

Algunos aciertos y desaciertos de la reforma constitucional de 1994

Por Jorge Reinaldo VANOSSI*

*Abogado con Diploma de Honor (1960) por la Universidad de Buenos Aires. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de tres Universidades Nacionales (de Buenos Aires, de La Plata, y del Litoral). Fue presidente de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires. Catedrático titular de Derecho Constitucional, de Derecho Político y de Derecho Público en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata.

I. Reflexión preliminar

a) En el caso argentino, tuvimos una Constitución poco reformada y muy violada, paradójica situación en la cual cabe señalar que el carácter de Constitución rígida estaba doblemente calificado por la rigidez procedimental y la rigidez orgánica.

Esa Constitución poco reformada y muy violada tuvo numerosas mutaciones constitucionales en la opinión de los autores y los analistas. Tuvo también reformas de facto, generalmente de duración limitada, efímeras, como los estatutos que consagraban fines revolucionarios, a veces enunciados sin este nombre, como en 1930, ya con ese nombre, en otras oportunidades, o implícitos como en 1943, o enmiendas como la de 1972, sancionada por vía del propio ejercicio del poder constituyente, por quienes detentaban en ese momento el poder político.

b) A manera de introito, quiero decir que mucho se ha señalado sobre la gestación de esa reforma constitucional del noventa y cuatro, que tuvo lugar en instancias muy peculiares pues se creó una suerte de clamor que procedía de los oficialistas de aquella época, que ante el eventual desistimiento de una prolongación con otros candidatos del partido oficialista, bregaron por la posibilidad de un nuevo periodo del presidente en ejercicio, pues todavía regía la Constitución histórica de 1853, y 1860, que no permitía la reelección inmediata. Esa continuidad aseguraría, según los que eran íconos de esa tesitura, la continuidad no sólo de la política seguida hasta entonces por el presidente sino también la continuidad de todos los equipos que acompañaban en esa gestión. Por supuesto que el propio presidente manifestaba su interés en ello: distinta había sido la situación con el presidente anterior, que cuando el Consejo para la Consolidación de la Democracia emitió sus dictámenes que contemplaban también un periodo de cuatro años con reelección, envió de inmediato una nota en la cual sostenía y afirmaba (y se comprometía) a que si eventualmente se llegaba a aprobarse, él se autoexcluía del beneficio que podía otorgarle una reforma de ese tipo.

c) En ese estado de la cuestión se llega a una elaboración conocida bajo el nombre de “coincidencias básicas”, que dentro de un proceso de reforma constitucional daba por un lado habilitación de temas al poder constituyente, para que resolviera dentro de la incumbencia propia que el constituyente tiene, es decir, diciendo sí o no, o de otra manera, pero siempre dentro de esos temas.

Pero incluía un “núcleo” en el cual el constituyente debía decir sí o no, pero no podía seleccionar, dividir, separar, desglosar o modificar los contenidos como estaban señalados en el llamado “núcleo de coincidencias básicas”. Era una suerte de curatela que el poder preconstituyente le imponía al poder constituyente. Esto daba lugar a dos actitudes posibles: la resignación ante el hiperfactualismo recordando las palabras de Tosca frente al cadáver del Barón de Scarpia: *“davanti a lui tremaba tutta Roma”*, es decir, delante de él temía o se anonadaba toda Roma. O la otra actitud, en el extremo opuesto, era la que asumió Monseñor De Nevaes, es decir: ir, sostener que no estaba de acuerdo con eso, que no se podían establecer esas limitaciones al poder constituyente, y en un acto de coherencia —que me merece el mayor respeto y admiración— manifestar su voluntad de no participar de un proceso condicionado en esos términos.

Trataré de resumir al mínimo distintos aspectos de la reforma que, con motivo de los veinte años, conviene recordar. Uno es el de los vicios originarios, que fue muy discutido

en su momento: es el del “núcleo de sus coincidencias básicas” (art. 5°), entendido como un *container*, es decir, como un bloque cerrado y hermético proveniente del pacto de Olivos. Esto era muy discutido y discutible desde el punto de vista constitucional, por cuanto significaba un retaceo del poder constituyente, pues había que votar la totalidad de sus contenidos por la afirmativa o por la negativa y sin poder modificar una coma. Fuera del núcleo de coincidencias básicas que habían acordado en Olivos (un acuerdo entre dos), existían sí otros puntos que el Congreso incluyó en la Ley N° 24309 como pasibles de reforma y que permitían una mayor libertad para los convencionales constituyentes.

d) En todos los casos el límite de su competencia estaba dado por los temas fijados por el Congreso Nacional. De admitirse la validez del art. 5° en examen, resultaría que la Convención es un órgano superfluo. O está de más el acto excesivo del Congreso, o está de más la competencia castrada de la Convención. Una cosa es una competencia limitada, porque se trata de un ejercicio del poder constituyente en etapa de revisión o de reforma y una muy otra es una competencia enervada o aniquilada por la usurpación de la Ley de Convocatoria. La distinción tiene su importancia, toda vez que si resultara irrealizable la decisión adoptada por el legislador ordinario en el art. 5°, tendríamos que admitir que en tales condiciones de cercenamiento de la facultad constituyente sería preferible que la Constituyente no se constituya (sic). La aceptación lisa y llana del art. 5° equivalía ciertamente a desconocerle a la Convención el mismísimo atributo de dictar el Reglamento que habría de regir sus sesiones y su trabajo. Nadie hasta hoy había sostenido tamaña agresión, ya que siempre se había reconocido a estos Cuerpos las facultades implícitas inherentes al cumplimiento de su función.

La justificación del art. 5° por razones “políticas” entronca, por lo demás, en la raigambre del *más puro decisionismo*, que es como decir que habrá de prevalecer el capricho e interés de los actores y gestores del Pacto por sobre la voluntad del pueblo que se traduce en los Constituyentes. En última instancia, el art. 5° resume una vez más lo que en tantas oportunidades ha significado el predominio de la facción por sobre el interés de la Nación. *Este art. 5° rompe con la noble tradición del Acuerdo de San Nicolás, que preservaba la libertad de los constituyentes como dato valioso para la gestión constitucional* (y así lo recogió el primer *Dictamen* del llamado Consejo para la Consolidación de la Democracia, que desaconsejaba cualquier tipo de mandato imperativo: Eudeba, p. 96).

Lo más preocupante de esta situación planteada a partir del art. 5°: que un condicionamiento así, más allá de lo opinable en cuanto a su remanida “conveniencia” política, pone en el camino del proceso constituyente una alarma de deslegitimación; el poder preconstituyente cobró primacía sobre el poder constituyente.

El tema motivó un gran debate inicial en la Convención al momento de aprobarse el Reglamento, lo que llevo varios días hasta que finalmente se aprobó el “container” tal como venía establecido en la ley de convocatoria que el Congreso había sancionado após su crítica y descalificación por convertir a la Convención Reformadora en “un órgano superfluo”, con “competencia castrada”, en una asamblea “refrendataria” y resignada a pronunciar el “amen”. Si bien el último intento por romper el “container” fue en esa discusión del reglamento, para llegar a esos consensos hubo muchas concesiones recíprocas que después se han traducido en el articulado: concesiones para todos y entre todos, tales como el tercer senador, la jerarquía constitucional de los pactos de derechos humanos, la ley de coparticipación, la propiedad originaria o dominio originario de los recursos naturales, etc.; todo ello con la finalidad de ir conformando una mayoría compacta en

el momento de la votación. No se puede ocultar que también hubo alguna disciplina “stalineana” en los partidos políticos que aceptaron esa situación y que solo permitieron que se inscribieran como candidatos para ser presentados en la elección aquellos que aceptaban esos condicionamientos, por lo cual hubo proscripciones (sic) de las personas que fueron vetadas por no aceptar el núcleo de coincidencias básicas (caso concreto: la UCR, Comité Nacional).

II. Los aciertos

Voy a empezar por los que considero que fueron aciertos de la reforma de la constitución. No se pueden excluir entre los aciertos la incorporación del art. cuarenta y tres, que tiene a la vista un doble mérito. Dicha norma se refiere a las garantías y ese mérito lo podemos señalar de la siguiente manera: primero, superar las limitaciones del “decreto ley” de facto de mil novecientos sesenta y seis en materia de amparo, que era la norma que regía en ese momento, pues la Constitución no tenía una referencia específica al amparo, porque en 1853 y 1860 todavía no se hablaba de ello. Pero el decreto ley dictado por Onganía y Martínez Paz tenía sí un punto *antiamparista*, es decir, de limitación al amparo, que la Corte había creado pretorianamente con los casos Siri y Kot (en 1957 y 1958 respectivamente) y después otros ya más desarrollados como el caso Buosi; y así sucesivamente.

Una ingenuidad fue la de ese decreto-ley porque siempre hubo y habrá jueces *súper amparistas*, que consideran al amparo como un “sana lo todo” y van más allá de lo que Orgaz y los demás jueces señalaron en “Siri” y en “Kot”. Hay jueces *razonablemente amparistas*, que se ciñen a la doctrina que la Corte estableció, es decir, cuando no existe otra vía apta para reparar el Derecho o que, existiendo, es una vía que puede resultar ineficaz por extemporánea o tardía y por eso hay que acudir a un remedio sumario y no a las vías ordinarias. Y hay jueces decididamente *antiamparistas*, es decir, que se han caracterizado por su reticencia en el tema. Es bueno recordar que la propia Corte Suprema de Justicia de ese mismo período (es decir, cuando se dictó el decreto-ley), acogió el amparo en muchísimos casos, mediando declaraciones implícitas de inconstitucionalidad. En segundo lugar, del art. 43 resulta algo muy importante: que los jueces, todos, pueden declarar la inconstitucionalidad por vía del amparo. Aunque es más fácil obtenerlo por otra vía, tal como la “acción declarativa de certeza”, del art. 322 del código ritual, la que resulta a veces mucho más segura y más expeditiva, toda vez que para muchos jueces el nombre mismo del amparo los asusta un poco y los hace meditar demasiado prolongadamente respecto de la rapidez con que hay que otorgarlo. La Corte Suprema de aquellos tiempos prescindió de la prohibición que establecía el “decreto ley” en el inciso donde se disponía que no se podían declarar inconstitucionalidades por vía del amparo. Así resolvió algunos casos, dos de ellos muy memorables: el caso “Outón” y el caso “Mate Larangeira Mendes”. En el caso Outón era un problema de libertad de trabajo que estaba en juego. Un trabajador al cual no se le facilitaba el acceso al trabajo por no estar acreditado como afiliado sindical. Y Mate Larangeira Mendes era la impugnación de una resolución prohibiendo el levantamiento de cosecha de yerba en la provincia de Misiones, lo que afectaba la libertad de comercio y el derecho de propiedad y otros derechos. Y la Corte hizo caso omiso de la prohibición y en consecuencia accedió al amparo solicitado por los afectados. Pero el mayor mérito del art. 43 es que, al reconocer el “control difuso” de constitucionalidad, según el cual todos los jueces pueden ejercerlo, elimina la posibilidad de la creación de un “tribunal constitucional” a cargo del monopolio del citado control, la que sería una institución

totalmente ajena a nuestra inveterada tradición, habida cuenta que los constituyentes en su momento (1853 y 1860), lo dieron como un valor entendido, siguiendo el sistema americano, del que no hubo nunca cuestionamiento. Pero hay una prédica (la ha habido y algunos sectores la sostienen y la mantienen) de crear un tribunal constitucional que significaría un despojo más de la Corte Suprema en sus potestades. Ya ha tenido un retaceo con la creación del Consejo de la Magistratura, al quitarle facultades que eran propias de la Corte, y transferirlas a los largos incisos del art. 114 actual. Si se creara un tribunal o Corte constitucional, a mi modo de ver un órgano innecesario, estaríamos realmente produciendo un “vaciamiento” porque quedaría la Corte relegada a una tercera instancia simplemente para interpretar las normas del derecho federal, pero no sería la “palabra final” en materia de control. No hay que olvidarse de que la Corte se ha autodefinido con tres caracteres: *cabeza visible del poder judicial, tribunal de garantías constitucionales e intérprete final de la Constitución*. Eso lo ha dicho desde el comienzo y lo sigue diciendo, siendo el criterio al cual debemos permanecer fieles. Hay países latinoamericanos que han creado tribunales constitucionales, sin prescindir de la Corte Suprema: la verdad es que no sirven para nada. Lo tienen varios países especialmente centroamericanos y algunos sudamericanos. En Europa sí tiene su explicación, debido a esa vieja tradición de origen “rousseauiano” de la voluntad general y de la imposibilidad de que un juez pueda dejar de lado una norma sancionada por el parlamento. Se fueron creando sucedáneos, de los cuales el más importante fue la creación kelseniana de Austria en 1920 con la Constitución por la cual se introdujo una “corte constitucional” que no sólo tiene el monopolio de esa jurisdicción sino que además tiene la facultad anulatoria de la norma que llegue a ser fulminada. Nosotros no necesitamos eso. No obstante, hasta en la propia Convención de 1994 llegaron ecos en ese sentido (del lado del justicialismo el Dr. Masnata era partidario); y si bien ya había fallecido el Dr. Nino que también era simpatizante de la idea, en sus últimos años de vida no estaba tan convencido, tal como lo reconoció en un debate que compartimos. Estimo que no existe sistema más democrático que el del control “difuso”, a través del cual y en un juicio, cualquiera de las partes puede plantear la cuestión constitucional y el juez interviniente debe resolverla, si perjuicio de las ulteriores instancias apelatorias.

En tercer lugar, habría que mencionar que aunque resultara innecesario pues tenían apoyatura en el art. 33 de la Constitución Nacional, que reconoce los derechos y garantías no enumerados pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, no ha estado mal que se incluyera en el art. 43 la cobertura constitucionalizada de forma explícita del habeas corpus, del amparo y del habeas data. Con un alcance amplio en los tres casos, para cubrir una serie de hipótesis. De la única que no se cumplió, por parte del Congreso, con el dictado de leyes reglamentarias, ha sido el caso del amparo. ¿Por qué? ¿Qué es lo que ha sucedido? Somos el único país de América Latina que no tiene una ley específica de amparo. Se mantiene ese viejo decreto ley que sigue vigente, aunque está superado por el art. 43 de la Constitución, o sea que ésta ha ido mucho más lejos con la reformada de 1994 en ese punto, que el viejo decreto-ley. Pero han fracasado todos los intentos de sancionar una ley. El último intento ocurrió en el año 2006, en el cual se consiguió finalmente conformar una comisión plurisectorial en la que estaban representados todos los sectores para elaborar un proyecto en la Cámara de Diputados. Después de una ardua tarea y donde cada uno de los miembros resignó algo de lo que por su cuenta ya había anticipado en proyectos anteriores, se llegó a una redacción bastante amplia (alrededor de 30 artículos) que, incluía también el amparo colectivo, lo

que hubiera hecho innecesario la creación jurisprudencial de la *class action*, que no ha sido reglamentada (y que la Corte acaso quedó un poco asustada de la criatura que inventó). El proyecto fue aprobado por unanimidad de la Cámara y, con gran sorpresa cuando se hizo la votación en particular de los treinta tantos artículos, todos fueron aprobados por unanimidad. Nadie pidió la palabra para corregir nada. Lo cual llama la atención porque siempre hay alguien que pide la palabra pedir que se cambie aunque sea una coma para quedar inmortalizado en el diario de sesiones. Pero no pasó nada de eso; al contrario: hubo un aplauso colectivo, toda la Cámara se puso de pie y el proyecto pasó al Senado donde alguien decidió “cajonearlo” y que no se tratara nunca más ese proyecto. El mismo fue reiterado una o dos veces, ya que por aplicación de la Ley Olmedo, se produce la caducidad de los proyectos después de cierto plazo, pero hasta hoy no ha habido nunca “luz verde” para que se tratara de nuevo.

En cuarto lugar, merece encomio la disposición transitoria número uno de la reforma constitucional referente a los derechos argentinos sobre las Islas Malvinas y territorios afines, por cuanto remite expresamente a la conformidad con los principios del derecho internacional. Se reitera y ratifica la soberanía argentina con la obligación indeclinable de bregar por la obtención y el recupero de esas islas del Atlántico Sur, añadiendo la conformidad con los principios del derecho internacional, de lo que resulta una exclusión de la hipótesis bélica.

En quinto lugar, me parece también un acierto (aunque es muy opinable), la instalación ya definitiva del tercer senador, que había sido prevista y aplicada con la Enmienda de 1972 en el Congreso elegido en 1973 y que duró hasta 1976, período en que hubo tercer senador. La finalidad fue la misma que en aquella oportunidad: evitar que pueda darse una composición unánime con un único sector político, como ocurrió en algunas oportunidades. Así fue en 1946 a causa de la exclusión arbitraria de los senadores de Corrientes, por lo cual hasta el año 1955 hubo un Senado unánime; y en 1958 hasta la elección de Alfredo Palacios en el 1961 que fue el primer senador no oficialista que pudo incorporarse en esa oportunidad. Pero el art. 54 cambia la terminología y, por ende, la interpretación acerca de la adjudicación de las bancas. En 1972 se hablaba de la mayoría y de la minoría y en 1994 se pone al “partido político” que obtenga el mayor número de votos y al que le siga en el número de votos, es decir, prácticamente concentra en la partidocracia la decisión respecto de la nominación del senador por minoría. Esto tiene, a mi modo de ver un inconveniente, porque rigidiza en vez de flexibilizar la presencia opositora y pluralista en ese cuerpo.

En sexto lugar, debemos contar que alivió el trámite de sanción de las leyes en cuanto a los pases entre ambas Cámaras por discrepancias entre la “iniciadora” y la “revisora” (de 5 a 2), tratándose de “adiciones” o “correcciones” (art. 81).

III. Cuestiones que plantean dudas e interpretaciones polémicas

El art. 124 reconoce el dominio originario de los recursos naturales por parte de las provincias. En este momento es un tema polémico vinculado con el proyecto de nuevo régimen legal para el tema del petróleo. Ya esto ha sido debatido en el Congreso en los años 1929 y 1930. Frondizi también envió un proyecto de ley que fue aprobado y Julio Oyhanarte —entre otros— escribió al respecto. Una cosa es el dominio y otra cosa es la política petrolera o la política de recursos naturales. ¿Dónde comienza una cosa y dónde termina o empieza la otra es difícil de establecer?

Pero hay algo más polémico, que es la potestad de las provincias para celebrar convenios internacionales con países y con organismos internacionales. Parecería que esto es inocuo o que no tiene ningún ribete adverso. Sin embargo, por el art. 27 del “tratado de los tratados”, es decir, la famosa Convención sobre régimen de tratados, también llamado Tratado de Viena, que estipula cómo deben ser los tratados y cuáles son las responsabilidades (que es Ley N° 19865, que se aprobó y por lo tanto posee jerarquía superior a otras leyes), tiene un artículo, el 27, en el cual se establece que no se pueden argüir ningún tipo de cuestiones de derecho público interno para no cumplir los tratados, por lo que entonces la responsabilidad es del estado nacional. Esto podría significar que esos convenios o acuerdos que celebren las provincias con otros países pudieran ocasionar en algún caso reclamos reparatorios y el que tendría que enfrentarlos sería el Estado nacional, o sea, el pueblo de todo el país a través de los recursos que van al tesoro federal. Además, esos acuerdos que se hagan son compromisos que no están registrados, pues nunca llegó a establecerse en el Congreso la creación de un organismo registral de los actos que puedan celebrar internacionalmente las provincias, y ese problema sigue sin resolver. La Cancillería en algún momento hizo algunas consultas acerca de si esta norma 124 vinculada con los compromisos internacionales es directamente “operativa”. Y algunos opinaron, entre ellos el suscripto, de que tiene que ser reglamentado porque se puede prestar a dificultades muy grandes en el orden interno nuestro. Pero no ha habido ninguna “implementación” hasta el día de hoy.

Otra cláusula, la más conocida de todas: la de coparticipación. Nunca se ha sancionado la Ley de Coparticipación. La verdad es que esto ha sido un engaño porque mientras tanto continúan viejos arreglos que son parches o remiendos de sus precedentes. No se cumplió el plazo que estaba en la cláusula sexta y establecía un año concreto: 1996. Estamos en 2014 y no hay ley de coparticipación. Lo que hay son más “parches” y “remiendos”. Y ningún presidente tampoco ha manifestado mayor interés en que se proceda a poner en funcionamiento el mecanismo del inciso segundo del art. 75, que tiene sí un aspecto que puede ser polémico. Después de la gestión, la negociación y la sanción de esa ley, se requiere la aprobación de las provincias (de todas las provincias). No es un problema de simple mayoría. Esto se habrá hecho con la finalidad de robustecer el régimen, forzando o provocando un acuerdo en el cual resultara que el reparto entre lo que le corresponde a la nación y lo que le toca a las provincias sea equitativo. Pero es una cláusula propia de las *confederaciones* y no de los *Estados federales*, por lo cual se está violando el art. primero de la Constitución que establece que nuestra forma de gobierno es representativa, republicana y federal. En las confederaciones sí hay (y se les reconocen a los estados confederados, como ocurrió antes de que se estableciera la Constitución de Filadelfia en los Estados Unidos) el “derecho de nulificación”. Los Estados podían declarar la nulidad de una norma acordada por la Confederación. En la Argentina, y en los Estados Federales eso no es admisible. De modo que creemos que la parte del art. 75, inc. 2, es de dudosa constitucionalidad, porque los Constituyentes no podían modificar los arts. del 1° al 35 donde están las decisiones políticas fundamentales como son las declaraciones, derechos y garantías y además se establece un estado de tipo federal y no confederal.

Otro problema de dudas e interpretaciones es el art. 120, que erige al Ministerio Público en una especie de cuarto poder del estado. Si uno lee los títulos de la Constitución en la segunda parte, aparecen el Poder Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial del gobierno federal, pero también aparece este cuarto (sección cuarta) que es el Ministerio Público. Uno lee ese artículo: es un poema, es una maravilla, está muy bien redactado en cuanto al elogio de la

función del ministerio público, especialmente el ministerio vinculado con la jefatura de los fiscales y también de la defensa. Pero esto fue agregado a último momento y de apuro, cuando ya se había cerrado el plazo para la elevación al plenario de la Convención. Los constituyentes no encontraban dónde insertarlo: si dentro del poder judicial o dentro del poder ejecutivo, pues se había discutido mucho, durante décadas y décadas en qué órbita estaba el ministerio público. Y entonces optaron por una creación de Poder; pero eso no es lo grave: lo más grave es que cuando uno lee ese artículo se acuerda de aquello que dice que “cuando la limosna es grande hasta el santo desconfía”. ¿Qué falta en ese art. 120? Y ahora estamos viendo que lo que falta en este momento es de gravedad enorme, pues no se menciona la *estabilidad*. Y alarma el caso de Campagnoli, el fiscal, que puede ser un torniquete anunciatorio para que otros fiscales se domestiquen y no tengan la libertad de acción y el elevado espíritu que tiene este hombre que está padeciendo la “espada de Damocles” de un jury de enjuiciamiento que se le viene encima. Todo esto ha sido pergeñado por la Procuradora General, que considera que puede por sí y ante sí suspender a un fiscal. Aunque la propia ley reglamentaria de Ministerio Público, confiere una cierta estabilidad al Ministerio Público. Pero es de una ley: aquí hacía falta la estabilidad constitucional que hubiera evitado estas situaciones enojosas; la conformación de un jury no es suficiente garantía, pues la ley puede ser modificada por otra ley.

Por último, otro tema que también parece que entra en este mismo capítulo, es el del art. 75 inc. 22, cuando después de mencionar los diez pactos, convenios y tratados vinculados con los derechos humanos (más los tres que se han incorporado por el mecanismo que la propia norma habilita para que tengan esa jerarquía constitucional) contiene un párrafo que afirma que son complementarios de los derechos que están en la Constitución y que no pueden ir en contra de tales derechos y garantías. Pero sostiene que tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”. Y esto ha querido ser mal interpretado por algunos, señalando una serie de hipótesis y conjeturas. En las “condiciones de su vigencia” está referido a que muchos tratados, acuerdos y pactos se acuerdan con “reservas”. La Argentina puede hacer *reservas*, sugeridas por el Congreso o introducidas por el Ejecutivo. Así ocurrió con el Pacto de San José de Costa Rica, así ha acaecido con la aprobación del Pacto de derechos civiles y políticos, que es complementario de la Declaración Universal; y que son reservas importantes, que muchas veces no aparecen reconocidas por los jueces en el momento en que dictan las sentencias y que deberían tomar en cuenta dado que la norma ha tenido una “reserva” y que por lo tanto no rigen en los términos en los que ha sido redactado el documento de marras. Por ende “en las condiciones de su vigencia”, fue puesto para eso, o sea, para que se respeten las reservas. Pero hay algunos doctrinarios que admiten otro tipo de interpretaciones.

IV. Errores. Cuestiones a reconsiderar

En el caso que eventualmente pudiera hacerse. El primero de los errores que creo y aquí debo “cantar la palinodia” porque en algunos momentos pensé que había que ir hacia la elección presidencial directa con distrito único y voto directo, que es el sistema que ha regido con la reforma de la Constitución. Sin embargo, estimo que ha sido un error. Un país como Estados Unidos, primera potencia mundial, manejándose con una Constitución de tanta antigüedad y de tanto consenso, no cambió el régimen de elección indirecta de segundo grado por medio de colegios electorales compuestos por electores o compromisarios. Lo que ha ocurrido en nuestro país es que la elección presidencial se reduce a una

disputa en cinco distritos aproximadamente: provincia de Buenos Aires, con 16 millones de habitantes, Capital Federal o Ciudad Autónoma de Buenos Aires como se llama ahora, Santa Fe, Córdoba y Mendoza. Y el resto participa, vota, pero obviamente su gravitación es mínima. Tenían mucha más gravitación que podía servir para un desempate, o podía valer eventualmente para un acuerdo o formar una fórmula presidencial y vicepresidencial de convergencia, lo que ahora obviamente no tiene ninguna posibilidad. Personalmente estimamos que también hay que introducir alguna otra modificación en el tema de la duración del período presidencial. Hay que fijar el término, no en seis ni en cuatro años, sino en cinco años. Creo que cuatro es muy poco: enseguida se está pensando en la reelección, y seis era demasiado, porque “el mal humor social” surge por lo general después del cuarto año. Creo que sin ir muy lejos, nada más que mirando a la República Oriental del Uruguay, el plazo de cinco años sin renovaciones intermedias, permite una estabilidad y una gobernabilidad o gobernanza suficientemente adecuada. Es por supuesto opinable todo esto, pero las renovaciones parciales en un país como el nuestro politizan todo en forma permanente. Termina una elección y empieza ya la primaria o la interna o los acuerdos o las expectativas, como lo estamos viendo ahora: hubo el año pasado una elección y ya se está politizando todo en vista de la elección del año venidero, que además de la presidencial abarca la mitad de la Cámara de Diputados y un tercio del Senado (que cada dos años se renueva por tercios). En Estados Unidos renuevan cada bienio la totalidad de la Cámara de Diputados o de representantes (así los llaman), pero ellos están habituados a eso. Creo que no es el mismo efecto de psicología social en nuestro país que la que media en el caso de los Estados Unidos en que —por otra parte— se aplica el voto uninominal por circunscripciones.

Lo segundo que requiere también algún cambio es el régimen constitucional *de los decretos de necesidad y urgencia*. Sobre todo en un aspecto, y no me refiero a la ley reglamentaria, sino a que la Constitución excluyó de los DNU nada más que la materia penal, la materia tributaria, el régimen electoral y el régimen de los partidos políticos. Estos temas no pueden ir por DNU. Pero todo lo demás puede aprobarse por DNU: entonces se puede expropiar por medio de un decreto de necesidad de urgencia (es grave). Se puede cambiar el número de los jueces de la Corte, sin ley, sino por un DNU. Se pueden modificar las garantías del art. 18 en su reglamentación, por medio de un DNU, como toda la seguridad personal, o la reglamentación misma de los derechos que la Constitución dice que lo serán “por las leyes que reglamenten su ejercicio” (art. 14°) o sea que todo eso se puede hacer por DNU, mientras la partidocracia se protegió a sí misma disponiendo que lo electoral y los partidos políticos no se modifican por DNU. Lo penal y tributario va de suyo, porque son principios que vienen desde la Carta Magna en adelante. Pero quedan desprotegidas un montón de situaciones que creo que deberían haber sido incluidas en la exclusión. Dicho todo esto sin dejar de expresar que el acudimiento constante a los DNU —habiendo mayorías propias en las Cámaras— obedece a la displicencia del Ejecutivo en relación con el “debate” y la transparencia (sic).

En tercer lugar, el Consejo de la Magistratura, tal como está en el art. 114, considero que no puede seguir así en forma eterna. En principio, porque estimo que debió haberse fijado la integración con mayor precisión cuantitativa, como por ejemplo, lo hizo la Constitución de la Ciudad (CABA): nueve miembros, tres, tres y tres, por cada estamento: jueces, abogados y legisladores. Hemos tenido otro Consejo de la Magistratura enorme, que fue reducido a 13, y que puede variar en el futuro otra vez para hacerlo más enorme o gigantesco. Yo recuerdo una anécdota, cuando me tocó ejercer el Ministerio, con las

dos visitas protocolares que de inmediato que hay que hacer de acuerdo a las tradiciones: a la Corte Suprema, debiendo sumar también ahora al Consejo de la Magistratura. Era enero del año 2002, mes de feria. La Corte Suprema estaba también de feria, pero salvo uno que no pudo llegar a tiempo, todos los demás miembros estuvieron presentes. Así, el día tres o cuatro de enero los visité y tuvimos una muy grata reunión, muy prolongada y fecunda. Pero el Consejo de la Magistratura dijo que no, ya que ellos estaban de feria y que hasta febrero no recibían a nadie. Lo cual parecía una descortesía; habida cuenta que tienen por lo menos autoridades, presidente y vicepresidente. Hice llegar mi malestar respecto de esa falta de cortesía; y entonces, alrededor del día 20 ó 21 anunciaron que recibirían al ministro de Justicia. Sesionaban en esa época, instalados en el cuarto piso del edificio de Tribunales, donde antes estaba la sala de audiencias de la Cámara Civil. Era una reunión con los titulares, obviamente, como lo había sido con la Corte. Cuando llego me esperaba el vicepresidente, porque nunca el presidente del Consejo de la Magistratura había ido a ninguna sesión (el Dr. Nazareno nunca en su vida pisó el Consejo de la Magistratura). Estaba el vicepresidente. Abrió la puerta y había a la vista una multitud. Entonces dije: Pero “entendí que era una reunión con los consejeros”. Me respondieron: “Sí, son los que están sentados en esa mesa, no están todos porque algunos están de vacaciones”. “¿Y todos esos que están allí, esa multitud?”, pregunté. “Son los asesores”. Como fui acompañado por el subsecretario, le pedí al oído que los contara mientras yo hablaba y dialogaba con ellos. Eran 160, más o menos; Una cosa impresionante. Perdón por la anécdota, pero es atinente.

En segundo término, creo que no se respeta lo que dice la Constitución en cuanto a que se procure el equilibrio dentro de la composición del Consejo de la Magistratura. Por lo cual, insisto en el argumento: tendría que especificarse cuánto le corresponde a cada uno. También la Constitución dice “en representación” de los órganos políticos resultantes de la elección popular. “Representantes” no significa que los senadores y diputados tengan que tener un doble rol: estar sentados en la banca y a su vez en el Consejo. La tarea del Consejo por lo visto y dadas la gran cantidad de vacantes judiciales que se producen, es una tarea *full time*; y la tarea del Congreso, me consta, también es una tarea *full time*: se está allí y no se puede estar en otra función. Pero nunca se interpretó que la “representación” era la posibilidad de nombrar a representantes por parte de los diputados o por parte de los senadores para que actuaran en el Consejo de la Magistratura. Personalmente creo que hay que eliminar la participación de los senadores porque éstos intervienen después, cuando se les giran las ternas a efectos de darle el “acuerdo”. De modo que tienen una doble intervención ahora: en el Consejo de la Magistratura primero para la selección y, después, cuando las ternas llegan al Senado y tienen que darle el “acuerdo” (sic). Y por lo mismo creo que el Poder Ejecutivo no debe estar interviniendo en el Consejo de la Magistratura, porque el Poder Ejecutivo participa luego, al final, cuando llega la terna y de ésta elige uno de los tres. Lo que ocurre es que hay poderes ejecutivos a los que no le gustan las ternas y procuran que haya una “terna alternativa”, es decir, una figura que no está prevista ni en la Constitución ni en la ley, pero esa anomalía se ha cometido. También la Constitución habla del representante del ámbito académico y científico; y el país tiene dos Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales, pero ningún académico, ni de Córdoba, ni de Buenos Aires, ha sido elegido miembro del Consejo de la Magistratura. En el ámbito científico, la palabra “científico” tiene una laxitud muy grande, pero lo de “académico” es mucho más preciso. Lo cierto es que el art. 114° se refería exclusivamente

a científicos o académicos del campo del derecho. Por ejemplo, la convencional María del Carmen Falbo fue concluyente cuando dijo que el artículo requería que “estén las mejores personas pertenecientes a [las Academias de Derecho]”.⁽¹⁾

Ha habido campañas electorales en las que los candidatos han recorrido las universidades de todo el país buscando votos para su postulación. Verdaderas campañas políticas para ser elegido consejero de la magistratura (que aseguran una jubilación equivalente al Tribunal Nacional de Casación, es decir, casi como la Corte).

Un detalle, que hay que conocer, que hay que saber: tienen demasiadas atribuciones. No vamos a leer los seis incisos, pues todos ustedes los conocen. Pero la Corte Suprema, y esto creo que es fundamental, sigue siendo “suprema”, pues el art. 108 no ha cambiado la denominación. Y dice, *una* Corte Suprema, que la ha creado la Constitución y no la ley: es pues, el tribunal creado por la Constitución y, después, la cantidad de miembros se fija por ley. Pero apunto a que las decisiones del Consejo de la Magistratura, si adolecen de arbitrariedad o de inconstitucionalidad, pueden ser revisadas o llevadas a revisión ante la Corte Suprema. Es la única forma de poner coto a exorbitancias o desviaciones de poder que puedan incurrirse por parte del Consejo de la Magistratura: considero que la Corte puede, a mi modo de ver, asumir la potestad de revisión respecto de las decisiones del Consejo de la Magistratura. Bueno hubiera sido que los constituyentes argentinos tomaran en cuenta también otros modelos y no se inspiraran en el del Consejo Supremo del Poder Judicial, del Reino de España, que ha resultado ser el más escandaloso y desaconsejable. ¿No contaron acaso —en Santa Fe— con traductores de otros idiomas? Hace años tuve oportunidad de asistir a una sesión del Congreso de los Diputados de España, en la que se procedía a la elección de miembros del Consejo Supremo del Poder Judicial. El voto era secreto; y con gran sorpresa observé que al practicarse el escrutinio aparecían votos insólitos: por un torero, por una *porno star*, por artistas de la farándula, etc.; en medio de las carcajadas y los aplausos de los propios legisladores; causándome esa frivolidad una pésima impresión.

Y, una cuarta observación, es que en el inciso sexto de este art. 114, termina diciendo que el Consejo de la Magistratura dictará las medidas de reglamento que aseguren la independencia de los jueces y la eficaz prestación del “servicio” de justicia. Esto me parece un horror; y si decir “administración de justicia” es un concepto monárquico, que viene de la época en que los reyes impartían justicia en nombre del rey, y dependían de éste (basta ver como en Locke estaba así previsto), que hoy se confunda con un “servicio público”, que por las acepciones que tiene en el diccionario de la Real Academia puede ser desde un retrete de baño, al servicio doméstico, o al servicio de lo que sea, como un orinal, los sanitarios, el transporte o “hacer un flaco servicio” (conf. *DRAE*). Además, la palabra “servicio” está vinculada con contraprestaciones por lo general, y con tasas en particular. De modo que este engendro que creo que se debe a ciertos autores que han empezado en el país a hablar de “servicio de justicia”, puesto así en la Constitución resulta que en vez de ser un avance es un retroceso.

La justicia es un Poder, es una función que prestan los jueces que forman parte de uno de los poderes, y no una simple “administración” o un “servicio”.

⁽¹⁾ Diario de Sesiones, 3era. Sesión Ordinaria, 28 de julio de 1994.

V. Desprolijidades y silencios

a) El artículo “perdido”. Esto no hay que olvidarlo: el art. 77, segunda parte de la Constitución. Una ley del Congreso encontró y redescubrió un artículo que se les había perdido en el momento en que se imprimió la Constitución. Oh casualidad, ¿Qué dice esa parte que se perdió y que se descubrió después y que la Ley 24430 la introduce? “Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las cámaras”. Es decir, otra vez la partidocracia, que se autopreserva estableciendo una mayoría especial para que no se modifiquen las normas vinculadas con el régimen electoral y con los partidos políticos. ¿Es un resguardo precaucional para la partidocracia? Pareciera que sí. Y esto está vinculado con la mayor protección que se da para la estabilidad de las normas electorales. Otra desprolijidad es la del art. 120, del Ministerio Público, en cuanto a la forma en que fue introducido: el último día, a último momento cuando estaban vencidos los plazos. Otra improvisación que podría haber dado lugar a una impugnación.

b) Llama a la atención que el tema de los “Derechos Humanos” no contó con el interés ni la preocupación de los diputados constituyentes Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner. Néstor solamente hizo uso de la palabra en dos oportunidades, para preguntar por el monto de los viáticos de los Convencionales y el costo de la Convención; y la otra para criticar al presidente Carlos Menem por ser bajos los aportes del Tesoro Federal a la provincia de Santa Cruz. La única participación oral de la actual presidenta fue en el mismo sentido: el reparto de los recursos.⁽²⁾ Tampoco abrieron la boca al tratarse el Capítulo Segundo sobre “Nuevos derechos y garantías” (arts. 36 al 43).

VI. Omisiones y olvidos

Creo que hubo omisiones que se prestan, como toda omisión, a que pueda articularse o esgrimirse cualquier argumentación. Una: que los “conjueces” deban ser elegidos de la misma manera y forma que los jueces de la Corte Suprema. El inciso cuarto del art. 99 ha introducido lo que no estaba en la Constitución: el requisito de los dos tercios de los miembros del Senado, presentes y en sesión pública convocada al efecto. Eso no se ha cumplido con la última nómina de los conjueces (año 2014), donde no hubo los dos tercios de los presentes. Sin embargo, no obstante que las oposiciones o las minorías lo cuestionaron, salió adelante nomás. Y al día siguiente se publicó el decreto de nominación. El primero que sostuvo en el país que los conjueces tenían ser designados como los jueces de la Corte Suprema fue José Benjamín Gorostiaga —constituyente de 1853 y 1860—. En un intervalo en que fue, al tiempo de la organización nacional, diputado nacional y vicepresidente de la Cámara de Diputados, sostuvo esa doctrina (era un “intérprete auténtico” de la Constitución). Segundo, *el tema del voto*. Si es libre u obligatorio. Ésta es una situación de duplicidad. La Constitución ha dispuesto que sea obligatorio, entre las condiciones del sufragio (art. 37). Pero todos los Pactos que hemos jerarquizado no lo dicen. De modo que podría ser libre si esos pactos tienen jerarquía constitucional. ¿Qué predomina: el 37 o los pactos que tienen jerarquía constitucional? Personalmente

⁽²⁾ Conf. Ricardo Roa, *Clarín*, 24/05/2014.

soy partidario —en los tiempos actuales— del sufragio libre, tal como lo votó una de las Cámaras del Congreso en 1912.

La inhabilitación. Yo estimo que la condena por inhabilitación en el juicio político debería ser considerada como una pena principal y no accesoria. Es mucho más impactante la “inhabilitación” que la segregación. Se han dado casos en que alguien ha sido destituido por juicio político y después ha sido propuesto para otro cargo. Tendría que ser pena principal.

La libre circulación de las monedas. Perú, por ejemplo. Todo esto que está pasando por el cepo. Hay constituciones de varios países que prohíben todo eso. Perú tiene en su Constitución el art. 64 que prohíbe cualquier tipo de coerción o de coartada tendiente a poner límite a la libre circulación de las monedas y su libre cambio. En el caso argentino se sumó a las potestades del Congreso (art. 75), inc. 19) la de cuidar el valor de la moneda, “su defensa”, pero es evidente que los legisladores son sumisos a la voluntad del Poder Ejecutivo y permiten que nuestro signo esté “al gareté” de las fauces insaciables de la voracidad fiscal. Es por ello que a nuestro “peso” se lo conoce como “peso pijama”, que sólo sirve para entrecasa (sic).

La Auditoría General de la Nación (art. 85). La gente se embelesa pensando en los dictámenes del presidente Leandro Despouy, pero sólo el presidente deberá ser designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, o sea, en ambas cámaras. Pero el resto de los auditores la mayoría son representantes del oficialismo. Entonces, lo que se lee en los diarios (que Despouy impugna esto, cuestiona lo otro, etc.) después, cuando se vota, sale otra cosa porque los demás miembros son del oficialismo, es decir que la autoridad moral del presidente puede ser por ser presidente, pero no pesa. En cambio en algunas Constituciones provinciales, donde se empezó a incluir ya hace muchos años este tema de que la oposición tuviera un órgano de control, era para todo el cuerpo y todo el organismo.

Con respecto al control, yo no sé si la Auditoría ha sido realmente un paso adelante. Me parece que el viejo sistema del Tribunal de Cuentas por un lado y la Contaduría por el otro, era mejor. Pero allí hubo un entusiasmo en el cual casi todos los partidos, en el Congreso y antes de la reforma de la Constitución, cambiaron el sistema. El régimen actual es un “viva la pepa” porque la Sindicatura nacional no controla nada y la Auditoría informa al Congreso. Es decir: no hay Tribunal de Cuentas.

Un caso especial es el del art. 129 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No está claro el alcance de la autonomía. Está enunciado como ya lo conocen, y la “ley de deslinde”, llamada “ley Cafiero”, fue una ley de “acogotamiento”, que prácticamente ha quedado después en parte modificada o superada por los hechos, pero es obvio en mi modesta impresión que el art. 129 no resuelve un problema. La vieja ambición porteña era la votación popular del intendente: la electividad. No se hablaba de la autonomía. Hubo un gran debate en los años 1916 y 1917 en la Cámara de Diputados y en el Senado, y, por un voto, no salió el Intendente elegido (también había sido defendida en 1881 por el diputado Pedro Goyena). Y después hubo una media sanción la última vez que se volvió a tratar, que fue en 1987, ante un proyecto de mi autoría, que se votó en la Cámara de Diputados y que incluso el doctor Ítalo Lúder, que además de constitucionalista era diputado en ese momento, apoyó la constitucionalidad de esa elección directa (Debates, año 1987). Pero esa media sanción nunca fue aprobada por el Senado, por mera especulación electoral en vista del próximo cambio presidencial (en 1989 resultó electo presidente el doctor Menem).

Mientras tanto, la CABA fue *omitida* en el inc. 12 del art. 75, en lo referente a la aplicación de los Códigos de fondo: sólo mantiene la distinción entre tribunales “nacionales” y tribunales “federales”.

La misma *omisión* se repite en el inc. 2° cuando no la incluye en la etapa de formulación de la “ley convenio” “sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias” en materia de coparticipación, aunque la incluye en el párrafo referente a la “distribución”.

Otras omisiones u olvidos merecen apuntarse.

a) El Consejo Nacional Económico y Social (CONES), que en algún momento existió y sobre el cual me ocupé en la obra *El misterio de la representación política*⁽³⁾ y en *Estado de Derecho*,⁽⁴⁾ como órgano consultivo y emisor de opiniones y dictámenes no vinculantes, por iniciativa propia o por requerimiento de los poderes ejecutivo y legislativo, a fin de prestar el asesoramiento indispensable para la adopción de medidas económicas y sociales que requieran tomar en cuenta criterios provenientes de los sectores del capital y del trabajo, sin perjuicio de ampliar su composición a efectos de alejarlo de los riesgos de “quórum” cuando es bisectorial y paritario, siendo preferible que sea plurisectorial y no paritario numéricamente (experiencia argentina de 1972–1975).

b) Inclusión constitucional de los “símbolos nacionales”, con mención expresa de su composición, a fin de resguardar el acervo histórico de la nacionalidad, compuesto del conjunto de bienes morales o culturales acumulados por tradición (*DRAE*); evitándose así la introducción de emblemas o signos ajenos al sentir general del pueblo argentino o de sectarismo político.

En el futuro, mi opinión es que hay que convertir a la ciudad de Buenos Aires en una Provincia y hay que trasladar el asiento de los órganos del gobierno federal a otro sitio. De lo contrario, va a seguir el síndrome del conflicto Tejedor–Avellaneda, que se va a repetir. ¿Quién sabe, habrá que ver, no sé si la solución tiene que ser a la brasilera o tiene que ser otra? Pero creo que el “tironeo” ese está siempre pendiente, más allá de las antinomias electorales entre el Poder nacional y el gobierno local.

VII. Incógnitas

Hay una que la quiero plantear para pensarla y en su momento discutir, que es la siguiente. Lo que acontece con la denuncia de los tratados. Los tratados de derechos humanos del inciso 22 y los tratados de integración del inc. 24 del art. 75. El 22 es más severo, pues para “denunciar” un tratado el Poder Ejecutivo tiene que pedir autorización al Congreso, que tiene que concederla por los dos tercios de los miembros de cada Cámara. En cambio, para el inciso 24, que son los tratados de integración, al Congreso se le pide mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara. Es un poquito menos rígido.

¿Cómo se jerarquizan normas o derechos humanos en el supuesto de la denuncia de un tratado de derechos humanos? Supongamos que de los trece que hay en vigencia se decidiera denunciar varios. Es una hipótesis. ¿Sería esta una nueva vía, distinta del art. 30, para reformar “por la tangente” la supremacía del “bloque” de derechos y garantías que está en la Constitución? Es decir: si para reformar artículos de la Constitución necesito declarar la necesidad de la reforma por dos tercios de los miembros de las Cámaras del

⁽³⁾ Pannedille, Buenos Aires, 1972.

⁽⁴⁾ Astrea, Buenos Aires, 4ta. edic., 2008.

Congreso, convocar al pueblo para que elija una convención constituyente y recién allí modificar la Constitución por vía de la “denuncia”, pues entonces “tirando abajo tratados” estoy modificando normas que tienen jerarquía constitucional. Es un interrogante. Es un tema teórico y no creo que se vaya a traducir nunca en su aplicación práctica. Pero es una hipótesis.

Y otra incógnita es el art. 36, que al hablar de la “resistencia a la opresión” la reconoce como “un derecho”. Con el Dr. Rodríguez Varela en la Academia Nacional de Derecho dimos una “comunicación” en donde expusimos sobre el tema y dijimos que era un “derecho natural”, en todo caso. Pero es muy difícil sostenerlo de otra manera. ¿Puede consistir en un derecho subjetivo, individual, o colectivo, el derecho de resistencia a la opresión? Además no es reglamentable. ¿Cómo se va a reglamentar la resistencia a la opresión? Fue un disparate que lo pusieran. Pero es bueno que lo hayan puesto con la firma de muchos detentadores del poder porque así da pie a que algún día acaso se lo pueda invocar frente a un “golpe desde el Estado”.

VIII. Conclusiones

Las principales fallas se encuentran en el marcado y creciente incumplimiento, tanto de las reformas introducidas en 1994, cuanto del texto de la Constitución Histórica de 1853/1860. La “Ley Suprema” está muy parcialmente cumplida y está muy altamente incumplida: en lo nuevo y en lo viejo. Cabe hacer notar que la ley 24430, que hoy mencionamos *ut supra*, publicada en el Boletín Oficial el 10 de enero de 1995 (o sea, después que se sancionó la Constitución), al ordenar la publicación del texto oficial de la nueva Constitución (que es el que leemos todos), remite a la Constitución sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. O sea que omite el texto del 1949. Pero incluye la del 1957, aunque no aceptó la enmienda de 1972. Tanto Cámpora como Perón fueron elegidos por la enmienda del gobierno de facto. Lo que ocurre es que una vez restablecido el régimen de la Constitución Histórica en 1983, el senador Saadi, presenta (con muchas otras firmas), un proyecto en el Senado para que se reimplante la Constitución del 1949. Nunca llegó a ser tratado (felizmente), pero el intento existió. Lo encabezaba el senador que era el jefe del bloque mayoritario (mayoría relativa, no absoluta), que tenía el mayor número de senadores (después estaban los radicales y después seguían los provinciales)

Hoy sería una aventura con final incierto que se facilitara la promoción de otra reforma. Sería un salto al vacío. Acaso el fin de la República. Sería abrir camino a lo que ahora se llama el “neconstitucionalismo” o el neopopulista o populismo del señor Laclau que ya falleció y su viuda Chantal Mouffe que propugnan eso, o sea un neo constitucionalismo y con otra reforma constitucional. ¿Pregunto, si en ese caso surgirá algún legislador que propicie la sanción de una ley reglamentaria del art. 30 de la Constitución Nacional? Ese intento, para evitar la exigencia de los dos tercios de los miembros cuando la Constitución habla “de los miembros”, que son todos (pues cuando habla de “presentes” es de los presentes). Sin embargo, ha habido intentos. El diputado Durañona y Vedia preparó un proyecto en 1993 reglamentando el art. 30 para que fueran los miembros presentes y no los miembros de cada Cámara. El presidente de la Cámara, el Dr. Pierri (y cuento este episodio porque es ignoto), que estaba por la reelección obviamente del presidente Menem, me llamó a un aparte y me dijo que por qué no interpretáramos el art. 30 cuando dice “y se realizará por una convención convocada al efecto”, de tal forma que ello

habilitaría al Congreso por dos tercios para que se declare Convención Constituyente y se auto-convoque. Entonces, como le dije que no, que eso era *inadmisible*, me contestó de la siguiente manera (y juro que no miento): “porque así prorrogamos los mandatos, como se hizo en el 1949, y a vos que te vence y a mí que me vence, nos quedamos”. Y le dije: “a canalladas no me presto”.

IX. Aberraciones

a) La caricaturesca figura del “jefe de gabinete” (art. 100) y la errática aplicación de sus responsabilidades (art. 101), que sólo sirvió para complacer la ansiedad de los ingenuos que estimaban que con ese “injerto” se atenuaría nuestra patología “hiperpresidencialista”. A pesar de las importantes funciones asignadas, como su *responsabilidad política ante el Congreso*, no ha pasado de ser un cero a la izquierda que ni siquiera valió para lograr la “coordinación” del gabinete —que nunca se reúne— y que podría establecer por ley del Congreso, tal como lo proyectamos antes de la reforma y bajo el régimen de la Constitución de 1853/1860.⁽⁵⁾

b) Van cinco años sin la cobertura de la vacante del titular de la Defensoría del Pueblo (art. 86) ¿Le molestará al Ejecutivo que se “regularice” esa importante función?

c) De la delegación de trámites legislativos en las Comisiones de ambas Cámaras del Congreso (art. 79, proveniente de la Constitución de Italia) nunca más se habló ¿Por qué razón? ¿Por temor o por desparpajo hacia la previsión constitucional?

d) ¿“Hasta cuándo Catilina” con la prórroga de la mal llamada “ley de superpoderes”, que implica la “inocuidad” (sic) de la Ley de Presupuesto y el indulto *a priori* por cualquier malversación de caudales públicos? Y otro tanto podría sostenerse del nuevo régimen de *irresponsabilidad* de los funcionarios públicos, cuya sucedaneidad equivale a una autoamnistía (y consiguiente impunidad) de la caterva (en grupo y con o sin concierto, pero de poca o mucha importancia —*DRAE*—) de funcionarios de toda laya.

e) La inadmisibles prórroga —inconstitucional— de la Ley de Emergencia aprobada por el Congreso en enero de 2002 y que no responde a las razones y circunstancias que obedecen a la crisis actual, que es el resultado de otras causalidades.

X. El gran interrogante

Es el siguiente. Me pregunto y os pregunto: ¿mejoró la calidad de vida institucional con la reforma del 1994? Si se recabara la opinión en una “consulta” general creo que la mayoría numérica se pronunciaría por un no explícito, o tal vez optaría por manifestar su indiferencia, o lisa y llanamente desinterés al respecto; pero no creo que ganara un sí, que dijera que mejoró la calidad institucional de vida en el país gracias a la reforma. Queda siempre una duda, y esta duda siempre acosa y puede volver a emplazarnos. ¿Fue una reforma constitucional o una enmienda “electoralera” (neologismo) con el aderezo

⁽⁵⁾ Véase *Obra legislativa*, Tomo III, p. 47, años 1989/1990.

de algunos cambios concertados cupularmente entre dos dirigentes y entre “gallos y medianoche”. Para mí no fue una reforma constitucional: fue una reforma electoral. Todo lo demás fue aderezo, fue algo agregado. Es decir: te doy el tercer senador y quedate tranquilo, te doy la jerarquía constitucional de derechos humanos y se queda el Frepaso, te doy la coparticipación y se quedan tranquilos los gobernadores y vicegobernadores. Y así sucesivamente. Con respecto al *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE)* afirmó que fue —de resultas— un cambio “electorero” (sic), en el sentido de ese vocablo genuino: “perteneciente o relativo a las intrigas o maniobras en elecciones” (o también, la segunda acepción: “munidos de elecciones” (sic).

Por último, cabe advertir cómo esa reforma constitucional en algunos aspectos, por ejemplo con relación al art. 75 inc. 22, ha permitido que se extendiera por vía jurisprudencial la reforma de la Constitución, contra la voluntad de los propios constituyentes, tal como ocurre con el desconocimiento de ciertas garantías constitucionales como son el principio de legalidad, el principio de cosa juzgada, el “non bis in ídem”, los derechos adquiridos, la aplicación de la ley penal más benigna, etc. En ningún momento los constituyentes pretendieron desconocerlo, pero la jurisprudencia de la Corte Suprema, sobre la base de una costumbre (y ni siquiera de una reforma constitucional) decidió darle jerarquía constitucional, “tirando por la borda” el art. 18 para cierto tipo de delitos. Y eso revela la poca autoridad que generó la reforma.

Creo que lo que falla es que los pronunciamientos de la Corte no se efectivizan en un cumplimiento concreto, puesto que el problema de la Corte está en su poca preocupación por el cumplimiento de sus fallos. La Corte Suprema considera que su tarea está plenamente realizada con la sentencia, y si después ésta se cumple o no se cumple, da lo mismo. En cambio, en Estados Unidos es distinto. En un caso muy patético, sancionada ya la *ley de derechos civiles*, penalizando los actos de discriminación y de desigualdad (que eso lo consiguió Johnson y no Kennedy, porque Johnson era más hábil politiquero y con influencia para que el Congreso aprobara esa ley) hubo dos gobernadores que siguieron admitiendo la segregación racial y así llegaron de nuevo fallos a la Corte. Entonces ésta se apersonó al Presidente para informarle sobre esa gravedad institucional, y el presidente levantó el teléfono, llamó a los dos gobernadores y les dijo “está partiendo la fuerza nacional para hacer efectivo el régimen legal, si usted señor gobernador no lo hace la Guardia Nacional va a tomar las medidas del caso”. Eso no se hizo en la Argentina con el “caso Sosa” en la provincia de Santa Cruz; no se ha hecho en la Argentina con el caso Badaro en materia de jubilados. Hay muchos otros casos en los que no se ha cumplido y ni el Congreso ha cumplido el mandato de la Corte para adecuar “constitucionalmente” la nominación de los “jueces subrogantes”.

Respecto del Consejo de la Magistratura mandamos al Congreso un proyecto de mi autoría que lo firmó el presidente de la República cambiando drásticamente el sistema de órgano de “acople”. De un cuerpo predominantemente político transformarlo en un cuerpo que eligiera sobre la base de la doble idoneidad: la moral y la técnica de los candidatos. También fue boicoteado y no mereció tratamiento. Y lo que hizo la senadora, a posteriori, fue politizar más el tema mediante la ley que ella propició y que es la que está ahora vigente.

Con respecto a *la re-reelección* creo que hay un argumento que no lo he visto esgrimido (por lo menos en la Argentina), que es básico en contra del reeleccionismo. Porque hay que buscar cual es el argumento, porque *Estados Unidos tiene reelección* (una). Y el argumento es que en la situación de América latina la reelección *quiebra la igualdad de oportunidades*;

porque el que está en el poder tiene muchos más medios para influir y gravitar y obtener recursos para ser reelectos, que los candidatos de alternativa o de alternancia que quieran disputárselo. Y si en toda la Constitución se está inculcando la “igualdad de oportunidades” como una aspiración o como un camino para dar más posibilidades, la reelección va en contra de eso porque el que está en el poder es obvio que no va a resistir la tentación de utilizar todo lo que tenga a su disposición para obtener la reelección: recursos materiales, financieros, presión, compra de votos, todo lo que sea. Los demás partidos obviamente están en inferioridad de condiciones. El mejor alegato contra la reelección lo hizo Perón el día primero de mayo de 1947 cuando inauguró las sesiones del Congreso con palabras terribles contra la reelección, subrayando el acierto de esa prohibición; y dijo:

Creo que la prescripción existente es una de las más sabias y prudentes de cuantas establece nuestra Carta Magna. Bastaría observar lo que sucede en los países en que tal reelección es constitucional. No hay recurso al que no se acuda, lícito o ilícito; es escuela de fraude e incitación a la violencia, como asimismo, tentación a la acción política por los gobiernos y funcionarios (...). En mi concepto tal reelección sería un enorme peligro para el futuro de la República.

¿Cambio copernicano o la presión de los “incondicionales”? Y al año siguiente... hay que releer el discurso de Moisés Lebensohn. Yo le dije al Dr. Alfonsín, muy respetuosamente, que tenía que cumplir el rol de Lebensohn en un discurso patético, pronunciado en la Convención Constituyente de 1949. De un político que no era muy brillante, pero era el que presidía el bloque que llevó a cabo el retiro para impugnar la legitimidad de ese acto sorpresivo y sorprendente (el alcance de la reforma declarada por el Congreso era total, tal como se desprende del texto ambiguo de la Ley N° 13233 de agosto de 1948).

Y ahí está explicado el porqué. Fue uno de los argumentos para el Acta del 1° mayo de 1956 cuando se restablece la Constitución del 1853. ¡Que no se repita esa historia!

Concluyo estas incómodas reflexiones trayendo a colación —una vez más— el conjetural interrogante acerca del carácter “rígido” (¿se mantiene?) o “flexible” de nuestra Constitución (¿se abrió camino para ello?), habida cuenta que de la rigidez orgánica y procedimental (art. 30, con mayorías “calificadas” y Convención Constituyente como órgano especial dotado del ejercicio del “poder constituyente”) se pasó —para los temas del art. 75 en sus incs. 22 y 24— a la posibilidad de consumir cambios constitucionales a través de una “flexibilidad” que se resume en la sola exigencia de mayorías especiales, tanto para el establecimiento de nuevos tratados (o pactos, o convenciones) de derechos humanos o para la “denuncia” de ellos (todos o algunos). Tamaña duplicidad de vías operatorias nos crea cierta confusión sobre los “contenidos posibles” de nuestra Ley Suprema. Lo así señalé tan pronto sancionada la misma y rindo homenaje a quien compartió esa duda —el profesor Miguel Ángel Ekmekdjian— y la recogió en su conocido *Tratado exegetico*, con el siguiente párrafo: “Como lo hemos sostenido públicamente, por escrito y en diversas conferencias, la frase final del segundo párrafo y el tercer párrafo del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, implican en la práctica una flexibilización de la tradicional rigidez que se atribuía a esta Constitución.

“En efecto, se puede modificar sustancialmente la parte dogmática de ella (en todo lo que se refiere a los derechos fundamentales), sin necesidad de recurrir al método previsto en el art. 30 de la norma fundamental (ver párrafos 409 y ss. del tercer tomo de esta obra), sino por el más sencillo de una doble discusión en el Congreso, con mayorías agravadas,

incluso sin necesidad de un posterior referéndum, como lo exigen varias constituciones contemporáneas para el ejercicio simplificado del poder constituyente reformador.

“Siempre hemos sostenido que nuestra Constitución no era tan rígida como se pretende, fundamentalmente a causa de la jurisprudencia deformadora de la Corte Suprema de Justicia. Pero, a partir de la reforma de 1994, es más flexible aún, ya que su parte dogmática puede ser modificada por la vía indirecta de la inclusión o denuncia de tratados internacionales sobre derechos humanos, con lo cual se deja en manos de uno de los poderes constituidos, el Legislativo, el ejercicio del poder constituyente, lo cual es muy grave, en nuestro criterio”.⁽⁶⁾

XI. Reflexión final

¿Nueva Constitución o reforma de la Constitución? Siempre hubo dos opiniones al respecto. Quedaba en un grado prevalente y más allá de las incrustaciones introducidas por la reforma, lo que realmente perduraba y tenía rango jerarquizado: eran el preámbulo, los valores, la parte dogmática, todo aquello que insuflaba esos postulados que hoy mencionábamos de aquella cultura constitucional de Occidente. Por otro lado estaban y están los que piensan que, las alteraciones introducidas en la forma de gobierno que es más hiperpresidencialista que antes, en la forma de Estado que es más centralizada que antes, en la relación del país con la comunidad internacional y el tema de los incisos 22 y 24 del art. 75 y en otros aspectos que sería prolongado ahora extenderse en la explicación, señalaban que estaban frente a un texto que más allá del respeto a la parte dogmática clásica, introducía “como un elefante en un bazar” una pieza muy difícil de armonizar en la composición de la totalidad del texto constitucional.

El tema de fondo es, si pueden darle al país plena vida democrática entidades que no practican, que no ejercitan y que no respeten los presupuestos de una vida democrática. Es decir ¿puede alguien gobernar democráticamente si no ha surgido de un proceso y de una estructura que sea en sí misma democrática?, ¿puede haber resultados en el sistema global si las estructuras de la intermediación que operan dentro de ese sistema no reúnen los mismos requisitos que se exigen para la satisfactoria vida democrática de esa estructura global? Este es el desafío que está de alguna manera pendiente de solución.

Pero la pregunta de fondo es si existe en la Argentina lo que en algunos autores europeos se comienza a llamar desde hace algunos años “el sentimiento constitucional”; expresión acuñada por autores alemanes, tomada por numerosos autores españoles y que alude obviamente a una atmósfera, a un conjunto de condiciones que hacen a la aceptación de valores, al comportamiento de la sociedad en general y de la clase dirigente en particular, a la seguridad jurídica, al respeto a la ley, en una palabra, a todo lo contrario de lo que Juan Agustín García señalaba ya como una lacra en 1900 cuando publicó “La ciudad india”, y resumiéndolo en dos palabras, decía “culto al coraje y desprecio a la ley”. Sentimiento constitucional es lo contrario: es decir, el respeto, el amor, el acatamiento a la ley empezando por las reglas del juego establecidas en la propia norma constitucional. *Por eso, yo prefiero hablar más que de sentimiento constitucional, de si existe o no una cultura constitucional;* porque la cultura es algo más que sentimiento, los sentimientos pueden ser pasajeros, los sentimientos son difíciles de interpretar, la cultura es más fácil de objetivar y, además, si es verdadera y no está acosada por la anticultura, no es efímera sino permanente y es el

⁽⁶⁾ Conf. EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Depalma, Buenos Aires, pp. 628 y 629.

mayor resguardo que tiene la sociedad desde el punto de vista de su preservación. Creo que entre nosotros chocan dos culturas constitucionales. No es la primera vez que ocurre; en varias oportunidades se ha dado. Hay una cultura constitucional que considera premisas fundamentales los cinco o seis tópicos que a manera de postulados ha consagrado la era constitucional en los dos siglos y pico que lleva: separación de poderes, principio de la libertad, justicia independiente, órganos de control, periodicidad en los cargos, principio de responsabilidad, etc. Para esta cultura, esto es algo que hace a la calidad de vida, hace a las condiciones de vida civilizada de un pueblo.

Hay otra cultura, me permito llamarla anticultura constitucional, que no cree en estos valores, no entiende el principio de separación de poderes, insiste en la unidad y en la potencia del poder en sí mismo, ve a la justicia como una simple administración y no como un poder del Estado, la periodicidad y la alternancia son secundarios porque hay que hacer lo que la suma de voluntades soberanas disponga en cada caso y si esta resuelve la eternidad en el poder, sólo Dios le pone límite a esa eternidad. En fin, relativiza el principio de la responsabilidad política y la responsabilidad de los funcionarios públicos y desde luego todo esto se traduce, no sólo en otro estilo sino también en otros resultados, en otras pautas. Creo que esto no necesita mayor explicitación: todos los que estamos presentes conocemos ejemplos de vida en una cultura y en otra cultura, o *anticultura* como me permito llamarla.

La futuridad de la era constitucional es una incógnita; se desconoce. Es, en el mejor de los casos, una ecuación a resolver, un problema a despejar; o una tarea de “prospección” a encarar como una “exploración de posibilidades futuras basadas en indicios presentes”, sin ilusiones exageradas, aunque con fe y esperanza. No se trata de intentar aventuras “aspiracionales” inspiradas en catálogos de ilusiones (sic); ni de la instalación de nuevos mitos; ni de la restauración de viejas ideologías. La axiomatización es simple: lo incontrovertible y evidente, que consiste en preservar los postulados constitucionales que han dado basamento axial y fundamental a la construcción del Estado de Derecho, la democracia constitucional, el *rule of law* y los principios incontrovertibles de la forma republicana de gobierno. Si así se hace, no hay misterios. Como nos enseñaron: *la verdad es lo que es*.

A riesgo de majadero, voy a insistir “para no pasar por encima de un estado de mi conciencia” (uno de los mandamientos del abogado), que muchas cláusulas del texto que cumple dos decenios suenan más a un “manifiesto” que a una ordenación normativa. En todo caso, es el lucimiento de un mestizaje de culturas constitucionales distintas, resultado de numerosas “transacciones” —que no fueron precisamente evangélicas— que satisficieron requerimientos más propios de un “toma y daca” que de la grandeza de un ponderoso y cuidadoso entendimiento del gran equilibrio que las circunstancias exigían después de tantas frustraciones padecidas en la debacle nacional. De la pequeñez a la grandeza, la capacidad de resiliencia no fue suficiente como para resistir concesiones más propias de la visión a corto plazo que de la “futuridad” de una provocativa grandeza nacional. Nefandos pecadillos obnubilaron la visión diacrónica (a largo tiempo) por las ansiedades estáticas de un instante sincrónico de la historia.

En la oración de Lincoln en Gettysburg, su concepción de la democracia como gobierno *del* pueblo y por el pueblo remata con mira para el pueblo. La palabra clave (implícita) es “el todo”. No era un desmadejamiento, ni flojedad, ni debilidad. Era una elevada inspiración republicana, alejada de cualquier pachucada.

Apéndice I

1) No estuvimos ante una reforma constitucional propiamente dicha, sino ante un cambio de las reglas electorales para la elección presidencial y la nominación de los senadores nacionales.

2) Si la única verdad es la realidad, en este caso la única realidad ha sido la reelección presidencial y el recurrente intento de procurar la re-reelección a través de la pretendida sustitución del mecanismo previsto en el art. 30 (no modificado) por el procedimiento plebiscitario injertado a través del nuevo art. 40 de la constitución reformada, lo cual es inadmisibile.

3) Nadie se ha preguntado, en todo caso, porque el texto nuevo no fue sometido a la prueba de una ratificación popular (como la realizada en la provincia de Buenos Aires en 1990) o a un eventual referéndum abrogatorio. Allí hubieran medido fuerzas la voluntad partidocrática por un lado y la soberanía popular por el otro.

4) La moneda de cambio por el reeleccionismo fue la creación de nuevos órganos de poder y el reconocimiento de nuevos derechos y garantías (que ya amparaba el viejo art. 33).

5) El verdadero problema —aún pendiente de solución— radica en el restablecimiento de la independencia de los órganos de control previstos en la Constitución de 1853–1860 y en las leyes complementarias. No hay control si no hay independencia del controlante respecto del controlado. Es el ABC del control. Caso contrario, todos esos órganos quedan reducidos a meras estructuras de convalidación.

6) En última instancia, el problema constitucional argentino es eminentemente cultural. Mientras que algunos creen en la cultura constitucional de Occidente, con casi tres siglos de antecedentes inmediatos; otros fijan sus creencias en los fundamentalismos autoritarios. ¿Quién vencerá o convencerá? ¿El cesarismo atávico o el necesario oxígeno de la alternancia y el ejercicio republicano del poder? El reeleccionismo sin límites ha demostrado ser una droga letal para las democracias en América Latina.

7) No será necesaria una nueva Constitución. Las cláusulas superfluas se extinguirán paulatinamente. En el Arca de Noé sólo quedarán las partes rescatables y se salvará la sustancia de la Constitución Histórica.

8) Hoy por hoy, la credibilidad de la opinión pública en la magia constitucional se mide en números negativos. Ya nadie cree en la leyenda del Rey Midas, pero si se repite la sabia observación de Herman Heller: el constituyente sólo tiene en oferta un plan de organización, y es la sociedad la que se reserva la palabra final con su acatamiento, con su rechazo, o con su cruel indiferencia. ¿En cuál estaremos?

Apéndice II

Sobre el incumplimiento de la reforma constitucional de 1994

A) En la Primera Parte de la Constitución:

La reforma de 1994 violó la prohibición establecida por la Ley de convocatoria, que le vedaba “modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo único de la Primera Parte de la Constitución Nacional” (art. 7 de la Ley N° 24309).

Previamente, en el art. 6 de la misma ley había dispuesto: “Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención

Constituyente apartándose de la competencia establecida en los arts. 2° y 3° de la presente ley de declaración”.

Ninguna de esas dos prohibiciones fue respetada por los Constituyentes reformadores de 1994.

La Convención agregó un “Capítulo Segundo” de “Nuevos Derechos y Garantías” a la primera parte de la Constitución Nacional de 1853–1860 (art. 36 a 43).

De esta innovación cabe señalar:

- a) No ha sido reglamentado el llamado “derecho de resistencia” (art. 36).
- b) No se ha re–tipificado el “delito doloso” que conlleve “enriquecimiento” (art. 36).
- c) Es insuficiente la legislación sobre “ética pública para el ejercicio de la función (art. 36).
- d) ¿Cuáles son las “acciones positivas” para lograr la pretendida “igualdad real de oportunidades” entre varones y mujeres? (art. 37).
- e) No hay reglamentación ni control de la participación económica del Estado destinada a la “capacitación” de los dirigentes (art. 38).
- f) No se aplican los derechos “de iniciativa” y de “consulta popular” en la sanción de leyes (arts. 39 y 40).
- g) La Nación no ha dictado “las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección” del medio ambiente (art. 41).
- h) No se ha completado la legislación atinente a consumidores y usuarios, a la competencia, a los monopolios, y a la calidad y eficiencia de los servicios públicos. Tampoco, las normas destinadas a “la prevención y solución de conflictos” (v.gr., el caso de las huelgas en los servicios públicos esenciales) (art. 42).
- i) Está trabado el trámite de sanción de la Ley de Amparo (art. 43).
- j) No están reglamentadas las acciones correspondientes a la protección de los denominados “derechos de incidencia colectiva” (art. 43).
- k) No se ha adaptado la legislación en cuanto a la ampliación de la acción de habeas corpus (art. 43).

B) En la Segunda Parte de la Constitución:

1) No se ha aclarado por ley el conflictivo tema de la sumatoria o acumulación de votos en la elección directa de los senadores nacionales (art. 54).

2) No se han celebrado los acuerdos ni dictado la ley–convenio de distribución y coparticipación en materia de contribuciones (art. 75, inc. 2). Ídem, con relación a las “asignaciones específicas de recursos coparticipables” (art. 75, inc. 3).

3) Es letra muerta el inc. 6 del mismo artículo, sobre un titulado “banco federal”.

4) Es de dudosa constitucionalidad el inc. 17, atinente al régimen de los indígenas (no respeta la “igualdad ante la ley” (art. 16).

5) Cabe preguntarse cuál es la normativa prescripta por el último párrafo del inc. 19 (Art. 75) sobre protección de “la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio cultural y los espacios culturales y audiovisuales”.

6) En materia de “igualdad de oportunidades”, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad, cabe señalar varias lagunas desde el punto de vista de la obligación de legislar “medidas de acción positiva” (art. 75, inc. 23).

7) Está pendiente el debate y esclarecimiento del alcance atribuible a la exclusión “en todos los casos” de la sanción tácita o *ficta* (art. 82) de normas.

8) En la elección presidencial, acerca de una eventual “segunda vuelta”, el Código Electoral no se ha respetado en cuanto al carácter de orden público, imperatividad e

indisponibilidad del procedimiento luego de cumplirse los plazos legales para confirmar la concurrencia a los nuevos comicios de “las dos fórmulas de candidatos más votados” en la primera elección celebrada (art. 96).

9) Decretos de Necesidad y Urgencia: la reglamentación vigente es violatoria del articulado constitucional, que es seriamente limitativo. Es casi imposible que el Congreso pueda derogar los DNU que considera improcedentes, pues quedan ratificados con la voluntad de una sola de las Cámaras.

10) Ausencia de una ley reglamentaria de las intervenciones federales en las provincias, especialmente de las dictadas por decreto (art. 99, inc. 20, y art. 75, inc. 31).

11) Todo el régimen referente al jefe de gabinete está contenido en un decreto y no en una ley del Congreso. Es una situación absurda o, por lo menos, paradójica (arts. 100 y ss.).

12) En materia de “facultades delegadas por el Congreso”, tampoco tiene vigencia el control de la ausente Comisión Bicameral Permanente (art. 100, inc. 12).

13) La ley de organización y funcionamiento del Consejo de la Magistratura desnaturaliza abiertamente la índole del cuerpo, convirtiéndolo en un costoso y moroso aparato (arts. 114 y 115; éste último en cuanto al “jurado de enjuiciamiento”). Requieren urgente reformas las disposiciones atinentes al régimen de los concursos y a los límites de gastos de ambos cuerpos.

14) La Sección Cuarta de la Constitución convierte al Ministerio Público en un virtual cuarto poder del gobierno federal, pero no incluye la garantía de la estabilidad para sus miembros. Es del caso analizar si la ley reglamentaria ya dictada cumple o no satisfactoriamente con esa condición tan vinculada con la proclamada “independencia” del Procurador General, del Defensor General y los demás miembros (art. 120).

15) Art. 124. La facultad concedida a las provincias para “celebrar convenios internacionales” no puede ni debe ser considerada una cláusula directamente operativa, por las implicancias que su ejercicio supone en cuanto a la responsabilidad del Estado nacional en eventuales disputas o controversias sobre incumplimientos de compromisos asumidos por las provincias. Esto es así, con más razón aún si se tiene en cuenta que la misma norma (art. 124) autoriza a la ciudad de Buenos Aires a desenvolverse en esta delicada materia, al disponer: “tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”. Debería pues dictarse la legislación reglamentaria por el Congreso Nacional.

16) Corresponde reglamentar por ley del Congreso la disposición del art. 124, último párrafo, que reconoce a las provincias el “dominio originario” de los recursos naturales existentes en su territorio.

C) En lo que se refiere a las Disposiciones Transitorias de la Constitución reformada:

Octava: la caducidad de la “legislación delegada”, salvo ratificación expresa “por una nueva ley”, al quinto año de sancionada la Constitución, fue interpretada originariamente como una facultad a ser ejercitada por única vez. Sin embargo, ya ha sido re-ejercitada. ¿Puede el Congreso Nacional asumir indefinidamente y sin límite temporal una atribución que le fue concedida en forma excepcional y no habitual? Se entiende que ese tipo de previsiones extraordinarias son de interpretación restrictiva. El tema concierne directamente a la tan ansiada recuperación de la “segunda jurídica”; y, asimismo, se ha generado una perniciosa confusión y equívocos en redor de la legislación delegante y la delegada, como así también entre la delegación propia y la impropia, que la jurisprudencia de la Corte Suprema no termine de finiquitar.

