

La transición política y la transición jurídica

Dalla Via, Alberto Ricardo

Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas / Universidad de Buenos Aires / Cámara Nacional Electoral, Argentina

alberto.dalla-via@pjn.gov.ar

Fecha de recepción: 01 de diciembre de 2023 / Fecha de aprobación: 10 de mayo de 2024

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito abordar la transición a la democracia desde el Derecho, en oportunidad de celebrarse los cuarenta años ininterrumpidos desde las elecciones de 1983. Con ese objeto, se analizan importantes sucesos políticos desde la perspectiva jurídica que fueron consolidando el régimen democrático en Argentina luego de un período de sucesivas interrupciones al orden constitucional, como el Juicio a las Juntas, la actuación del Consejo para la consolidación de la Democracia y la posterior Reforma Constitucional de 1994.

Palabras clave: Democracia / Transición / Juicio a las Juntas / Reforma constitucional

Political transition and legal transition

ABSTRACT

The purpose of this article is to address the transition to democracy from the perspective of law, at the time of celebrating forty uninterrupted years since the 1983 elections. With this objective, important political events are analyzed from a legal perspective that consolidated the democratic regime in Argentina. after a period of successive interruptions to the constitutional order, such as the Trial of the Juntas, the actions of the Council for the consolidation of Democracy and the subsequent Constitutional Reform of 1994.

Keywords: Democracy / Transition / Trial of the Juntas / Constitutional reform

1. La transición española como modelo

Esta introducción es necesaria porque la llamada «Revolución de los claveles» en Portugal y la transición española, fueron el espejo en que se miraron los países de América Latina al iniciarse a fines de la década de 1970 y principios de la de 1980, las transiciones democráticas en varios países como fue el caso de la Argentina en 1983. En nuestro país mucho se habló –y se sigue hablando– acerca de la necesidad y la conveniencia de realizar una suerte de «Pactos de la Moncloa», sin que al mencionarlos se sepa muy bien en qué consistieron y sobre qué se está hablando.

Para citar este artículo: Dalla Via, Alberto Ricardo «LA TRANSICIÓN POLÍTICA Y LA TRANSICIÓN JURÍDICA», en: ESTUDIOS SOCIALES, revista universitaria semestral, año XXXIV, n° 66, Santa Fe, Argentina, Universidad Nacional del Litoral, enero-junio, 2024. DOI: <https://doi.org/10.14409/es.2024.66.e0081>

La transición jurídica hubiera sido ineludible en un análisis de la transición a la Democracia en España en la década de 1970, toda vez que la tan mentada transición española fue, precisamente, una transición en el marco del Derecho, *step by step* o paso a paso, porque más allá del importante cambio generacional y del rol protagónico de algunos actores principales como el rey Juan Carlos I, Adolfo Suárez y –especialmente– de Felipe González, distintos instrumentos jurídicos fueron abriendo el camino, a partir de la Ley para la Reforma Política, la legalización de partidos antes proscritos, entre los que se encontraba el Partido Comunista, así como el desenvolvimiento de las sucesivas decisiones tomadas tanto por el Gobierno como por el Rey, quien habiendo jurado ante las Cortes del régimen franquista, terminará siendo el garante del proceso constitucional, tanto al actuar contra lo que el régimen esperaba de él, como al defender el proceso constitucional cuando se produjeron los atentados del denominado «23 F» con el levantamiento de Tejero en el Palacio de las Cortes.

La doctrina jurídica fundamentó la legalidad y legitimidad de la Monarquía Constitucional y del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En tal sentido, fue de gran importancia el libro de Miguel HERRERO DE MIÑÓN (1972) titulado *El principio monárquico*, en el que fundamentó la legitimidad de un rey nuevo de una monarquía antigua. Como es bien conocido, Don Juan Carlos no accedió al trono por derecho de sucesión histórica directa (le correspondía a su padre, Don Juan de Borbón, Conde de Barcelona, hijo del derrocado rey por la República, Alfonso XIII). Fue una decisión de Franco obligar a aquél a abdicar para designar príncipe heredero a su hijo.

También fue muy importante la labor del Presidente de las Cortes de la transición desde el régimen, el Dr. Torcuato FERNÁNDEZ-MIRANDA (1995), en una labor de adaptación continua hacia la conformación de un parlamento democrático, conforme lo ha testimoniado con claridad en el libro «Lo que el Rey me ha pedido».

En España fue también muy importante la vigencia que mantenía el Derecho Administrativo como instancia superior del Derecho Público, toda vez que en el ámbito de lo racional normativo fue preservado un marco jurídico de respeto a los derechos y garantías individuales durante el régimen franquista. Claro está que hay un capítulo aparte en las violaciones de derechos humanos y excesos del mismo régimen, como en los casos en que el dictador Francisco Franco resolvió aplicar la pena de muerte pocos años antes de su fallecimiento, como demostración de fortaleza política ante las condenas y reclamos internacionales de piedad que desoyó. Pero en el ámbito jurídico interno, se mantenía la vigencia de un ordenamiento que tenía al Tribunal Supremo como cabeza de un Poder Judicial técnico y de carrera.

Una paradoja es que no se enseñaba el Derecho Constitucional en las universidades españolas en tiempos en que no regía una constitución, sino que la asignatura denominada «Derecho Político» estaba más bien elevada a una categoría histórica o sociológica desde los tiempos en que su titular era Adolfo Posada, para después pasar a concentrarse en los estudios comparados, como lo hicieron Manuel García Pelayo y Luis Sánchez Agesta, entre otros. Mientras tanto, el Derecho Administrativo mantenía vigencia como disciplina jurídica, sobresaliendo autores como Eduardo Garrido Falla y Eduardo García de Enterría, siendo este último el autor de una obra de gran importancia durante la transición, titulada *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1985), sentando el principio de la «interpretación conforme» a la nueva Constitución y a la «fuerza normativa» de la misma, como condición.

La creación de un tribunal constitucional fue un punto alto en el diseño de la Constitución Española para custodiar los acuerdos políticos alcanzados con todas las fuerzas actuantes, como así también con los «derechos históricos» de las comunidades autónomas, particularmente Catalunya y el País Vasco. Teniendo en cuenta que los miembros

del Poder Judicial eran los mismos que actuaron durante el régimen, era necesario que la interpretación de la nueva Democracia recién construida estuviera en manos de un órgano especializado que contara con juristas apoyados por una amplia representación en el Parlamento y el Gobierno.

La situación fue parecida a la creación del Tribunal Federal Alemán durante la posguerra, para que la Ley Fundamental Bonn no fuera interpretada por jueces que actuaron durante el nazismo sino por nuevos jueces con legitimidad democrática, siendo ese el origen político del llamado «control concentrado de constitucionalidad» y más allá de los aportes teóricos que suelen atribuirse a Hans Kelsen después de su polémica con Carl Schmitt acerca de quién debería ser «el guardián» de la Constitución.

Tales ideas fueron sostenidas en una famosa polémica que García de Enterría mantuvo con el profesor de Derecho Político, Pablo Lucas Verdú. Este último afirmaba que la Constitución era un documento político que contenía más bien declaraciones y principios pero que carecía de la estructura lógico formal de las normas jurídicas (LUCAS VERDÚ, 1982). A ello la respuesta de GARCÍA DE ENTERRÍA (1982) fue afirmar el carácter operativo de las normas constitucionales derivadas de la supremacía, sean ellas normas de organización o de reparto y cualquiera fuese su estructura lógica porque en la Constitución coinciden valores, normas y principios pero todos ellos están en la cúspide del ordenamiento. Muchos años más tarde y siguiendo esa idea en nuestro país, el profesor German J. Bidart Campos publicaría «El Derecho de la Constitución y su Fuerza Normativa» (BIDART CAMPOS, 1995) para legitimar la validez de la Reforma de 1994, más allá del «carácter abierto» de muchas de sus disposiciones.

2. El orden jurídico argentino en 1983

Al momento de la transición subsistía la legislación de fondo: civil, comercial, contencioso-administrativo, laboral, etc., conforme al principio de continuidad del derecho, explicitado en la llamada «doctrina de facto». En tal sentido, la jurisprudencia de la Corte Suprema posterior al golpe de 1930 determinaba que un nuevo gobierno constitucional debía ratificar expresamente las normas que el gobierno revolucionario sancionó con alcance general para que los mismos conserven su valor legal; sobre todo teniendo en cuenta que el Congreso no sesionaba durante el «facto» y que se atribuía a los decretos emitidos por el gobierno de facto, el mismo valor de las leyes generales.

En la Acordada del 10 de septiembre de 1930, la Corte citaba el «Tratado de Facto» de un poco conocido jurista canadiense llamado Albert Constantineau para sostener la «continuidad jurídica del Estado». Después del golpe del 3 y 4 de junio de 1943 y de sus consecuencias; se modificó esa doctrina en distintos pronunciamientos de la Corte basados en el mismo principio de la continuidad del Estado y en la necesidad de mantener la certeza de las relaciones jurídicas, de manera que los Decretos Leyes de los gobiernos de facto mantendrían su vigencia, excepto que un nuevo Congreso constitucionalmente electo, los derogase expresamente.

En ese sentido, leyes muy importantes como la Ley de Procedimientos Administrativos (17.545), la Ley de Sociedades Comerciales (19.550) y la Ley de Concursos Civiles y Comerciales (19.551), como así también las reformas al Código Civil (Ley 17.711) fueron el resultado de comisiones de expertos convocados por los gobiernos de facto a «legislar» en ausencia del Congreso. Un caso singular ocurrió cuando el Ministro del Interior, Justicia e Instrucción Pública del gobierno del General Onganía, Dr. Guillermo Borda, presentó las reformas al Código Civil y en su discurso afirmó la importancia de ese cuerpo legal para

preservar los derechos fundamentales, toda vez que la Constitución solamente regía cuando venía la democracia, en tanto el Código Civil era permanente.

La «doctrina de facto» trastocó así el razonamiento de muchos encumbrados juristas que creían en la vigencia del Derecho pero no creían en la democracia, como si fuera ontológicamente factible que haya Derecho sin Estado de Derecho. En el caso «Ziela, Smiriglio Hnos.» de 1947, la Corte señaló: «Los decretos-leyes dictados por el gobierno de facto en razón de su origen y, puesto que tienen el valor de leyes, subsisten aunque no hayan sido ratificados, mientras no sean derogados, de la única manera que éstos pueden serlo, es decir por otras leyes».

Las quiebras al orden constitucional en nuestro país se han visto también acompañadas de frecuentes cambios en el Poder Judicial, que obstaron a su inamovilidad y que, por el contrario, favorecieron la presencia de Cortes adictas. Respetados en 1930, 1943 y 1962, los miembros de la Corte Suprema fueron declarados cesantes y reemplazados en 1955, 1966 y 1976, de manera que 1955 marca un precedente en el cambio de facto de la Corte Suprema. A esto hay que agregar las distintas «leyes de jubilaciones» destinadas a conseguir vacantes para nombrar nuevos jueces.

La transición democrática de 1983 también marcó un cambio en esa tendencia. El Dr. Raúl Alfonsín interpretó el cambio democrático con un amplio sentido fundacional y le ofreció la presidencia del Alto Tribunal a su rival en las elecciones, el Dr. Italo A. Lúder, quien declinó la oferta. Al integrar el Tribunal buscó magistrados de prestigio con diferentes orígenes políticos, criterio que también siguió para integrar la Cámara Nacional Electoral. Lamentablemente los presidentes que lo siguieron buscaron conformar Cortes Supremas con mayorías propias, con la sola excepción del Dr. Fernando De la Rúa quien respetó tanto la independencia de la Corte Suprema como también respetó estrictamente los resultados de los concursos en el Consejo de la Magistratura sin pretender manipularlos, como ha ocurrido en otras oportunidades.

3. La reforma provisoria de 1972

Promovida por el ministro del Interior Arturo Mor Roig, de origen radical, durante el gobierno del General Alejandro A. Lanusse, se refirió al texto de la Constitución Nacional, para implementar reformas consensuadas dentro del llamado «Gran Acuerdo Nacional» promovido por el presidente militar, acuerdo que contemplaba el retorno a la Argentina del General Juan Domingo Perón, quien se encontraba exiliado en España y proscripto desde su derrocamiento por la Revolución Libertadora el 16 de septiembre de 1955.

Al igual que ocurrió con las leyes sancionadas durante los gobiernos de facto, la reforma provisoria de 1972 se llevó adelante en base los «dictámenes» elaborados por una Comisión Asesora para la reforma institucional, integrada por prestigiosos constitucionalistas y politólogos entre quienes estaban Germán J. Bidart Campos, Carlos María Bidegain, Natalio R. Botana, Carlos S. Fayt, Mario Justo López, Julio C. Oyhanarte, Roberto I. Peña, Pablo A. Ramella, Adolfo R. Rouzat, Alberto A. Spota y Jorge R. Vanossi.

La comisión asesora propuso, entre otros aspectos, unificar todos los mandatos en cuatro años, de manera que quedaran también unificadas las fechas de las elecciones de las autoridades nacionales con las de los gobernadores de las provincias. Se trata de un tema que ha sido colocado otra vez sobre el «tapete» en distintas discusiones académicas en nuestros días, a los efectos de encontrar un remedio adecuado a la interrupción de la vida política y parlamentaria que ocurre cada dos años, como así también el gran costo económico que ocasionan las campañas electorales.

La reforma provisoria incluyó por primera vez la exigencia del *ballotage* o doble vuelta para la elección presidencial, con la intención de colocar una alta barrera, de más del 50 % de votos para el eventual caso de una candidatura de Perón. La realidad de las cosas diría que, en las elecciones de principios de 1973, la fórmula «Cámpora-Solano Lima» se impondría en primera vuelta y que, en la elección de fin de año –después de aplicarse la ley de acefalía– triunfase la fórmula «Perón-Perón» en primera vuelta con más del 60 % de los votos.

Otro aspecto muy importante de esa reforma fue el referido al Poder Legislativo, toda vez que promovió su modernización implementando la simplificación del trámite parlamentario y el procedimiento de formación y sanción de las leyes, como así también para el trabajo de las comisiones, imprimiéndole agilidad al darle funciones a las mismas.

La importancia de la reforma provisoria de 1972 se manifiesta en haber sido uno de los documentos básicos que utilizaron los constituyentes reformadores de 1994, de manera tal que, junto con los «Dictámenes» del Consejo para la Consolidación de la Democracia y los antecedentes del Derecho Público Provincial, constituirían los antecedentes principales de esa Reforma Constitucional, la más importante de nuestra historia, realizada en Democracia, en base a un amplio acuerdo político.

4. El terrorismo y los derechos humanos

Los años previos a la transición democrática estuvieron bañados en sangre, debido a la escalada de la violencia terrorista, primero, y al terrorismo de estado después, dejando como saldo de ambos, las graves consecuencias en materia de violación de derechos humanos esenciales. Distintas investigaciones ubican el inicio de la violencia terrorista en la década de 1960, profundizándose la misma durante la década de 1970.

Durante el período denominado «Revolución Argentina» (1966-1973) se creó en el ámbito del Poder Judicial, una Cámara Criminal especializada en los delitos de terrorismo que fueron incorporados como título al Código Penal. En el año 1971 se incorporó la pena de muerte al mismo código, aunque la misma no se aplicó legalmente mediante condena de ningún tribunal judicial. En cambio, se sustanciaron numerosos procesos y se registraron condenas de prisión y de reclusión, en muchos casos con carácter de perpetuas.

El gobierno constitucional de Héctor J. Cámpora y Vicente Sola Lima asumió el 25 de mayo de 1973. La noche anterior al juramento de los nuevos mandatarios, un grupo de militantes, muchos de ellos funcionarios y legisladores del nuevo gobierno, se dirigió a las cárceles para liberar a los presos políticos en el marco de una amplia ley de amnistía sancionada por el Congreso recién conformado. Las amnistías y los indultos pasarían a ser un tema recurrente en esta etapa de nuestra historia reciente.

El retorno de Perón exacerbó la lucha violenta entre las agrupaciones de izquierda Fuerzas Armadas Revolucionarias (FAR), Fuerzas Argentinas de Liberación (FAL), Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) y «Montoneros», denominados genéricamente «la tendencia», frente a grupos de derecha que reivindicaban los orígenes fascistas del peronismo, cuyo exponente armado fue la denominada «triple A» o Alianza Anticomunista Argentina, creada por el secretario privado de Perón y Ministro de Bienestar Social de su esposa «Isabelita», José López Rega.

A esa guerra interna por la lucha por el poder en el peronismo, le siguió la feroz represión protagonizada por el denominado «Proceso de Reorganización Nacional», apenas asumido el 24 de marzo de 1976. En rigor de verdad, la represión comenzó antes, cuando el gobierno de María Estela Martínez de Perón emitió un decreto refrendado por todos los ministros del gabinete, ordenado a las fuerzas armadas «aniquilar» la subversión que

estaba ocupando espacios del territorio nacional, como ocurrió en Tucumán con el llamado «operativo independencia».

La dictadura fue especialmente cruel, llevando adelante una guerra sucia en la que hubo torturas, desaparición de personas, secuestros de recién nacidos, violaciones y personas vivas arrojadas al Río de la Plata desde los aviones, violándose sistemáticamente los derechos humanos y cometiéndose multiplicidad de delitos de «lesa humanidad» como pudo constatar el informe de la Comisión Nacional sobre Desaparición de Personas (CONADEP) creada por un decreto del presidente Alfonsín, que integraron prestigiosas figuras muy respetadas en la Sociedad y que presidió el escritor Ernesto Sábato. El libro *Nunca más* editado por la Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA) recogiendo el informe de la comisión fue un hito documental de la transición y constituyó la base para la investigación de los hechos en el juicio que se siguió a las juntas de comandantes de las fuerzas armadas.

Un antecedente importante fue la visita que realizó al país la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA impulsada por las políticas sobre la materia por el presidente demócrata de los Estados Unidos Jimmy Carter. Tanto la comisión interamericana como la Corte Interamericana con Sede en San José de Costa Rica, forman parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos que el presidente Alfonsín ratificaría al poco tiempo de asumir y que han sido incorporados a nuestro derecho interno, conformando un eje de importancia en el «anclaje jurídico» de la transición a la democracia.

5. El comienzo de la transición y el juicio a las juntas militares

La derrota en la guerra por las Islas Malvinas y las Islas del Atlántico Sur, sería la causa principal que marcaría el final del «Proceso de Reorganización Nacional» y el comienzo de la transición. El punto de inicio de la misma puede ubicarse en la presidencia de facto del general Reynaldo Benito Bignone, designado por la última junta militar para organizar el traspaso a un gobierno civil, incluyendo la organización del proceso electoral, que se orgánica de los partidos políticos, quedando a un lado las reformas que en ese aspecto había realizado la Comisión Asesora para la reforma institucional en 1972. La experiencia de un pasado reciente tumultuoso aconsejaba volver a las fuentes.

Una incipiente apertura política ya se había dado en el período entre la presidencia de Videla (1976-1981) y la presidencia de Viola, quien devolvería la personería a los partidos políticos y, a través de su ministro Horacio Liendo, retornaría también la personería a las entidades gremiales obreras y empresarias. El final abrupto del «proceso» durante la presidencia de Galtieri, aceleró los tiempos, desde aquellas primeras frases en cuanto a que: «El proceso no tiene plazos sino objetivos» y a que «Las urnas están bien guardadas».

Con la finalidad de evitar las responsabilidades por los «excesos» en la represión ilegal, el presidente Bignone impulsó una ley de «autoamnistía» que sería derogada por impulso del presidente Raúl Alfonsín apenas conseguido el triunfo electoral que lo llevó a la presidencia. Ya durante la campaña, denunciaría públicamente la existencia de una «pacto militar-sindical» detrás de ese intento por borrar lo ocurrido.

La campaña presidencial del presidente electo se caracterizó por buscar la unidad y tender puentes con todas las fuerzas políticas, incluyendo la mano abierta a la fuerza rival mayoritaria, registrando como gesto antecedente el abrazo entre Perón y Balbín, así como el discurso de este último en el salón azul del Congreso ante el cuerpo del general presidente fallecido. Alfonsín acudiría al amplio acuerdo democrático en circunstancias cruciales como los levantamientos «carapintadas» en Semana Santa.

Su discurso de unidad se basaba en volver a los valores y principios de la Constitución Nacional, de manera que cada uno de sus actos públicos concluía recitando el Preámbulo. El eje central de su gobierno sería el fortalecimiento de la Democracia y de los Derechos Humanos. El punto de partida jurídico fueron los decretos ordenando el juzgamiento de las tres juntas militares y de los principales jefes terroristas. Ya antes, durante la campaña, diferenció los tres niveles de responsabilidades entre quienes diseñaron el plan general de la represión, quienes dieron las órdenes y quienes las ejecutaron.

Esos tres niveles de responsabilidad fueron los que posteriormente, ante la presión de los oficiales de mediano y bajo rango, lo llevarían a impulsar las leyes de «obediencia debida» y de «punto final», que tanto costo político le causarían pero que fueron decisiones legales, tomadas por mayoría en el Congreso en medio de un áspero debate en el marco de una política concebida para juzgar el pasado y no para olvidarlo.

El «juicio a las juntas» fue un punto axial en la transición democrática, inédito a nivel universal, al punto tal que se lo comparó con los juicios de Nüremberg, llevados adelante por los vencedores de la segunda guerra mundial contra los criminales de guerra nazis por la comisión de «delitos contra la humanidad», pero a diferencia de aquellos juicios realizados en el marco del derecho internacional de los vencedores contra los vencidos, en la Argentina el juicio a las juntas se realizó en el marco del derecho interno vigente y al amparo de los derechos y garantías de la Constitución Nacional, más allá de que el gobierno del Dr. Alfonsín ratificara expresamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los Pactos sobre Derechos Civiles y Políticos y sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas.

El juzgamiento tuvo comienzo en el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas pero dicho tribunal no encontró responsabilidades en los comandantes militares por los hechos denunciados y que principalmente obraban en el informe de la CONADEP, motivo por el cual las causas pasaron al conocimiento y decisión del tribunal de alzada que, conforme a la ley vigente, era la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal de la Capital Federal que llevó adelante los juicios, celebrando las audiencias orales y dictando las sentencias con las consecuencias que son bien conocidas.

La diferencia con la transición española es muy notoria en este punto, aquella se basó en la «desmemoria», en poner la mirada hacia el futuro sin juzgar sobre el pasado ni sobre los crímenes del franquismo para no dividir a la sociedad española de entonces; en tanto que la transición argentina consistió en una fuerte revisión del pasado, enfrentando a los integrantes de las fuerzas armadas que todavía conservaban un importante poder de fuego. En este punto, la transición a la democracia en argentina fue también inédita comparada con los procesos democráticos de países vecinos como Brasil, Chile, Uruguay y Paraguay que, al igual que España, iniciarían algunos procesos de revisión muchos años más tarde, influenciados por la influencia del Derecho Internacional por sobre el derecho interno, algo muy diferente a lo que sucedió entre nosotros.

6. El consejo para la consolidación de la democracia

Otro punto relevante del primer gobierno de la transición fue la creación en el ámbito de la Presidencia de la Nación del «Consejo para la consolidación de la Democracia», integrado por figuras destacadas de distintas vertientes políticas y personalidades destacadas de la Sociedad para fundar proyectos estructurales de consolidación democrática, entre los que se destacaba la preparación de un proyecto de reforma de la constitución del que el presidente Alfonsín se excluyó expresamente.

Al ser el primer presidente de la transición, Alfonsín concibió algunos proyectos como «fundacionales», como lo destacamos al comentar la conformación de la primera Corte Suprema de la democracia recién recuperada. En ese sentido, la labor del referido Consejo no se limitó a elaborar los lineamientos de una reforma constitucional en la que influyó notablemente aunque se llevaría a cabo recién en 1994, sino que también se realizaron estudios para sostener otros proyectos como el traslado de la Capital Federal a Viedma-Carmen de Patagones-Guardia Mitre, a cuyo efecto se sancionó un ley que aún está vigente, también el Consejo trabajó en otros proyectos de gran importancia y que fueron base de legislaciones posteriores como el proyecto de Ley de Radiodifusión, el Congreso Pedagógico Nacional, la reforma del Código Procesal Penal y el proyecto de juzgamiento de causas de menor cuantía, entre otros.

En materia de Reforma Constitucional, los *Dictámenes* (1986) –que también fueron publicados por EUDEBA–, influyeron en muchos temas que posteriormente trataría la Reforma Constitucional de 1994, aunque no necesariamente todos los temas fueron contemplados. De hecho, hubo importantes diferencias porque el Consejo de la Magistratura no estuvo recomendado en los *Dictámenes* sino que surgió del Derecho Público Provincial, siendo que ya existía en varias provincias. Otra diferencia es que el Consejo para consolidación de la Democracia no recomendó incorporar el sufragio obligatorio a la Constitución sino que lo dejaba librado a la ley. Pero hay similitud de temas en la mayoría de las propuestas sobre medio ambiente, régimen municipal, etcétera.

El núcleo de la propuesta del Consejo para la consolidación de la democracia era «atenuar el presidencialismo» al que el coordinador del organismo, Carlos Nino, denominaba «hiperpresidencialismo hegemónico». A mediados de los '80 predominaba en la literatura comparada que el presidencialismo latinoamericano no funcionaba cuando el presidente perdía las mayorías en el Congreso. En opinión de Juan Linz y de Arend Lijphard –ambos visitaron el Consejo– se producían «bloqueos» como el que atravesó Alfonsín al perder las mayorías en elección de segundo término en 1987.

Nino creía que por eso había que ir a un sistema semiparlamentario o a un presidencialismo atenuado. Pensaba erróneamente que un acuerdo parlamentario entre el sector de la «coordinadora» radical –al que asimilaba a la socialdemocracia– y el peronismo renovador –al que asimilaba con la democracia cristiana europea–, favorecería los acuerdos corporativos. La dura realidad apareció cuando en 1989 Carlos Menem ganó la última elección interna que hizo el Partido Justicialista imponiéndose sobre Antonio Cafiero y los «renovadores». Menem, aliado al sindicalismo apareció al día siguiente en numerosos afiches con sus largas patillas y la banda presidencial: era el presidencialismo caudillista emergiendo de las entrañas de nuestra historia.

En esa línea, el Consejo para la Consolidación de la Democracia fue limitando su propuesta de un sistema semi-parlamentario partiendo desde el modelo francés de la V República en el que el Presidente conserva su rol de Jefe del Estado mientras el Primer Ministro es el Jefe del Gobierno. La idea de un «fusible» que liberara de tensiones al Presidente era la que predominaba pero la «cohabitación» entre Mitterrand y Chirac llevaría a atenuar el modelo hacia el sistema portugués y, más tarde, al modelo peruano de la Constitución de 1979 que finalmente se siguió, en el que el primer ministro no es jefe de gobierno sino un *primus inter pares* que se ocupa de la administración rindiendo cuentas al Congreso, sin perjuicio de que el Presidente, como Jefe de Estado y Jefe de Gobierno le pueda delegar otras funciones.

Con algunas leves variantes, ese fue el modelo seguido por la Reforma Constitucional de 1994 tratando de atenuar el presidencialismo, a pesar de que la posibilidad de dictar reglamentos de necesidad y urgencia (art. 99 inc. 3° C.N.) y de emitir decretos por delegación legislativa (art. 76 C.N.) terminaron fortaleciendo aún más al Presidente,

como lo ha demostrado nuestra realidad política e institucional después de la crisis de 2001/2002.

El escenario imaginado por Nino, en cuanto a que si Alfonsín, después de la derrota legislativa de 1987, hubiese podido nombrar a Cafiero como su Jefe de Gabinete, el presidente hubiera terminado el mandato en una cohabitación institucional sin crisis y sin hiperinflación, se desvaneció con la propia crisis de 2001. La reforma constitucional de 1994 se encontraba vigente pero ni De la Rúa quiso nombrar a Duhalde Jefe de Gabinete ni este último quiso aceptar ese rol, de manera que la crisis se canalizó por intermedio de la *acefalía* prevista en el artículo 88 de la C.N. con cinco presidentes provisorios en pocos días y graves costos para la economía y la paz social.

Como lo han enseñado a lo largo de sus extensas obras los más importantes constitucionalistas de nuestro país, como José Manuel Estrada, Aristóbulo Del Valle, Manuel A. Montes de Oca, Joaquín V. González, Juan A. González Calderón, Segundo V. Linares Quintana, Carlos Sánchez Viamonte, Alfredo Palacios, Germán J. Bidart Campos y Jorge Reinaldo A. Vanossi, entre muchos otros, el sistema presidencialista se encuentra arraigado a largo de nuestra historia constitucional, un dato que advirtió tempranamente Juan Bautista Alberdi y que se encuentra expresado en el artículo 99 inc, 1° cuando dice que el presidente es el «jefe supremo de la nación».

Los aportes teóricos en favor de «parlamentarizar» el sistema son muy valiosos, pero encuentran dificultades para ponerlos en práctica. En tal sentido, el profesor de Derecho Penal Eugenio Zaffaroni sostiene que el parlamentarismo no ha funcionado entre nosotros porque los proyectos se han quedado a mitad de camino en lugar de implementarse de manera completa. Entre los obstáculos a tener en cuenta está nuestro sistema de partidos nacionales muchas veces organizados desde la propia presidencia y la vigencia de un «mandato representativo» que da amplia libertad de acción a los legisladores, cuando los modelos parlamentarios europeos suelen fundarse en una férrea disciplina partidaria con mandato imperativo.

A esto podemos agregar que las crisis entre nosotros se han superado fortaleciendo la figura presidencial, inclusive en 2001-2002 cuando los ciudadanos reclamaban «que se vayan todos» no surgieron figuras ni opciones desde la sociedad civil sino que fue el sistema de partidos el que se hizo cargo implementando la ley de elecciones primarias, simultáneas y obligatorias. En esa oportunidad, tanto el presidente Kirchner que había obtenido sólo el 22% de los sufragios válidos afirmativos como los gobernadores de las provincias reconstruyeron la institucionalidad a partir de la acción de los poderes ejecutivos, circunstancia que se repitió en los municipios.

7. La reforma constitucional de 1994

La reforma constitucional de 1994 consolidó jurídicamente la transición a la Democracia. Fue la consecuencia de un gran acuerdo político mayoritario, en los términos que el artículo 30 de la Constitución lo requiere. Entre los amplios consensos que alumbraron la reforma se destaca la afirmación de los Derechos Humanos y la cláusula de defensa de la Democracia del artículo 36 como respuesta al pasado reciente.

Las crónicas del año 1994 seguramente recordarán al «Pacto de Olivos» como ámbito de acuerdos políticos para arribar al texto reformado. Lo político está en el sustrato del poder constituyente como «poder político que se juridiza al normarse» y, tanto más cuando nuestro sistema de constitución rígida requiere de mayorías muy altas que raramente se han conseguido a lo largo de nuestra historia, que registra muchas frustraciones

en ese sentido durante las primeras décadas del siglo XX, cuando el Estado Social de Derecho comenzaba a aflorar.

La reforma constitucional de 1994 fue la más amplia e importante de nuestra historia y fue realizada en democracia. No sustituyó a la constitución histórica sino que la reformó, actualizándola con la incorporación de nuevos derechos y garantías. Los propósitos fundamentales de la reforma fueron: a) la atenuación del presidencialismo y b) el fortalecimiento del federalismo, para lo cual se diseñaron distintos instrumentos cuyo funcionamiento adecuado aún es una deuda para con la Sociedad, ya que en la práctica el balance favoreció a la política.

El texto aprobado en Santa Fe y jurado en Concepción del Uruguay fue el de 1853 con las reformas de 1860, de 1866, 1898, 1957 y 1994. La constitución de 1949 no guarda registro jurídico como antecedente porque fue una reforma total, que sustituyó a la constitución histórica, la cual sería restituida plenamente en su vigencia cuando aquella fuera derogada.

Es del caso mencionar que la Constitución de 1949 fue derogada mediante una «proclama» del gobierno de la Revolución Libertadora que se fundaba en la doctrina de facto que justificaba los actos de la «revolución triunfante», en la medida en que fueran necesarios para cumplir con sus fines y con sus objetivos. En la doctrina aparecieron distintos argumentos para negar la validez de la constitución peronista como, por ejemplo, la falta de mayorías necesarias para su aprobación al no alcanzar los 2/3 en ambas cámaras legislativas; sin embargo no puede desconocerse su vigencia desde el punto de vista histórico, toda vez que entre 1949 y 1955 fue la constitución argentina.

Otro tema necesario de enmendar era la reforma constitucional de 1957 que fuera convocada por el mismo gobierno de facto que derogó la constitución de 1949 y retornó a la constitución de 1853/60 con sus reformas, incluyendo la convocatoria que culminaría con el agregado del artículo 14 bis y un agregado a un inciso del entonces artículo 67.

La legalidad y legitimidad de esa reforma también fue saneada por la reforma de 1994 que, por muchas razones revitalizó y reordenó nuestro sistema jurídico constitucional, en cuyo marco se desenvuelve la vida institucional de la nación. Es curioso que se haya mantenido el número 14 bis del artículo sin corregirse adecuadamente su numeración cuando se agregaron nuevos artículos a la parte dogmática y la parte orgánica modificó su numeración, se dijo que la ley declarativa de la reforma de 1994 prohibía modificar los artículos de la parte dogmática pero es algo excesivo cuando se trata de un artículo que no solamente no se cumplía sino que tenía endeble fundamentación.

Las negociaciones políticas de la convención dejaron muchos temas abiertos, motivo por el cual muchas cuestiones importantes fueron delegadas en las leyes complementarias de desarrollo constitucional que se fueron dictando más tarde, como ocurrió con la ley del Ministerio Público, del Consejo de la Magistratura o el estatuto organizativo de la Ciudad de Buenos Aires que derivaría en la Constitución de la Ciudad Autónoma por impulso de sus representantes electos. Algunas de estas leyes siguen esperando definiciones, como la ley de coparticipación federal de impuestos y otras que generan frecuentes polémicas como la ley reglamentaria del trámite de aprobación y rechazo de los decretos de necesidad y urgencia.

El tono general de la reforma constitucional mantuvo los principios liberales del constitucionalismo originario, reforzando los aspectos solidarios del constitucionalismo social. Hemos señalado en distintas oportunidades que el constituyente optó por un modelo capitalista con «rostro humano» y que, aunque muchas disposiciones no se cumplan y a veces se parezcan a promesas incumplidas, las mismas se encuentran ubicadas en el techo ideológico de la constitución, de manera que orientan y guían la acción de los tres poderes del Estado en defensa de los derechos, tanto los de las mayorías como los de las minorías (DALLA VIA, 2006).

8. El nuevo código civil y comercial

El otro paso relevante de la transición en lo jurídico ha sido la sanción de un nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, unificando la legislación de fondo en el Derecho Privado.

En octubre de 1866, Vélez Sársfield le envió a Alberdi un ejemplar del primer y segundo libro de su proyecto de Código Civil. Cuando éste supo que su colega utilizaba como referencia principal de su norma el anteproyecto de Código Civil para el Imperio del Brasil, el Esboço, de Augusto Teixeira de Freitas, no le gustó en absoluto. Y no se privó de decirlo:

«Yo debo el ejemplar que tengo del Proyecto de Código Civil para la República Argentina a un galante origen, un regalo de su eminente autor, mi antiguo amigo. Esta circunstancia debería bastarme para abstenerme de hacer su crítica, si se tratase de criticar un mero trabajo literario. Pero ante una obra destinada a convertirse en Constitución civil de mi país, mi abstención no tendría sentido a los ojos de los que me han visto pasar lo más de mi vida ocupado en estudiar las bases de su organización nacional» (DALLA VIA, 2016: 7).

Después de estas palabras, lo descalificó sin miramientos. A su juicio, no podía quedar la revolución en la Constitución y el antiguo régimen en la legislación civil; la democracia en el régimen del estado, y la autocracia en el sistema de la familia. Alberdi creyó que la Constitución moriría desangrada en manos del Código Civil.

Lo manifiesta en el «Sistema económico y rentístico» y en el escrito que redactó en noviembre de 1867 «El Proyecto de Código Civil para la República Argentina y las conquistas sociales del Brasil, carta dirigida a sus compatriotas y amigos». Allí advertía el conflicto aún no resuelto entre una Constitución Federal basada en el modelo de los Estados Unidos y una legislación civil de origen europeo (DALLA VIA, 2016: 8).

Vélez Sarsfield usó en su respuesta el mismo tono con el que fue atacado: «El doctor Alberdi ha escrito sobre mi proyecto de código, por sólo la manía con que nació, de escribir folletos... No le da al método importancia en la legislación, lo cual es muy conforme a todo lo demás que escribe sobre códigos» (VÉLEZ SÁRSFIELD, 1868: 18 y 11).

Y, luego de reseñar los antecedentes, desde Justiniano a Napoleón que ha usado en su proyecto, expresa: «Ni en Roma ni en Constantinopla ni en París, los profesores de la ciencia jamás oyeron que hubiese algún tratado de obligaciones democráticas, de contratos democráticos, de códigos democráticos o de códigos de libertad» (VÉLEZ SÁRSFIELD, 1868: 16).

Más allá de las diferencias, el llamado «folleto de Alberdi», como le decía Vélez, tuvo mucho de razón. Fue el primero que señaló la importancia de que la legislación civil esté de acuerdo con la Constitución, en cuanto los derechos y garantías que contiene y también cuanto al control que los jueces hacen de la constitucionalidad de todas las normas inferiores a ella.

Nuestra constitución «histórica» tiene una vertiente demo-liberal, en tanto que el constitucionalismo social se manifestó en la reforma de 1957, recogiendo la experiencia constitucional de 1949 y la legislación social que la precedió, así como en los aportes de la Doctrina Social de la Iglesia.

La reforma de 1994 reforzó notablemente los principios del Estado Social de Derecho, los cuales se manifiestan en la redacción del artículo 75, en cuyos incisos se encuentra

desarrollado el «núcleo ideológico» de la reforma. Allí sobresale el nuevo inciso 19 que contiene la llamada «cláusula del nuevo progreso» o del «progreso económico y social», en el que se consagran principios liminares, como el «desarrollo humano» o el «crecimiento económico con justicia social».

Tales incorporaciones lo son sin mengua de las declaraciones, derechos y garantías, provenientes del constitucionalismo clásico y afirmativas de nuestro liberalismo igualitario.

En esa dirección es que corre la incorporación del capítulo «Nuevos Derechos y Garantías», abarcativo de los artículos 36 al 43 del texto constitucional reformado, en donde se consagraron los llamados «derechos de participación» y los «derechos de incidencia colectiva», como el derecho a un ambiente sano y equilibrado y los derechos de los usuarios y consumidores; temas que forman parte de las novedades incorporadas por el Código Civil.

Así se destaca el texto del artículo 42 C.N. cuando al regular la competencia atiende al control de los monopolios legales y naturales. Al preocuparse por regular el «buen mercado», evitando las conductas monopólicas, el constituyente defendió el modelo de economía de mercado, que encuentra fundamento en la libre iniciativa individual del modelo originario.

Es por eso que, al preguntarnos cuál es el modelo económico de la Constitución y que, a diferencia de otros sistemas, la nuestra no define con precisión, nosotros sostenemos que, dentro del sistema capitalista, nuestro constituyente reformador eligió una modalidad de capitalismo que se basa en la iniciativa privada como principio pero que se encuentra solidariamente orientado.

Debe entenderse al Código Civil y Comercial como una ley reglamentaria de la Constitución especialmente, del capítulo de los «Nuevos Derechos y Garantías» en los términos del carácter de legislación general o legislación común que establece el artículo 75 inciso 12 de la norma fundamental.

La adecuación del Código Civil y Comercial de la Nación al texto de la Constitución Nacional reformada como uno de los fundamentos del proyecto, constituye un propósito no solamente loable, sino también una necesidad de dar coherencia a nuestro ordenamiento. Según la lógica aplicación del principio de subsunción en un sistema jurídico, el derecho infraconstitucional debe responder y adecuarse coherentemente al texto constitucional como suprema expresión jurídica del Estado Democrático de Derecho.

Por esa misma razón es de extrañar que la reforma del Código Civil no haya incluido principios protectorios de la sustancia del derecho de propiedad y de los derechos adquiridos, ni reglamentado el alcance de la función social de la misma, ni contemplado la complejidad de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas argentinos, ni tampoco haya enfatizado en la protección de la seguridad jurídica, ni haya reforzado en las numerosas normas procesales que incluye, mecanismos de protección que eviten la repetición de conocidas experiencias como la apelación a la emergencia y que continúan ausentes en la legislación formal argentina.

9. Emergencia y seguridad jurídica

Un sistema de Economía de Mercado requiere para su funcionamiento un marco de seguridad y certeza para que los contratos se cumplan. La «previsibilidad» a la que hacía referencia Max Weber es consustancial a la idea racionalista del mercado. En un modelo de competencia, la certeza en las relaciones interindividuales, la seguridad en la expectativa de comportamiento, la delimitación clara entre lo lícito y lo ilícito se encuentran presentes por propia definición. También supone la libertad de acción y de decisión de

los agentes económicos que sólo se realiza en un marco jurídico que se denomina Estado de Derecho.

Entre 1853 y 1930, el período de mayor crecimiento económico de la Argentina es el que coincide con el mayor grado de acatamiento y cumplimiento de la Constitución. A partir de allí, con la crisis de Wall Street y con la interrupción de la continuidad institucional, los caminos se bifurcan sin encontrar su cauce. Las necesidades de la Economía llevaron muchas veces a la apelación a la emergencia, que fue una manera de salir «por la ventana de la Constitución».

La inseguridad jurídica reconoce su causa principal en los incumplimientos y desbordes de los aspectos sustanciales del sistema político, que es menester acatar para afirmar el Estado de Derecho. No habrá inversión ni ahorro si no se respeta la propiedad. En la Argentina ha habido demasiadas «emergencias», tantas que ya no se sabe dónde está la «normalidad» y donde está la «anormalidad».

El mayor despojo lo constituyó la emisión monetaria como forma de financiar a un Estado ineficiente. Según un recordado estudio de FIEL sobre «El Gasto Público en Argentina», la misma ascendió a 3.127 millones de dólares promedio por año entre 1960 y 1983.

El gravísimo ataque al derecho de propiedad, a la igualdad, a la confianza de los ahorristas, al sistema financiero, al crédito de la Nación, y, en definitiva, a la seguridad jurídica se sustentó en razones de excepcionalidad y de emergencia.

El recuerdo reciente de los tiempos turbulentos de la «pesificación» y del «corralito» que originó los fallos «Smith», «Provincia de San Luis», «Bustos», «Massa» y «Rinaldi», entre otros merecieron el estudio meduloso de muchos autores entre quienes se destacan Antonio María Hernández, Julio César Rivera, Emilio Ibarlucía, Alberto Bianchi, Gregorio Badeni, Juan Carlos Cassagne, y María Angélica Gelli.

Mientras tanto la sociedad y la comunidad jurídica esperaban una decisión de fondo sobre el derecho de propiedad. Pero las circunstancias favorables de la economía hicieron que el problema no fuera resuelto sino disuelto a través de la denominada doctrina del «esfuerzo compartido».

La Corte Suprema ha realizado un esfuerzo por encuadrar la emergencia «dentro» y no «fuera» de la Constitución. Tales esfuerzos se lograron con un marcado forzamiento de instrumentos jurídicos que se colocaron en el límite de la frustración de derechos constitucionales. El resultado negativo ha sido en términos de seguridad jurídica.

Algunos de estos malos recuerdos se han corregido y otros se están corrigiendo, pero dejaron sus secuelas y sabido es que la confianza no se recupera de un día para el otro.

La claridad de reglas de juego en un marco jurídico, político y económico estable, representan el mejor estímulo a la inversión y a la llegada de capitales. Finalizamos con ALBERDI (1858, Cap. III, pfo. 10 y 12):

«Esos medios de protección, esos principios de estímulo no son otros que la libertad, la seguridad, la igualdad, asegurados a todos los que, habitantes o ausentes del país, introduzcan o establezcan en él sus capitales (...) proteger el capital por los medios designados en la Constitución, es dejarle amplia y entera libertad de acción y de aplicación, es darle seguridad para su principal y para sus beneficios e intereses, es colocarlo contra el amparo de la arbitrariedad, contra los privilegios y monopolios de todo género» (ALBERDI:1854, Cap. III, pfo. 10 y 12)

Referencias bibliográficas

- ALBERDI, JUAN BAUTISTA (2018). Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, Losada.
- ALBERDI, JUAN BAUTISTA (1854). El Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853. Disponible en <https://www.hacer.org/pdf/sistema.pdf> consultado el 12/4/24.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN J. (1995). El derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ediar.
- CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (1986). Reforma constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la consolidación de la democracia, Eudeba.
- DALLA VIA, ALBERTO (2006). Las reformas constitucionales y la consolidación democrática. En Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 2, 13, pp. 39-59.
- DALLA VIA, ALBERTO (2016). Cuestiones constitucionales del Código Civil y Comercial. Comunicación del académico Alberto R. Dalla Via, en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 26 de agosto de 2015, disponible en <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/Dalla-V%C3%ADa-D-15.pdf> consultado el 11/4/24.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA, PILAR Y ALFONSO (1995). Lo que el Rey me ha pedido. Torcuato Fernández-Miranda y la reforma política, Plaza & Janes.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1985). La Constitución como norma y Tribunal Constitucional, Cívitas Ediciones.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO (1982). El Derecho Constitucional como Derecho. En Revista de Derecho Político, 15, pp. 7-20.
- HERRERO DE MIÑÓN, MIGUEL (1972). El Principio Monárquico. Un estudio sobre la soberanía del rey en las Leyes Fundamentales, Cuadernos para el Diálogo.
- LUCAS VERDÚ, PABLO (1982). El Derecho Constitucional como Derecho Administrativo. En Revista de Derecho Político, 13, pp. 7-52.
- VÉLEZ SÁRSFIELD, DALMACIO (1868) El folleto del Dr. Alberdi. Nota publicada en el diario El Nacional en fecha 25 de julio de 1868, disponible en <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/07/FolletoAlberdi.pdf> consultado el 10/6/24