

LOS «RIFIRRAFES» CONSTITUCIONALES DE LA DÉCADA PASADA

Por JORGE REINALDO VANOSI*

ABSTRACT

The article explains how the process of constitutional reform in Argentina between 1993 and 1994 has been visualised and conceptualised. Questioning the scope of this institutional change leads the author to conclude that the process was more an electoral than a full-fledged constitutional reform. He focuses on evaluating the constitution ten years after the reform, describing the progressive erosion of 'institutional quality' in Argentina. Although one of the possible outlooks he sees for the future is a new across-the-board reform, the author argues that what is really needed is the enforcement of compliance with the current constitution and to approve the reforms that the law established but that have not yet been passed.

Key words: Constitutional law, constitutional reform.

RESUMEN

El autor explica en este artículo cómo se ha visualizado y conceptualizado el proceso de reforma constitucional experimentado por Argentina entre 1993 y 1994. Al cuestionarse sobre los alcances de dicho cambio institucional llega a la conclusión que más que una reforma constitucional se trató tan sólo de una reforma electoral. Deteniéndose en la valoración de la Constitución a diez años de distancia de la reforma, se señala la progresiva erosión de la «calidad institucional» argentina, ante lo cual una de las perspectivas posibles de futuro está representada por una nueva reforma, aun cuando para el autor, más allá de esta posibilidad, lo que es realmente necesario es concretar el cumplimiento de la Constitución y realizar las reformas que por ley hay que llevar a cabo y que todavía se encuentran pendientes.

Palabras clave: Derecho constitucional. Reforma constitucional.

* Profesor Titular (Catedrático) de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires. Ex-Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la República Argentina.

I. Este trabajo es simplemente una reflexión en voz alta, en torno a los diez años de la reforma de la Constitución. Además, se refiere a lo que se puede avizorar acerca del futuro del texto constitucional vigente. ¿Será o no un «rifirrafe»¹?

No voy a hacer la historia de la reforma, ya conocida por todos, ni rememorar las vicisitudes que fueron su prolegómeno (el denominado «pacto de Olivos»). Tan sólo recordar algunos hechos puntuales, porque de ellos se infieren ciertas consecuencias que, todavía hoy, están presentes en este proceso de vigencia de la Constitución reformada.

Cuando se planteó el tema de la reforma, apareció, con una connotación muy particular, la cuestión de la reelección del presidente en ejercicio. Anteriormente, el Consejo para la Consolidación de la Democracia se había expedido en dictámenes que abarcaban no sólo ese asunto, sino también otros aspectos, como la política electoral, la reforma del Estado, etcétera. Pero, en esa oportunidad, hubo una declaración expresa y formal del presidente en ejercicio, doctor Raúl Alfonsín, con carta documentada, en la cual se exceptuaba de cualquier beneficio que pudiera implicar la modificación del sistema presidencial o de elección presidencial.

Existía el precedente de la reforma de 1949, cuando la reelección había sido su verdadero *leit motiv*. Esto recuerda un poco a Orwell, que escribe el libro «1984» en 1948, invirtiendo los dos números. Orwell hace una anticipación hipotética de cómo iba a ser el mundo cuando se llegara a esa fecha. Del mismo modo, el 49 invertido es 94. Es decir, en la última reforma tuvimos una segunda edición «bis» del tema reeleccionista, con algunas modalidades parecidas y otras distintas. En 1949, hasta el último momento, el presidente Perón se había manifestado en contra de la reelección. Inclusive realizó una declaración pública ampliamente difundida, casi una manifestación oficial como titular del ejecutivo, donde rechazaba la posibilidad de reelección. Además, advertía los graves peligros y amenazas que significaban para la salud del sistema una reelección presidencial.

El presidente de esa Convención Reformadora, y gobernador de la provincia de Buenos Aires, el Coronel Mercante, interpretó al pie de la letra las expresiones de Perón, lo que le costó el puesto. Porque, en realidad, se declaraba una cosa pero se hacía un guiño en favor de la reelección. Entonces, efectivamente, la reelección se incorporó a la reforma. En las elecciones del 11 de noviembre de 1951 el presidente fue reelecto.

En 1994 la situación era complicada. El oficialismo proclamaba abiertamente la necesidad de la reforma para la reelección. Pero la dificultad

¹ De acuerdo al *Diccionario de la Lengua Española*, esa expresión alude a una «contienda o bulla ligera y sin trascendencia» (Real Academia Española, vigésima primera edición).

surgía con aquellos partidarios de la reforma que no estaban dispuestos a consentirla en función de un objetivo puramente reeleccionista, y aún menos para el presidente en ejercicio en ese momento. De este modo, estaba muy dividido el frente de los opositores a la reforma, que no obedecían a una determinada y única causa. Por ejemplo, estaban aquellos que siempre se opusieron a la reforma de la Constitución histórica de 1853-60. No admitían, y muchos todavía hoy tampoco lo hacen, ninguna reforma, ya sea por motivos electorales o por otras razones que se plantean. Es una posición respetable, que se puede compartir o no. Esa gente era coherente con su postura.

Otro sector de la doctrina, y también del ámbito político y legislativo, había sido siempre partidario de algunas reformas de la Constitución de 1853-60. Sin cambiarle la filiación al sistema y los lineamientos generales, proponían tratar de «aggiornar» y de mejorar algunos aspectos, que requerían retoques por razones de funcionalidad.

El primer presidente que elevó por vía del ministerio del interior al Congreso un proyecto en ese sentido fue Marcelo T. de Alvear, que no pensaba en la reelección. Ésta tampoco se encontraba entre los temas que en el mensaje firmó Nicolás Matienzo, gran constitucionalista, ministro del interior, y quizás uno de los autores de mayor jerarquía que tuvo el derecho constitucional argentino.

También estaban aquellos que eran partidarios de la reelección «a la americana», es decir, por cuatro años. Pero no querían que se aplicara en beneficio de un presidente en ejercicio que iba a desplegar toda la presión imaginable para que se produjera esa reforma y, luego, beneficiarse a través de la oportunidad que su aplicación inmediata le permitiera continuar en el poder.

Aunque hay otros matices, de este modo queda expresada la complejidad de las posturas y de las actitudes.

A esa altura de las cosas, el «edecán mental» del Poder Ejecutivo, que era el muy lúcido diputado Francisco Durañona y Vedia, pergeñó una propuesta de ley reglamentaria del artículo 30 de la Constitución. Su objetivo era lograr la aprobación de una ley interpretativa (lo cual era muy factible ya que el oficialismo tenía mayoría en ambas cámaras) para superar el escollo de 1949 (que luego motivó la anulación) sobre cómo se interpretaban los dos tercios: ¿de los miembros de ambas Cámaras o de los legisladores presentes? Eso fue lo que ocurrió en 1949, cuando no contaban con los dos tercios de los miembros que componían la Cámara de Diputados de la Nación.

Cuando aparece este proyecto de ley, muchos de los opositores a la reforma advierten que ésta se produciría de todas formas; es decir, que se iba a consumir, por ortodoxia o por heterodoxia, a favor del reeleccionismo. Como éste parecía imparable, en consecuencia, había que negociar.

Esa fue la postura que tomó Alfonsín, entrando en negociaciones con el presidente Menem. La contraprestación de conceder la reelección presidencial radicaba en una reforma bastante profunda de la Constitución, que permitiera (este fue el pretexto que se dio) morigerar el presidencialismo e ir a un sistema semi-presidencialista, casi parlamentario, con la figura de un jefe de gabinete. Se buscaba otro tipo de equilibrio que permitiera poner fin al «cesarismo» con que se manejaba el poder ejecutivo de entonces, pensando principalmente en el abuso de los decretos de necesidad y urgencia que el presidente Menem había dictado hasta ese momento.

Un matutino de un lunes a la mañana anunció «el pacto», cuando, hasta el viernes a la noche, la posición pública de Alfonsín, así como la de muchos otros sectores políticos, era de un rotundo «no» a la reforma.

Se llega a la Convención con un cierto tipo de proscripción interna en el principal partido de oposición, luego de firmado «el pacto» y aprobado el «núcleo de coincidencias básicas» por las autoridades de los partidos políticos mayoritarios: el justicialismo y el radicalismo. Dentro de éste último se dicta una disposición por la cual las juntas electorales de los distritos no podían oficializar ninguna lista de candidatos que no prestara expresa adhesión formal al «núcleo de coincidencias básicas». Este núcleo había sido denunciado como un «container», es decir, una cosa cerrada, ante la que había que decir sí o no. En virtud de esto fueron proscriptas algunas listas, especialmente en la Capital Federal. Allí la proscripción fue muy grosera, pero hizo posible que un sector minoritario que era el partidario de acordar la reforma, concurriera al comicio y se sentara en los escaños del Paraninfo de la Universidad del Litoral.

Pero ya puestos en la tarea, una vez aprobado el «núcleo de coincidencias básicas», el Reglamento fue lo que originó mayores debates. Esto mismo había ocurrido con la cuestión religiosa en 1853, que llegó a ocupar los dos tercios de las sesiones. De este modo se hace patente cómo bajamos de nivel a medida que pasan los siglos (*sic*).

Tras los cuestionamientos que había tenido el tema del reeleccionismo, era menester una base de legitimidad mucho más amplia de la que podían dar los reeleccionistas. En consecuencia, había que comprometer a más sectores para que no ocurriera con esta Constitución lo que había ocurrido con la de 1949. Ese antecedente de reforma es importante porque no tuvo mayor legitimidad que la otorgada por el partido que la votó, ya que la actitud de Lebenshon llevó al retiro de la oposición y al cuestionamiento por la violación del artículo 30 en cuanto a la mayoría requerida para declarar por el Congreso la necesidad de la reforma constitucional.

Esto explica la gran cantidad de acuerdos que se traducen en disposiciones transaccionales, presentes en el texto de la Constitución, que son en la actualidad todavía materia de discusión. Resultan opinables por su

contenido en sí mismo, por su interpretación o por los efectos que pueden causar o que ya han causado. Voy a dar ejemplos: en esa convención de 1994, estuvieron sentados un número muy elevado de gobernadores y vicegobernadores de provincia, empezando por la de Buenos Aires. Una de las demandas de los gobernadores fue la «ley de coparticipación federal», que da lugar a ese largo inciso 2 del artículo 75. De este inciso resultan dos cosas. Primero, que esa ley se va a iniciar por el Senado y no por la Cámara de Diputados. Si bien la ley de coparticipación federal no crea contribuciones, la ley de presupuesto tampoco lo hace. Sin embargo, la tradición siempre ha sido que se inicie por la Cámara de Diputados, porque hay que «estimar» los recursos en la ley de presupuesto. Esa tradición proviene de 1628, en Inglaterra, cuando la cámara de los Comunes prevalece sobre la cámara de los Lores. Se decide que todo lo vinculado con contribuciones y reclutamientos de tropas se iniciará en diputados, que es el antecedente de nuestro viejo ex-artículo 44 de la Constitución (hoy art. 52, según texto de 1994).

Pero, en segundo lugar, la ley de coparticipación, que lleva diez años, requiere la aprobación de todas las provincias. O sea, que además de ser sancionada por una mayoría especial, debe ser iniciada por el Senado, donde está representada la autonomía de las provincias, y también necesita que después sea aprobada por las provincias. Sin embargo, esto es una nota propia de la Confederación, y no del estado federal, que está adoptado en el artículo 1 de la Constitución, cuando nuestra forma de gobierno es representativa, republicana y federal. Tenemos una forma de estado federal, donde no hay «derecho de nulificación», y todavía menos de «secesión». En cambio, en las confederaciones existe derecho de nulificación. El inciso implica reconocerle a cualquiera de las provincias ese derecho, sin tomar en cuenta la población, el territorio, la riqueza, la contribución al producto bruto, la capacidad impositiva, etc.

Por eso, no hay «ley de coparticipación» y llevamos una década violando la Constitución. Y no la va a haber. En consecuencia, se ha sancionado la «ley de responsabilidad fiscal», afectando a las provincias más que al gobierno central. Porque el ministro de Economía lo necesitaba. En la mesa de negociaciones con los acreedores y los organismos internacionales, está expresamente exigido el cumplimiento de la Constitución Nacional con la «ley de coparticipación federal». Roberto Lavagna no podía ir a ninguna reunión exitosa hasta que no estuviera sancionada esa ley. Así salió la «ley de responsabilidad fiscal», porque no se podía abandonar a un ministro, que estaba negociando en muy malas condiciones debido a la situación del país, un tema tan delicado como la deuda externa. Victorino de la Plaza, enviado por Pellegrini, necesitó 15 años, en Londres, para terminar con el viejo problema de la Baring Brothers. De tal modo que en general había que votarla a favor. En particular, por otro lado, no sólo

es torniquete para las provincias, sino también para el gobierno central, que en definitiva es el que más gasta.

Estamos sufriendo las consecuencias de la concesión exagerada, desde mi punto de vista, que se hizo en Santa Fe. También hubo otra, como el caso del art. 124, aunque es susceptible de menos daño ya que puede ser reglamentada: es la potestad de celebrar tratados y convenios internacionales por parte de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Pero no hay que olvidarse que por la Convención de Viena, que es ley suprema de la Nación, según su artículo 27, ningún estado puede dimitir o invocar vicios de derecho público interno para sustraerse al cumplimiento de un tratado, un convenio o un acuerdo internacional. El estado central es el que responde si hay responsabilidad material, si hay que indemnizar o reparar. De este modo, esa ley (Ley N° 19.865), llamada «el tratado de los tratados», elimina a las provincias como responsables y concentra la responsabilidad sobre el Estado Nacional. Supongamos, y puede ocurrir, que una provincia entra en cesación de pagos: el estado nacional tiene que afrontar ese default ante los acreedores. Aunque se haga alguna aclaración o reserva en el sentido de que no afecte determinadas cuestiones, en la medida que eso no se ha reglamentado es factible que suceda cualquier cosa. Por eso, la Consejería Legal consultó respecto a qué hacer con el 124. Le contestaron —y por mi parte así lo hice— que había que reglamentarlo por una ley del Congreso. Pero el proyecto nunca fue enviado al Ejecutivo, ni fue tratado por el Congreso. Tampoco se trató la posibilidad de advertir si el gobierno central percibe que alguna provincia incurre, con motivo de la firma de un convenio o tratado, que esté en trance de crear una situación muy grave para el desequilibrio financiero del país. En definitiva, se encargarían de pagar todos los habitantes. La cláusula no es operativa, y, mientras no sea reglamentada, no puede hacerse uso de ella en la forma discrecional que nos permite actualmente hacerlo. Bastan esos dos botones como ejemplo con respecto a las concesiones a los gobernadores.

En cuanto a las concesiones al sector político, tenemos el ejemplo del tercer senador. Este tema no fue un invento de quien se supone que lo hizo. Existía en el país con la enmienda de 1972, que no posee ninguna legitimidad porque había sido aprobada por un gobierno de facto, pero tenía efectividad. El Congreso elegido en 1973, y disuelto por el golpe de estado de 1976, se eligió como disponía la Enmienda de 1972. Entonces, el Senado tenía tres senadores por provincia y por la capital federal. Dos representaban a la mayoría y uno a la minoría. Aunque no era un invento de ese momento, significaba una concesión al sector político, con el argumento de evitar que hubiera un Senado unánime. Esa situación suponía que podía darse el caso de un partido que ganara todas las provincias. Hubo un Senado unánime en dos oportunidades: en 1946, cuando

a los dos senadores opositores, elegidos por Corrientes, no les aprobaron el diploma y nunca los dejaron incorporar; y en 1958, cuando gana Frondizi en virtud de otro pacto (celebrado en Caracas) y hubo Senado unánime hasta que Alfredo Palacios rompe la unanimidad en la elección de marzo de 1961, entrando como único opositor.

Pero también el sector político recibió, para otra fracción, algo que era un regalo: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del artículo 129. En realidad, la máxima pretensión de los porteños siempre había sido el Intendente electivo; o sea un jefe de gobierno elegido por el pueblo, del mismo modo que era elegido el Consejo Deliberante. Pero esto no requería la reforma de la Constitución, pese a que algunos sostenían que era inconstitucional. Un gran debate se dio en el año 1916, en la Cámara de Diputados, con las notables figuras que había en aquel momento en el Congreso. En 1917 se debatió en el Senado, donde por un voto no se aprobó la elección directa. Había tres posturas: elección directa, mantener el sistema con designación presidencial o que lo eligiera el Consejo Deliberante (es decir una elección de segundo grado). Ese proyecto de elección directa fue reiterado en 1987 por quien esto escribe. Dio lugar a un gran debate en la Cámara de Diputados, y se aprobó con el voto inclusive del justicialismo. El ex presidente de la república, Italo Luder, votó a favor y escribió un artículo en «Clarín» demostrando la constitucionalidad de la elección directa de jefe de gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Pero, llegado al Senado, ese proyecto no se aprobó porque algunos conjeturaron que iban a ganar en 1989. Se «guardaron» la potestad de designar al Intendente, porque calcularon que el pueblo no votaría a ese mismo partido en la Ciudad de Buenos Aires.

El artículo 129 salió con algunos desperfectos porque, si bien dice que la Ciudad va a tener autonomía en lo administrativo, en lo legislativo y en lo jurisdiccional, en muchos artículos se agregó a la mención del estado nacional y de las provincias, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (que no es una provincia, sino que viene a ser una ciudad-estado). Pero se olvidaron, por ejemplo, del viejo inciso 11, en el artículo 67, que es ahora el inciso 12 del art. 75, donde se habla de la aplicación de los códigos. Pero ese inciso (que fue reformado en dos partes más, o sea que no pasó desapercibido para los constituyentes de Santa Fe), se refiere a la aplicación de los Códigos civil, comercial, penal, minería, trabajo y seguridad social, continúa diciendo que serán aplicables por los tribunales de la nación o de las provincias: no le agregaron «y de la Ciudad de Buenos Aires». Esto abre ahora un debate respecto de si la Nación puede transferir en bloque los tribunales nacionales (que son equivalentes a los federales de la Ciudad de Buenos Aires), los fueros civil, comercial, penal, de trabajo, etcétera, a esta ciudad. Los jueces porteños se resisten, obviamente por razones corporativas (¿porque es preferible tener en la tarjeta el

escudo de la nación que el escudo de la ciudad de Buenos Aires?). Pero el problema es constitucional: el inciso no fue modificado en ese punto. Se sostiene que la ciudad de Buenos Aires puede tener una justicia correccional, de instrucción, de faltas, de minoridad; pero, en bloque, la aplicación de los códigos de fondo parece muy dudoso que se admita. Se les «pasaron» varias «gafes», pese a que les sobraron cuatro días. Los asesores y las computadoras estaban allí, todo se pudo chequear, pero no se lo hizo. La prueba está que «se les cayó» un artículo, la última parte del 77. Fue aprobado el día que se dio sanción final a la Constitución, aunque sin el párrafo final porque no lo votaron. Pero afectaba la partidocracia, ya que decía que toda reforma del régimen electoral o del sistema de partidos políticos requiere el voto de la mayoría absoluta de los miembros de ambas cámaras del Congreso. ¿Quién consigue eso, ni aún con quorum propio? ¿Entonces qué hicieron? Un poder constituido, es decir el Congreso, dicta una ley, incorporando la parte que «se había caído» al texto de la Constitución, que es promulgada. De resultas, hay dos tipos de ediciones de la Constitución: las que no contienen el 77 segunda parte; y aquellas que lo incluyen con una nota al pie, diciendo que es en virtud de la Ley N° 24.430, que, reparando la omisión del día de la aprobación final de la Constitución, incorpora lo que allí falta. Esto es tan opinable como la declaración de inconstitucionalidad de una cláusula de la Constitución, producida con el tema de los 75 años de edad de los jueces de la Corte Suprema, cuando resultaba más sencillo declarar que esa limitación no se podía aplicar a jueces que hubieran sido designados antes de establecerse ese requisito. Lo más grave es que esa cláusula, que a todos los iba a comprender cuando llegaran a cumplir los 75 años, fue anulada por los propios jueces del Tribunal en cuestión. Cuando, en 1934, ante el caso del impuesto a los réditos, los jueces de la Corte, que iban a tener que pagar ese mismo impuesto, se excusaron. La Corte de conjuces, integrada por abogados, determinó que los jueces no pagaran el impuesto a las ganancias, pero no fueron ellos que se eximieron de un requisito. Diferencias de pudor, a medida que pasan las décadas.

Queda otra transacción para mencionar, más complicada porque ha sido materia hipersensible. Es el tema de la jerarquización constitucional de los tratados, los convenios y las declaraciones de derechos humanos: inciso 22 del artículo 75 de la Constitución. Se plantean varias dudas respecto de cómo interpretar un inciso que dice que esos tratados tendrán «jerarquía constitucional» pero «en las condiciones de su validez». Entonces, si fueran aprobados con «reservas», éstas deben ser tomadas en cuenta para esa jerarquía constitucional. Si una «reserva» dice que no puede haber efecto retroactivo de las normas penales, aunque un tratado diga que puede haber retroactividad, no puede haberlo porque eso fue materia de «reserva». De este modo se obró con dos de las normas que tienen ahora

jerarquía constitucional. Además, el inc. 22 dice que no alterarán de ninguna manera la primera parte de la Constitución, donde se encuentran los derechos y las garantías. Allí se encuentra todo el escudo protector que hace a la ley penal previa, al juicio previo, a la cosa juzgada, al «non bis in idem», al efecto de la ley más benigna, etc.

¿Por qué darle jerarquía constitucional, si el mismo inciso dice que los tratados tendrán jerarquía superior a las leyes? En este punto la Corte se había anticipado en el caso Eckmedjian, y en algún voto disidente de Boffi Boggero, en su momento, y de Tomás Casares, mucho tiempo antes. O, como señaló la Constitución de Perú de Haya de la Torre: allí se incorporaron como anexo de la Constitución los tratados vinculados con los derechos humanos.

Ahora surgen complicaciones porque se han puesto en evidencia las reservas en las leyes que tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su sanción, que no alteren la primera parte de la Constitución, y que se interpreten como suplementarios de esos derechos ya consagrados, agrandando la protección pero acotando las protecciones (art. 75, inc. 22). Fue la moneda de pago para que el Frepaso se quedara en la Convención y votara todo, incluida la reelección presidencial. Con la bandera de oposición a la reforma, en lo que a la reelección se refiere, había ganado la elección en la Ciudad de Buenos Aires y en algún otro distrito. Ocurrió que el pueblo anti-reeleccionista eligió al Frepaso, y no al partido histórico tradicional, el radicalismo, que claudicando sus ideales iba a votar la reelección presidencial. Sin embargo, el Frepaso fue y consintió todo (una lección a tener en cuenta...)

Entonces, ¿cómo se visualizó y se conceptualizó este proceso de reforma en 1993 y 1994?, fue el primer interrogante que abordé en el recorrido y que intenté describir a través de las observaciones que acabo de hacer.

II. Verificamos que al cabo del tiempo, los que pensaban como hace 10 años siguen diciendo lo mismo. Y los que pensábamos de otra manera seguimos diciendo lo mismo. Muchos están arrepentidos (de la boca para adentro) y afirman ahora que fue un error, que hubo desprolijidades. De los autores propiamente dichos nadie se ha hecho cargo de reconocer, ni siquiera el primer beneficiario de esa reforma. Tal vez, todavía hoy sería el presidente y estaría terminando un segundo mandato por 12 años. Porque, si no hubiera habido reelección, podría haber ocupado otro su lugar, pero a los seis años volvía él por otro período más, sumando en total doce años. En cambio hizo seis y cuatro, o sea diez, y ahora parece que no vuelve nunca más (aunque en la Argentina no existe la categoría de los «muertos políticos», ni el verbo «renunciar» se conjuga en primera persona del singular: siempre en tercera persona y potencial).

Un segundo interrogante que se plantea: ¿Fue realmente una reforma constitucional? ¿O tan sólo una reforma electoral? Mi respuesta ha sido y sigue siendo que fue una reforma electoral. Hay cosas buenas, y otras no tanto. Muchas cuestiones importantes habían sido proyectadas con anterioridad y para ser concretadas sin necesidad de reforma, como el Intendente electivo que nos dirige. O también como el Consejo de la Magistratura, pero que solo tuviera la potestad de seleccionar los magistrados, sin el poder político que se le ha dado ahora. Posee un poder reglamentario, sancionatorio, administrador y financiero, vaciando la Corte. Y por muy poco margen —felizmente— no se creó una Corte Constitucional, quitándole a la Corte Suprema el control de constitucionalidad. En el radicalismo, esta tesis era sostenida por el Dr. Nino, que al haber fallecido no pudo estar presente y por eso no gravitó en ese tema. En el peronismo la mantiene el Dr. Masnatta. Si hubiera estado más acompañado, tal vez la Corte Suprema ya sería un tribunal común, ordinario, de tercera instancia. Se habría consumado, tanto una alteración total del modelo americano que tenemos (y debemos mantener) del control «difuso», así como también de la Corte Suprema en su rol de «intérprete final de la Constitución y guardián de todos los derechos y garantías, o paladín de la libertad», como se ha correctamente autodefinido.

Hubo también «lagunas» que llaman la atención, porque sin mayor prolijidad se procedió a último momento a revestir al Ministerio Público como cuarto poder de estado. Porque, si nos manejamos por la letra, cuando entramos en la parte Orgánica, observaremos: Título 1, Poder Legislativo; Título 2, Poder Ejecutivo; Título 3, Poder Judicial; Título 4, Ministerio Público. Pero es un «Poder» bicéfalo, pues está compuesto por el Procurador General de la Nación, a cargo del ministerio fiscal y el Defensor General de la Nación para la jefatura de los defensores. Pero también se plantean acá problemas, pues la Constitución no definió expresamente su estabilidad en los cargos, que tiene sólo rango legal. ¿Pueden eventualmente llegar a la Corte Suprema, para que dé la interpretación final? Si ocurriera lo contrario, obviamente el sistema quedaría totalmente fracturado en su integridad y en su armonía, pues no se puede concebir un poder independiente si no tiene asegurada su estabilidad.

Hay que modificar la ley del Consejo de la Magistratura, para tratar de que no sea un parlamento, como lo es actualmente con 20 miembros, para prescindir de la burocracia que tiene (y que intentan disimular). Por ejemplo, el *Jury* de Enjuiciamiento es indefendible, ya que figuran 54 funcionarios. Cuando fui Ministro de Justicia, en el primer segmento del 2002, ese órgano tenía tres causas: dos estaban sustanciadas y una en trámite. Había 74 funcionarios, la mayoría de los cuales ganaban más que un juez, un legislador o un ministro (y no les rigió un tope que los mi-

nistros tuvimos de 3000 pesos, que con descuentos eran alrededor de 2600 por mes). Aparentemente habrían eliminado 20 de esos funcionarios. Ahora afirman que van a eliminar más porque esto salió a relucir de nuevo. Hubo indignación, sobre todo en el foro de la Ciudad de Buenos Aires, porque hubiera realmente esa cantidad de funcionarios para un órgano que podría ser *ad hoc*, como es en las provincias, que se constituye cada vez que hay una acusación formal contra un magistrado, lo cual no ocurre todos los días. Entonces no tiene por qué haber un organismo permanente funcionando así, con tamaña estructura de personal.

¿Cómo se observa y valora hoy a la Constitución? La pregunta principal es: ¿a más de diez años del texto de 1994, mejoró o no la calidad de vida institucional del pueblo argentino? Porque el destinatario de la Constitución no es el Presidente que fue reelecto, ni los políticos que se puedan beneficiar con eso, ni la clase dirigente, ni los partidos, que están ahora categorizados e incluso financiados constitucionalmente (art. 38). El destinatario es el pueblo. Mi respuesta es por la negativa.

En la modesta encuesta que hago a diario, con la gente que trato, con todos los que hablo, ninguno percibe una mejora sino un empeoramiento de la «calidad institucional». Hoy las encuestas indican que en una escala de cero para arriba, los tres poderes del estado (ejecutivo, legislativo y judicial), los partidos políticos y las centrales sindicales están a menos del diez por ciento, es decir, están bajo. Y, reformulando la pregunta, respecto de la confiabilidad que les merecen tal o cual institución, hay tribunales, partidos y dirigentes políticos que están en números negativos: menos 1, 2 o 3. Porque hay encuestas que ya han incorporado los números negativos (aunque no las publiquen en esos términos).

Los que albergaron una ilusión cometieron obviamente el mismo error que los que creen en la leyenda del rey Midas, que convertía en oro todo lo que tocaba. Suponer que, cambiando la Constitución, se modifica de por sí la realidad, es una ingenuidad. Las normas no tienen el poder demiúrgico de cambiar la realidad. Son importantísimas, y más aún las de la Constitución, porque establecen la separación de los poderes, la garantía de los derechos, etc. Pero son un cauce que fija límites. Sólo el poder contiene al poder, según Montesquieu. Algunos resortes existían muy bien antes que la Constitución los institucionalizara, como el amparo. Hubo muchos más amparos antes de que hubiera ley de amparo, la cual contradice a la Constitución en el artículo 43. No se sancionó aún una nueva ley (porque la que quisieron sancionar era mucho más restrictiva que el «decreto-ley» de Onganía de diciembre de 1966). Entonces, *in extremis*, parece mejor no modificar ese decreto-ley y dejar el 43 de la Constitución. De modo tal que los jueces amparistas sean amparistas, y los no amparistas sean no amparistas. Esto podría ocurrir con otros artículos de la Constitución que, si se los reglamenta, estaríamos peor que

antes. Ocurre que las normas pueden ser más restrictivas que el espacio de garantismo que existía antes de reglamentar.

III. ¿Qué perspectivas futuras ofrece? Se podría decir que otra reforma, ya que todo está tan desprolijo. Otro «pacto de Olivos», otra transacción, otro «reparto», incorporando nuevamente más organismos a la Constitución para categorizarlos. El Defensor del Pueblo no necesitaba estar en la Constitución. El Ministerio Público fue incluido, pero se olvidaron lo fundamental para que pueda ser considerado un poder de estado con independencia. La palabra «estabilidad» en el artículo 120 no está. La tuvieron que poner en la ley reglamentaria, de modo que el Ministerio Público tiene una estabilidad relativa. Además, no se puede silenciar que el Procurador General les ha dado instrucciones a todos los fiscales para todas las cosas.

En consecuencia, no creo conveniente otra reforma constitucional. Pero, más allá de eso, es necesario concretar dos cosas: el cumplimiento de la Constitución y las reformas pendientes, que por ley hay que llevar a cabo.

El cumplimiento de la Constitución supone que, inclusive los que estuvimos en contra de la reforma, aceptamos que su vigencia prolongada por más de una década da una pauta de efectividad, por lo menos parcial, en las cláusulas que se aplican. Por eso, se la debe respetar, acatar, incluso hemos jurado en carácter de Ministro y como legisladores por este texto de la Constitución. Exigimos, entonces, que se cumpla, y en función de esto presentamos proyectos de implementación.

Pero la Constitución no se cumple. Las cláusulas de la Constitución vinculadas con la elección y la composición de los poderes, se presupone y se descuenta que son normas de «orden público»; y que el código electoral que las implementa es una norma de la *res pública*. El orden público es un mínimo jurídico indisponible e inderogable por las partes. Yo me puedo poner de acuerdo con ambas partes para una cuestión que no sea materia de orden público. Ahí rige el principio de la autonomía de la voluntad, art. 1197 del código civil: el contrato será ley para las partes. Pero yo no puedo ponerme de acuerdo con otro para sostener que el menor de edad va a ser mayor de edad o que matar a alguien no es un homicidio, sino una caricia, porque esas son normas de orden público. Las normas de la Constitución lo son, inclusive, por ejemplo, el derecho de propiedad. Mi propiedad como un bien ya adquirido puedo resignarla y regalarla, o tirarla o dejarla que la vejen. Pero la propiedad como «derecho» es también un reconocimiento como la libertad o la defensa en juicio, el debido proceso, etc.

Si vemos la última elección presidencial, recordamos que había «balotaje» previsto en la Constitución. El actual presidente salió segundo.

Obtuvo el 21 o 22 por ciento. Hay que desagrar al Dr. Arturo Illia, que en los colegios electorales, como era una elección de segundo grado, consiguió más de 60 porque lo votaron no solo los electores de su propio partido sino también los conservadores, los demócratas cristianos, los socialistas democráticos y los provinciales. Y se lo cuestionó con un argumento para derribarlo: que no tenía legitimidad. El que ganó la elección de 2003 fue el Dr. Menem, con 24 por ciento. Las normas de orden público establecían que las dos primeras fórmulas (o sea, Menem-Romero y Kirchner-Scioli) tenían que dar su conformidad de si concurrían o no a la segunda vuelta. Esto se exigió porque existían precedentes de 1973, cuando a Cámpora-Lima les faltaba fracción para llegar al 50 por ciento y Balbín-Gamond se retiraron. En ese momento, quedó la duda de si lo podían hacer o no. Por eso, la Constitución dijo que había que hacer una ratificación expresa de si se concurría o se retiraba.

Dentro del plazo legal, y siendo la norma de orden público, el Dr. Menem y el Dr. Romero dijeron que se presentaban a competir en la segunda vuelta. Vencido el plazo electoral que incluyó esa etapa procesal, la juez electoral dispuso «cúmplase»; y unos días después, la formula se retira. Silencio de la jueza electoral, silencio de la Cámara Electoral, silencio de todo el mundo. No hubo ni siquiera un «per saltum» a la Corte Suprema, que por mucho menos se hizo en el caso de Aerolíneas Argentinas a instancia del Ministro de Obras Públicas. Aquí nadie dijo nada.

¿Se cumplió o se violó la Constitución? Porque el Dr. Menem dijo que concurría a la segunda vuelta. Supongamos que la noche del sábado Menem-Romero se retiraban y a las ocho de la mañana del domingo, al abrir el comicio, había dos boletas en la mesa. ¿Que se hacía? ¿Que hacían los presidentes de mesas? ¿Cómo se hacía el escrutinio? ¿Había elección o no? ¿Se podía parar la elección un día que a lo mejor había gente que estaba viajando 400 km., que es el límite que fija la norma para cumplir el deber de votar? Quedan interrogantes para los historiadores. Pero quizás esto explique (y es la única consideración de actualidad que voy a hacer) el afán desmedido y desproporcionado de buscar la legitimidad por otros lados que no son los del comicio, a efectos de cubrir un complejo de inferioridad que se pueda tener en el ejercicio del poder por no haber obtenido la mayoría indicada por la Constitución. Tampoco era la mitad más uno de los votos, porque fue un «balotage» muy particular, como lo fue también el de 1973. No era el «balotage» inexorable, a la francesa. Si ninguno llega a la mitad más uno, van los dos primeros a la segunda vuelta y no hay «escapatoria». Hubo en la República de Weimar, pero concurrían todos los que hubieran tenido un mínimo del 10 por ciento; y así se dio un «balotage» en la segunda vuelta con tres o cuatro candidatos. El nuestro es muy original: es criollo (sic); pero hay que cumplir los Arts. 94 a 98 de la C.N.

IV. La Constitución, que es de todos, hay que cumplirla. Pero eso significa también reglamentarla y ponerla en vigencia. Y no hay voluntad política para hacerlo. Los ejemplos sobran: podríamos hacer un catálogo (lo he hecho en «Jurisprudencia Argentina» en el año 2004 y también en el diario «La Nación», que lo tituló «Sobre promesas incumplidas»: puntualizo treinta incumplimientos, pero puede haber más).

Algo más grave: no hay voluntad política para el tema fundamental, que es la reforma política. Y no hay que confundirlo con la reforma electoral, que no es la reforma constitucional, ni es exactamente la reforma del Estado. La reforma constitucional ya se hizo. La reforma electoral está pendiente y hay gran debate al respecto. Predomina una gran ignorancia respecto de las alternativas a la ley llamada de «lista sabana», un nombre inapropiado porque lo que hay es «lista bloqueada». Lista sabana es cuando después de un gobierno de facto hay que elegir absolutamente todo y, en consecuencia, se acumula una sumatoria de gran número de boletas para cubrir todos los cargos.

La lista bloqueada se toma y se deposita como está, no se puede tachar, ni subir o bajar, ni sacar nombres de una boleta y poner en otra. Es el sistema menos participativo que existe. De los países que tienen sistema D' Hondt de representación proporcional, sólo dos en el mundo lo tienen con lista bloqueada. España, donde ya les costó caro a los gobiernos de Felipe González y de Aznar. Ahora queda Argentina. Todos los demás países que tienen representación proporcional han desbloqueado la lista, ya sea con sistema de tachas, o preferencias, u otros. Italia fue la precursora. Hay literatura contemporánea abundante (incluso un argentino radicado en Italia, el profesor Antonio Martino, que tiene un libro sobre sistemas electorales, se ocupa del tema). Hay países del mundo donde a nivel local la boleta es una sola, donde figuran todos los candidatos, por orden alfabético, con el nombre del partido y el escudito partidario con la foto del candidato. El votante marca lo que quiere. Hace su boleta. ¡Tanto que se gasta saliva en hablar del participacionismo!: se reclaman más órganos de participación: «¡hay que participar!», y resulta que en el acto supremo de la participación que es la elección de los representantes del pueblo, la participación es mínima.

Nosotros hemos retrocedido. Porque la ley Sáenz Peña, con el sistema de dos tercios y un tercio, era injusta, ya que excluía las minorías que salieran terceras o cuartas; pero se podían hacer tachas y cambiar el orden dentro de la boleta. O, por ejemplo, también era posible incluir un candidato socialista en la lista radical, o radical en la lista conservadora, o un demócrata progresista en la lista socialista. Asimismo, quien estaba en el décimo lugar se podía pasar al primero y, por el contrario, el primero se podía bajar a décimo o ser tachado directamente. De este modo entraron Luis María Drago, en la primera elección con la Ley Sáenz Peña

en 1912, y Nicolás Repetto, en 1930, en una gran polarización que llevó a que el socialismo independiente fuera la mayoría, desplazando así al socialismo tradicional. De la misma manera ingresó el gran jurista Santiago Carlos Fassi, en la elección de 1938, apoyando al presidente Ortiz. Así entraron varios: en Córdoba, los candidatos «unionistas» que finalmente aventajaban a los «sabattinistas»; y otros casos más.

El argumento reaccionario es que este pueblo no está preparado. En 1912, el pueblo estaba preparado para elegir a Luis María Drago, cuyo partido no sacaba votos porque eran los restos del partido mitrista, que salió quinto en esa elección. Pero había sido un gran Canciller, que lanzó al mundo la doctrina Drago (de la cual tenemos que estar todavía hoy orgullosos) contra el cobro compulsivo de la deuda externa. Se proclamó al final como una doctrina mundial, que él expuso en una gestión memorable en La Haya. No hace falta estar seis años para ser canciller y hablar de las «relaciones carnales» o hacerse elegir presidente de la Asamblea de las Naciones Unidas. En cambio, Drago, en escasos meses, proclamó una doctrina mundial. El pueblo lo reconoció y lo votó. Porque el pueblo no es ignorante, está preparado para tachar al que no quiere y poner al que quiere. En consecuencia, esa participación es la que debe exigirse.

Hace años que vengo luchando por el desbloqueo de las listas, pero no hay voluntad política. He presentado proyectos en varias oportunidades, tanto en mi anterior ciclo legislativo de los años 1983-1993 como en el actual (2003-2007).

V. Sin voluntad política no se va a tocar el problema de fondo, que no es solamente el del sistema electoral, sino la reforma de la estructura de los partidos políticos, desde su formación y funcionamiento hasta su financiamiento y control. Va a continuar la filiación «trucha»: el partido tal tiene tres millones de afiliados, el partido cual dos millones de afiliados, y después los votos indican que no es así. Recordemos que hace algunos años el Frepaso hizo una elección con primarias abiertas en la Ciudad de Buenos Aires donde podían votar los independientes (no afiliados a otros partidos). Concurrieron a votar menos ciudadanos que la suma de los afiliados componentes del Frente.

Las afiliaciones hay que hacerlas ante la justicia. Es necesario dictar una «ley-convenio» que habilite a todos los juzgados del país, inclusive al más modesto de cualquier región, para que la afiliación se haga con firma fehaciente y documento presente. Además existe otra irregularidad. Porque, a veces, a una persona le hacen firmar una ficha donde no está el nombre del partido, o está del otro lado, y él cree que firmó el ingreso al partido A, y en verdad lo están afiliando al B. Después, esa persona aparece en los padrones de un partido al cual no quiso afiliarse. Deben caducar las afiliaciones, y ser ratificadas por quienes lo deseen, ante la

justicia. Hay que hacer nuevas cartas orgánicas y que la ley disponga la representación proporcional dentro de los partidos políticos. Porque las oligarquías partidarias se entronizan y poseen los resortes suficientes para que queden excluidos de las representaciones los afiliados que no lleguen a la minoría, para la que es necesario el 25 por ciento; porque, aunque hayan obtenido el 23 por ciento, entonces la máquina partidaria no los incluye en la lista. No vale protestar ni reclamar porque lo dice la Carta Orgánica. Pero es un despropósito. Y en los órganos directivos también tiene que haber representación proporcional.

Además, el financiamiento tiene que ser transparente. Sino, vamos indefectiblemente a caer en el mecenazgo, al sponsoreo, y al diputado de fulano de tal, especialmente si hay primarias abiertas para todos los cargos y en todo momento. La regla pasará a ser: la gente rica que paga a la gente pobre para tener su diputado que lo defienda. Obviamente, esto tiene que cambiar.

Tampoco se aplica la Constitución. El artículo 38, que habla del financiamiento por parte del Estado dice que parte de esos recursos deben aplicarse a la «capacitación» de los dirigentes. Capacitación significa preparación, ilustración. Antes existían «fundaciones» de los partidos, subsidiadas desde el exterior (en ausencia de la filantropía local), que ahora han desaparecido. ¿Qué partido político nacional tiene un instituto, un postgrado, una academia donde capacite al dirigente? Llegar al poder en el orden nacional implica tener que nombrar 3000 o 4000 funcionarios altamente especializados. Un especialista en pesca, para una subsecretaría de pesca, un especialista en bosques, otro para petróleo, etc. Formar 3000 o 4000 funcionarios, no se hace tan solo con el decreto 222 del examen de los candidatos a integrar la Corte Suprema, que ahora se quiere aplicar a todo. En el mismo sentido, se puede calcular que una buena Justicia la tendremos dentro de 10 o 20 años, cuando se reconstruya lo que fue destruido en muchos fueros, sobre todo el penal, y el federal penal, donde sólo han quedado los escombros porque han sido designados jueces complacientes, cuya tarea era sobreeser o absolver a los funcionarios que eran acusados por hechos y delitos vinculados con la función pública (así fue durante la década del noventa).

Mi reflexión es reluctante, es decir de rechazo a todo lo que acompañó al proceso de la reforma, junto a todo lo que acompaña a su incumplimiento. No la quieren cumplir ni reglamentar. Transcurren semanas que la Cámara de Diputados o el Senado no sesionan, porque el oficialismo, que tiene quórum propio, no quiere ir (el Art 65 de la C.N dispone que ninguna de las Cámaras puede suspender por más tres días sus sesiones sin el consentimiento de la otra). Pese a que hay centenares de proyectos presentados para dar efectividad a las acciones positivas, para la reglamentación del derecho de resistencia, para mejorar la legislación de ética pu-

blica, la iniciativa y consulta popular, para la protección de consumidores y usuarios, para la solución de conflictos en las huelgas de servicios públicos esenciales, para mejorar el amparo, para los derechos de incidencia colectiva, para la coparticipación federal, para la protección de los bienes culturales y su circulación, para la igualdad real de oportunidades, para la formación de la Comisión bicameral que controle los decretos de necesidad y urgencia, para la legislación delegada (que es otro escándalo descomunal), para el veto parcial con la simultánea promulgación de la parte no vetada. En muy poco tiempo, la proporción de DNU y de legislación delegada supera ampliamente las extralimitaciones del presidente Menem. Se han ofrecido las formas más conciliatorias. En su momento lo hizo el diputado Natale, y ahora lo hemos hecho de nuevo, en ambos casos sin resultado.

Hasta hemos ofrecido una cuasi-heresía constitucional, dejando algún intersticio para que realmente puedan no convalidarse, pero sí seguir en vigor, ciertas normas, haciendo valer el silencio del Congreso, no como sanción «ficta», sino como una prórroga momentánea, lo que sería una solución para el Poder Ejecutivo en temas de los incisos 18 y 19 del art. 75 (cláusula alberdiana del «progreso y cláusula del «desarrollo»). Sin embargo, la primera dama, que preside la comisión de Asuntos Constitucionales en el Senado, cuando fue diputada, y no le gustaba el gobierno de turno, presentó los proyectos más rigurosos, extremos y ortodoxos, fulminando la nulidad de los decretos de necesidad y urgencia. En cambio, ahora no permite que en el Senado se destraben temas como el derecho de acceso a la información o como el que estamos tratando, de los DNU y la legislación delegada. Y trabó durante más de un año la ley de subrogancia judicial, porque no le gustaba la media sanción de la Cámara de Diputados (doy fe como ex Ministro de Justicia).

VI. En consecuencia, mi planteo es que la reforma es insípida, porque no tiene sabor o, en todo caso, es amargo. Pero no es incolora porque tuvo color. Tampoco es inodora porque hubo mucho mal olor respecto de las transacciones que en su momento se hicieron (como otras que la historia investigará). La ampliación de la Corte a nueve miembros, en la Cámara de Diputados no tenía quórum, ni había mayoría. Porque era el único tema en el cual toda la oposición coincidía en rechazarlo, desde los sectores más a la derecha hasta todos los partidos del centro y de la izquierda. Aunque faltaban pocos diputados, no había quórum. Por lo tanto, no empezaban las sesiones. De repente se escuchó por altoparlante: «a consideración de la orden del día N° X, los que estén por la afirmativa sírvanse levantar la mano. Aprobado. Se pasa al tratamiento particular». Fue todo tan desprolijo que una ceremonia (que se cumple desde 1854) consistente en ponerse todos de pie e izar el pabellón, que puede llevar

tres minutos hasta que llega el diputado que por orden alfabético le corresponde ese honor, no se había cumplido. Había entrado al recinto un diputado, que hoy habla de transparencia y pureza. Dio el quórum con los siete diputados que lo acompañaban. Creo que esos favores algún tipo de explicación deben haber tenido o suelen tenerla, cuando se facilita «la suma del poder público» (art. 29).

Estamos ante las secuelas de una reforma, que fue partidista, transaccional, y para que «nadie se quedara a la intemperie». Esta frase tiene autor, que ha escrito su propio memento², y significa que todos reciban algún beneficio desde el punto de vista de sus postulados. Y así fue: a todos les dieron algo. Pero, mientras tanto, hay dos grandes aspectos ausentes.

Por un lado, la cultura constitucional y la cultura política, en general, ha decaído mucho. No hay realmente una defensa de los principios, sino que hay tumulto, hay manifestación, a veces hay sedición, de acuerdo al artículo 22 de la Constitución. Falta la lección constitucional: que resulta imperioso cumplir la Constitución e implementar sus cláusulas. Debemos advertir, entonces, que es necesario vigorizar la conciencia o el sentimiento constitucionales, como dicen los europeos.

Por otro lado, el segundo aspecto del que carecemos es la instancia de las responsabilidades. Aquí sobran organismos de control, a menudo sobran resortes para controlar todo, pero realmente falta la instancia de la responsabilidad. El pueblo quiere que recaigan responsabilidades sobre los funcionarios. Porque el control no es un fin en sí mismo, es tan sólo una herramienta, que abre la puerta para que entre a operar el mecanismo de la responsabilidad. Por eso, la pena de destitución que se impone en el juicio político, y la pena llamada «accesoria» de inhabilitación, son vitales. Porque, tan importante como la destitución misma, es la inhabilitación para que esa persona no vuelva a ejercer funciones.

Desgraciadamente, en 1984, en una votación que hubo en la Cámara de Diputados con libertad de conciencia y mandato libre, ganó la tesis de que la pena de inhabilitación era puramente accesoria.

Hago entonces votos porque el pueblo recupere su conciencia constitucional. También los hago para que la instancia de la responsabilidad ponga fin al cuadro de impudicia que predomina prácticamente en nuestra República y que es causa primordial del clima de descreimiento y no confiabilidad en que está la ciudadanía.

² Conf. «Diccionario de la Lengua Española», *memento*: «detenerse a discurrir con particular atención y estudio lo que le importa» (2ª acepción), Real Academia Española, vigésima segunda edición. También resulta interesante recordar lo que significa según la primera acepción.