aunque pueden motivar la búsqueda de tales razones, voy a analizar a continuación dos de esas posibles razones: una que justifica directamente el voto voluntario sobre la base de que él hace posible que el gobierno y sus leyes sean consentidos, y otra que lo hace indirectamente al descalificar el voto obligatorio como una invasión de la autonomía personal.

2- Como se sabe una de las justificaciones más frecuentes de la democracia es que ella es la única forma de gobierno en que es posible que las leyes y el uso de la coacción sean consentidos por aquellos a quienes se aplican. Este consentimiento permitiría que se supere el aparente conflicto entre la autonomía moral —la exigencia de que cada uno guíe su conducta de acuerdo a principios morales que acepte voluntariamente— y la posibilidad de justificar moralmente a un gobierno que emite prescripciones heterónomas.

Por cierto que el consentimiento no puede estar dado por la elección manifestada en el voto. Si así fuera, quienes votan por la opción que resulta minoritaria no habrían consentido el gobierno que resulta electo y sus leyes, con lo que estarían exentos de la obligación moral de obedecerlos.

Por eso es que quienes defienden esta justificación moral del gobier-

no democrático sostienen que el consentimiento estaría dado por el mero acto de votar, cualquiera fuera el contenido del voto. Para que una obligación sea consentida, ella debe ser consecuencia necesaria de un acto voluntario realizado con conciencia de que él tiene necesariamente esa consecuencia normativa<sup>(2)</sup>. Si la obligación de obedecer al gobierno y sus leyes fuera consecuencia necesaria del acto de participar en el proceso electoral, ese acto podría ser tomado como expresión de consentimiento respecto de esa obligación. Ello, bajo ciertas condiciones adicionales<sup>(3)</sup>, podría determinar la legitimidad del gobierno que es, de este modo, consentido por los súbditos.

Por cierto que, para que un acto sea constitutivo de consentimiento respecto de una obligación o responsabilidad, él debe ser voluntario, o sea, no debe ser resultado de presiones o determinantes anormales. Más aún, la omisión del acto no debe acarrear otras obligaciones o responsabilidades. Esto implica que el acto de votar no puede ser obligatorio para que él pueda tomarse como expresión de consentimiento respecto del gobierno y de sus leyes. Esto es tanto más así cuando la pena por el no voto debería justificarse sobre la base del consentimiento, según la teoría consensual de la pena que he defendido en otro lugar, y el consentimiento no puede servir para justificar penas, responsabilidades, cargas u obligaciones imputadas tanto a una acción como a su omisión; el consentimiento es, en este sentido, "univalente".

De este modo de la justificación moral de un gobierno y de sus leyes sobre la base del consentimiento expresado a través del voto, se podría inferir la conclusión de que el voto debe ser voluntario y que no puede ser objeto de presiones, mucho menos a través de penas. La institución del voto obligatorio haría perder virtualidad a ese voto como expresión de consentimiento, y de este modo privaría al gobierno democrático de una de sus justificaciones más plausibles.

Sin embargo, esta justificación del gobierno democrático es absolutamente falaz, por un inconveniente que, no obstante ser obvio, no ha sido advertido por los defensores de esta tesis: para que un acto sea expresión de consentimiento respecto de una obligación que es consecuencia de aquél, la obligación no debe seguirse si el acto no es realizado. Si de cualquier modo la gente tuviera obligación de pagar impuestos, no podría sostenerse que se consiente en pagarlos cuando se presente la declaración jurada. Esto quiere decir que para que, a través del voto, se pueda consentir la obligación de obedecer a un gobierno y sus leyes, la abstención de votar debería implicar que uno queda liberado de esa obligación. Es, precisamente, por ello que se requiere que el voto sea voluntario; si vota o no vota uno queda obligado a obedecer al gobierno, poco importa, a los efectos de justificar esa obligación, que el voto sea forzado. No obstante, es obviamente imposible, salvo desde una perspectiva anarquista, que esa condición se satisfaga: si la abstención electoral implicara que se está liberado de obedecer las leyes que surgen del respecti-

vo proceso, todo aquel que deseara verse libre de un cierto gobierno o de sus leyes se abstendría simplemente de votar.

Esto muestra, creo yo, que el consentimiento expresado a través del voto no puede constituir una base adecuada para justificar a un gobierno democrático y a la obligación de obedecerlo. Por lo tanto, la necesidad de contar con esa justificación no puede fundamentar la voluntariedad del voto.

3 - En otro trabajo (4) he intentado justificar la forma democrática del gobierno no sobre la base del consentimiento o algún otro enfoque tradicional, sino recurriendo al fundamento de que la democracia tiene un valor epistemológico como mecanismo para acceder a soluciones moralmente válidas. La idea es que, para resumirla muy apretadamente, un principio moral es válido en tanto y en cuanto sea aceptado por todos en condiciones ideales de racionalidad, conocimiento e imparcialidad. La discusión amplia y la decisión mayoritaria que son inherentes al procedimiento democrático maximizan la satisfacción de esas condiciones ideales, ya que promueven la rectificación de errores de razonamiento, incrementan el conocimiento y, en especial, favorecen la imparcialidad al ampliar el conocimiento de los intereses involucrados y al determinar que las soluciones adoptadas sean las apoyadas por más gente con intereses divergentes. Un presupuesto importante de la hipótesis que sostiene que la imparcialidad se maximiza cuanto más gente apoya una cierta solución es el de que nadie conoce mejor sus intereses que el propio titular de ellos, sea por razones lógicas, epistemológicas o psicológicas (5).

Si esta justificación de la democracia fuera plausible de ella se inferiría que cuanto más gente involucrada participe en el proceso de discusión y de decisión más probabilidad hay que este se acerque al ideal de imparcialidad y que el resultado del proceso sea moralmente correcto.

¿Provee esto una razón para justificar medidas que estimulen, aun recurriendo a la coerción, la participación en el procedimiento democrático, como es la obligatoriedad del voto? No parece que haya un derecho genérico de emplear la coacción para acceder a la verdad moral; todo depende del tipo de principio cuya validez se desea conocer con el fin de ponerlo en práctica. En otras palabras, el derecho a llegar a una decisión moralmente correcta es subsidiario del derecho a imponer esa decisión.

En la situación que estamos analizando si, por la abstención electoral de cierta gente, se llega a una decisión moralmente incorrecta, ello es porque se desatiende los intereses de esa gente. Esto significa que la compulsión para que ellos participen en el proceso democrático estaría dirigida, en última instancia, a preservar los intereses de quienes se abstendrían de votar si no fuera por esa compulsión.

Ahora bien, puestas así las cosas aparece inmediatamente el segundo argumento que quiero discutir, un argumento que no apoya directamente la voluntariedad del voto, como lo hace el argumento fundado en consentimien-

to, sino que lo hace indirectamente al pretender descalificar lo que aparece como principal razón (bajo la justificación de la democracia expuesta) para apoyar la obligatoriedad del voto: si esa razón es que así se preservan mejor los intereses de los propios votantes, la réplica que evidentemente corresponde es que el uso de la coerción para proteger los intereses de la gente contra sus propias acciones (u omisiones) voluntarias es una medida antiliberal que infringe el principio de autonomía personal, ya que impide que los individuos determinen libremente cuáles son sus intereses y cómo protegerlos en función de su propio plan de vida.

La posición antiliberal que sostiene que es misión del Estado determinar cuáles son los intereses legítimos de la gente y la forma de defenderlos aun contra los actos voluntarios de sus titulares, se suele denominar perfeccionismo.

¿Es correcto sostener que toda medida que protege los intereses de los individuos contra sus propios actos es de índole perfeccionista? No; hay un estrecho espacio para medidas que responden a un paternalismo no perfeccionista y que son, por ende, compatibles con el principio liberal de autonomía personal: ellas son, en primer lugar, las medidas tendientes a superar las agresiones a que los individuos pueden someter sus intereses auténticos (es decir, subjetivamente adoptados), debido a factores como ignorancia, compulsión o perturbación mental. Esto es lo que justifica, por ejemplo, que el Estado patrocine campañas de difusión sobre los males del tabaco o que la policía impida que un demente se dañe a sí mismo.

Pero es claro que este tipo de situaciones no abarcan la abstención electoral, ya que difícilmente alguien deja de votar por algún error de información, compulsión y locura. ¿Quiere decir esto que no hay posibilidad de justificar la obligatoriedad del voto como una medida paternalista pero no perfeccionista y que la objeción basada en el principio de autonomía personal es, al fin y al cabo, fundada?

Creo que la respuesta debe ser, sin embargo, negativa. La cuestión es que hay una segunda clase de medidas paternalistas que no están dirigidas a superar factores que afectan la voluntariedad del acto que lesiona los propios intereses del agente. ¿Es esto posible? ¿Hay margen para un paternalismo no perfeccionista dirigido a impedir actos voluntarios del agente que afectan sus intereses? ¿No será el caso que aquí se está introduciendo una visión perfeccionista atribuyéndole al individuo intereses que no ha adoptado subjetivamente?

Creo que, efectivamente, hay tal espacio para una injerencia no perfeccionista con actos voluntarios gracias a la presencia de situaciones sociales que responden a una peculiar estructura, la estructura conocida en el campo de la teoría de las decisiones colectivas como "el dilema de los prisioneros" (6). Para exponerlo en forma sumamente sintética, el dilema de los prisioneros

original es una situación ficticia en que dos prisioneros, que están incomunicados, enfrentan las siguientes opciones: si ninguno de los dos confiesa sólo se le podría probar un delito menor y recibirían dos años de prisión cada uno; si uno confiesa, acusando al otro, quien no confiesa, el que lo hace quedará libre y el que no recibirá diez años de prisión; si los dos confiesan cada uno recibirá 5 años. El rasgo extraordinario de este dilema es que si bien los dos prisioneros estarían mejor no confesando que confesando, consideraciones racionales de auto-interés los llevarán a confesar. Esto es así porque cada uno razona que él estará mejor si confiesa que si no lo hace, cualquiera sea lo que haga el otro: libre en lugar de padecer dos años de prisión; si el otro prisionero confiesa, es indispensable que él también lo haga, puesto que así tendrá cinco años en lugar de diez. Es más, dado que cada uno sabe que el otro es tan racional como él, inferirá que el otro llegará a la misma conclusión que él, lo que refuerza la decisión de confesar. Lo extraordinario del caso es que si, en lugar de ser egoístas racionales, los prisioneros fueran altruistas y pensarán también en las consecuencias para el otro (buscando la suma mínima de años de prisión), decidiría no confesar, con lo que ambos saldrían beneficiados.

Esta es una situación ficticia, pero tiene una estructura que subyace a muchas situaciones de la vida cotidiana. Por ejemplo, las decisiones de los comerciantes de aumentar o no los precios frente a una situación de inflación tiene la misma estructura: la conclusión racional de un comerciante egoísta es que debe aumentar los precios, cualquiera sea el comportamiento del resto, ya que, en todo caso, él estará mejor que como estaría si no los aumentara, aunque una vez que este comportamiento se generaliza, desencadenando más inflación, todos están peor. Lo mismo ocurre con otras situaciones como la que se presenta en el tráfico ante la decisión de cumplir o no las reglas cuando no hay probabilidad de sanciones.

Las únicas formas de salir de estas situaciones dilemáticas y cubrir la censura entre la racionalidad colectiva y la individualidad es mediante el altruismo, como vimos, o mediante una coacción externa.

Si no se confía solamente en un altruismo generalizado, es racional para quienes se encuentran en este tipo de situaciones aprobar el uso de la coacción sobre uno mismo y sobre los demás en defensa de los propios intereses. Este es un paternalismo no perfeccionista, ya que está dirigido a preservar los intereses que los individuos adoptan subjetivamente.

¿Es este paternalismo compatible con la autonomía personal, el que justifica esquemas coercitivos como la afiliación obligatoria a un sindicato, el descuento previsional y el aporte forzoso a obras sociales? Todos (o casi todos) están mejor si estos esquemas existen, pero ellos no existirían si el unirse o no a ellos, fuera dejado a la voluntad de cada uno: la decisión racional sería no afiliarse o no aportar, cualquier cosa sea lo que decidieran los demás, y más aún si se infiere que los demás no van a afiliarse o a aportar.

Exactamente lo mismo ocurre con la obligatoriedad del voto. Si ella contribuye a una generalizada participación electoral tiene el resultado, como vimos, de una aproximación al ideal de imparcialidad, por vía de tomar en cuenta los intereses de los involucrados. Esto va en beneficio directo de aquellos que, de otro modo, no votarían. En verdad, si el voto no fuera obligatorio o no hubiera otro tipo de incentivos, sería dudosamente racional, desde un punto de vista auto-interesado, incurrir en la molestia de participar en los comicios, habida cuenta de la ínfima incidencia de cada voto individual en el resultado final y de los costos a veces no irrisorios (sobre todo para la gente más pobre) de esa participación. Por cierto que si un cierto sector social se viera especialmente desalentado a concurrir a votar, esto reforzaría circularmente ese desaliento, ya que cada individuo de ese sector debe pensar que los otros miembros no irán a votar, su posibilidad de influir en la elección de un partido que lo represente es todavía menor. Hay que tomar, además, en cuenta que, como dije, cuando este proceso se acentúa, el estímulo para la apatía de ciertos sectores sociales es todavía mayor debido al hecho de que la poca participación del sector hace que no se les ofrezcan opciones atractivas.

Estas consideraciones proveen, creo, una descalificación del argumento en contra de la obligatoriedad del voto basado en la autonomía personal, mostrando que ella implica una medida paternalista compatible con una concepción liberal de la sociedad.

4 - En esta nota he tratado de rechazar el argumento a favor del voto voluntario basado en una justificación consensual del gobierno y sus leyes y he pretendido dar un argumento en favor de la obligatoriedad del voto, fundado en un ejercicio legítimo del paternalismo.

Por cierto que esto no agota los argumentos a favor y en contra de una y otra alternativa. El que la cuestión sea más discutible que la universalidad y el secreto del voto justifica la posición del dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia (7) de que la obligatoriedad del voto no debe tener rango constitucional aunque sí, de acuerdo a la posición defendida aquí, debe ser objeto de reconocimiento legal. Esto responde a una concepción general de que una Constitución debe absorber las cuestiones menos controvertibles —como son los presupuestos mismos del sistema democrático— y que debe dejar el resto para el juego de la discusión y de la decisión mayoritaria en la sanción de las leyes, con la esperanza de que ello produzca resultados que se aproximen a lo que es moralmente correcto.

Por cierto que deben también atenderse argumentos de índole consecuencialista, como el que vimos relativo a una posible conexión entre una gran participación electoral y la inestabilidad institucional. Pero esos argumentos deben, en todo caso, analizarse en el contexto de otros de la misma índole, como la consideración no desdeñable de que una amplia participación política

suele promover un cierto sentimiento de identificación con la comunidad y sus instituciones y fortalecer, por consiguiente, la cohesión social. Dada la posible indeterminación del resultado de sopesar estos efectos, pienso que deberían prevalecer por ahora las razones como las que se ofrecen en esta nota que favorecen mantener la obligatoriedad del voto.

#### NOTAS

- (1) Darío Canton: El sufragio universal como agente de movilización documento de trabajo N° 19 Instituto Di Tella, Centro de Investigaciones Sociales.
- (2) Ver sobre este tema Carlos S. Nino: Los límites de la responsabilidad penal, Ed. Astrea, Bs.As., 1980, pág. 218 y sigs.
- (3) Ver Carlos S. Nino: La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el Valor epistemológico de la democracia, Análisis Filosófico Vol. VI, N° 2, noviembre 1986.
- (4) Idem, pág. 77 y sigs.
- (5) Ver Robert Dahl: Ponencia en el Congreso sobre la democracia, Santiago de Chile, 1985.
- (6) Verlo, por ejemplo, en C. Dyke, Filosofía de la economía.
- (7) Ver Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la Consolidación de la Democracia, EUDEBA, 1986. Esta afirmación es criticada por Alberto García Lema en Revista El Derecho N° 6743 del 22 de mayo de 1987.

# INDICE

<b>PROLOGO</b>	7
<b>MIEMBROS DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACION DE LA DEMOCRACIA</b>	9
<b>I. INTRODUCCION</b>	11
<b>Las reformas al régimen presidencialista</b>	11
1.1 Consideraciones Generales	11
1.1.1 Los focos de problemas del sistema presidencialista	12
I Problemas relativos a la canalización de tensiones políticas.	
II Problemas relativos a la personalización del poder.	
III Problemas relativos a las relaciones entre los poderes del Estado.	
IV Problemas relativos a la formación de coaliciones o convergencias multipartidarias.	
1.1.2 La fisonomía general del sistema mixto propuesto.	21
<b>II. PODER EJECUTIVO</b>	
<b>1. Atribuciones del Presidente y del Primer Ministro Gobierno Nacional.</b>	27
A. Atribuciones privativas del Presidente.	
B. Atribuciones del Presidente que ejerce con refrendo del Primer Ministro.	
C. Atribuciones privativas del Primer Ministro.	
D. Atribuciones de los Ministros.	
E. Consejo de Ministros.	
<b>2. La potestad reglamentaria.</b>	32
<b>3. Función colegislativa.</b>	37
1- Iniciativa	
2- Veto	
3- Promulgación	
<b>4. El sistema semipresidencialista y los poderes militares</b>	40
- Poderes militares	
- Distribución de estas facultades entre los titulares del Poder Ejecutivo.	
- Líneas de autoridad y nombramientos militares.	
- Política de Defensa.	
<b>III. PODER LEGISLATIVO</b>	45
- El Senado y el federalismo.	47
- Pedido de urgente tratamiento. Aprobación en comisiones.	48
- Delegación legislativa.	49
<b>IV. PODER JUDICIAL</b>	51
a) Writ of certiorari.	51
b) Stare decisis con respecto a la sentencia de la Corte Suprema.	52
<b>V. CONFLICTO ENTRE PODERES Y CONTROL CONSTITUCIONAL</b>	55
I Fundamentación.	55
- El Consejo Constitucional.	

II Competencia.	59		
III Legitimación activa.	61		
IV Composición.	61		
V Vinculación con la Corte Suprema.	61		
<b>VI. TRATADOS INTERNACIONALES</b>			
1- Tratados internacionales.	63		
2- Tratados internacionales. Ley Federal.	65		
3- Tratados.	66		
4- Tratados ejecutivos.	67		
5- Delegación competencias.	68		
<b>VII. PARTE DOCTRINARIA</b>			
1 Modificaciones al artículo 5to.	71		
2 Artículo 16.	72		
- <i>Reserva del consejero Oscar Puiggros.</i>	73		
<b>SINTESIS DEL DICTAMEN</b>			
<b>Introducción.</b>	75		
1) Reformas al régimen presidencialista.	75		
2) Focos de problemas del sistema presidencialista.			
1.1.2 La fisonomía general del sistema mixto propuesto.			
<b>Poder Ejecutivo</b>	79		
- La potestad reglamentaria.			
- Función colegislativa.			
- El sistema presidencialista y los poderes militares.			
<b>Poder Legislativo</b>	83		
- El Senado y el Federalismo.			
- Delegación legislativa.			
<b>Poder Judicial</b>	84		
<b>Consejo Constitucional</b>	85		
<b>SINTESIS EN INGLES</b>	87		
<b>ANEXO I</b>			
- <b>Poder Ejecutivo.</b>	95		
A- El régimen semipresidencialista en la Constitución del Perú	95		
B- El semipresidencialismo. Fines.	97		
- El Parlamento			
- Funciones			
- Elección y poderes del Presidente			
- Consejo de Estado.			
C- El régimen semipresidencial en la Constitución portuguesa	99		
<b>Poderes Militares</b>	102		
Experiencias comparadas.	102		
1) Regímenes semipresidencialistas	102		
- Austria			
- Finlandia			
- Francia			
2) Regímenes parlamentarios.	103		
- Alemania Federal			
- India			
- España			
<b>Poder Legislativo</b>	104		
La Comisión Bozzi.	104		
		- Carácter general del proyecto de reforma.	
		- El objeto de la reforma.	
		- Conclusión	
		El nuevo parlamento italiano	108
		- Composición de las Cámaras	
		- Las funciones diferenciales	
		- Procedimientos Legislativos	
		- El Senado	
		- El Parlamento diferenciado en Italia	
		- Otras reformas	
		<b>Consejo Constitucional</b>	113
		- Alemania	
		- Italia	
		<b>Tribunal Constitucional Español</b>	116
		A) Composición	
		B) Competencia	
		C) Legitimación ante el Tribunal Constitucional	
		D) Efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional	
		- Perú	
		- Portugal	
		<b>El Ombudsman</b>	119
		<b>COMENTARIOS AL SEGUNDO DICTAMEN SOBRE REFORMA CONSTITUCIONAL</b>	121
		FUNDAMENTOS Y RAZONES DE LA NECESIDAD DE LA REFORMA DE LA CONSTITUCION <i>por Jorge Reinaldo Vanossi</i>	121
		EL NUEVO DERECHO PUBLICO PROVINCIAL, <i>por Pedro Frías</i>	145
		REFORMA CONSTITUCIONAL (I): RELACIONES IGLESIA-ESTADO. PRIMER MINISTRO Y REELECCION PRESIDENCIAL. PROCESO LEGISFERANTE. SITUACIONES DE EMERGENCIA. <i>por Néstor Pedro Sagüés</i>	156
		REFORMA CONSTITUCIONAL (II): EL PODER JUDICIAL, <i>por Néstor Pedro Sagüés.</i>	165
		EL DERECHO CONSTITUCIONAL ECONOMICO Y LA REFORMA DE LA CONSTITUCION, <i>por Héctor Masnatta</i>	179
		FACTIBILIDAD Y EFICACIA DE LA REVISION Y REFORMA CONSTITUCIONAL, <i>por Antonio Jesús Ríos</i>	190
		LA IGUALDAD Y LOS LIMITES DE LA DEMOCRACIA MODERNA, <i>por Roberto Gargarella y Marcelo Alegre</i>	195
		LOS DERECHOS SOCIALES - LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD, <i>por Miguel M. Padilla</i>	198
		DEMOCRACIA, REFORMA Y CAMBIO SOCIAL, <i>por Lic. Jorge Mayer</i>	204
		DEL BICAMERALISMO PERFECTO AL BICAMERALISMO DIFERENCIADO, <i>por Miguel Angel De Dios</i>	208
		PROPUESTAS PARA INCORPORAR CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO EN UNA EVENTUAL REFORMA DE LA CONSTITUCION, <i>por Germán J. Bidart Campos</i>	211
		LA TRANSICION DEMOCRATICA EXIGE UN DEBATE CONSTITUCIONAL, <i>por Juan Carlos Portantiero</i>	214
		EL VOTO OBLIGATORIO, <i>por Carlos Santiago Nino</i>	219

Realización gráfica  
Editores Cuatro  
Cerrito 1136 - 1010 Buenos Aires  
República Argentina