ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales

Dirección: Québec 415 esquina Avda. Condell, Providencia, Santiago, Chile
Correo electrónico: cecoch@utalca.cl **Página web:** www.cecoch.cl

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca.

Representante Legal:
Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

Director:
Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

Subdirector:
Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de Los Andes.

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Ángel Fernández
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Álvarez
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santafé de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.
Ex Defensor del Pueblo de Colombia.

Jorge Carpizzo.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.
Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.
Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.
Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Rafael Landivar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.
Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría
María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico
Marcela Albornoz Dachelet

Revisión de Textos
Víctor Concha Anabalón

Editado por
Librotecnia Editores

Correo electrónico cecoch@utalca.cl

VALORACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994 EN SU DÉCIMO ANIVERSARIO

Antonio M. Hernández *

RESUMEN

Este trabajo analiza críticamente la reforma constitucional argentina de 1994 a diez años de su vigencia, considerando los principios e ideas fuerza que dicha reforma buscó concretar en la institucionalidad argentina en el ámbito del perfeccionamiento de la forma jurídica de Estado y de gobierno, en el tipo de gobierno presidencialista y las relaciones entre órganos constitucionales, como asimismo en el ámbito de los derechos y garantías constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional; reforma constitucional argentina de 1994.

I. INTRODUCCIÓN

Pensamos que para realizar un juicio de valor de una reforma constitucional debemos considerar los 3 períodos del proceso constituyente: el "preconstituyente", de de-

* Antonio M. Hernández, Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Público Provincial y Municipal en la UNCBA, Académico de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional. amhernandez@arnet.com.ar. Recibido con fecha 5 de abril de 2005, aprobado el 15 de junio de 2005.

claración de la necesidad de la reforma, a cargo del Congreso y que culmina con la elección popular de los Convencionales; el "constituyente", con la Convención que ejercita el poder constituyente y sanciona las reformas y el "postconstituyente", destinado a la reglamentación y cumplimiento de la reforma producida.

Asimismo queremos indicar que para la consideración del período específicamente constituyente debemos efectuar otra distinción más entre las ideas fuerza, valores y finalidades que guiaron a la Convención por una parte y su diseño más o menos acertado a través de su redacción en las normas respectivas, por el otro.

Señalamos finalmente que por razones de brevedad nos limitaremos a una reflexión sintética y panorámica de tan importantes, complejas y trascendentes cuestiones.

II. LA LEGITIMIDAD DE LA REFORMA

El problema de la legitimidad de la Constitución –dice Linares Quintana[1]– es de naturaleza esencialmente política, y debe resolverse remontándose hasta la naturaleza del acto constituyente. Este autor coincide con Sánchez Viamonte en que para la legitimidad constitucional, el acto constituyente debe ser la expresión genuina de la voluntad del pueblo, surgida de una libre determinación mayoritaria.

Nosotros analizamos detenidamente la legalidad y legitimidad de la reforma constitucional de 1994 en el propio seno de la Convención Constituyente.[2]

Allí recordamos los debates producidos con motivo de las reformas constitucionales, comenzando con la de 1860. Desde la necesidad de sostener que existió ejercicio de poder constituyente originario y abierto –iniciado en 1810 y terminando en 1860 con la incorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación–, ya que de lo contrario debiéramos impugnar la constitucionalidad de la reforma, porque una cláusula del texto de 1853 prohibía que se efectuara dentro de los 10 años. Pasando luego por la cuestión de los dos tercios de votos –presentes o totales– de las cámaras, en relación a la reforma de 1866. Es cierto que la reforma de 1898 no mereció objeción, aunque sabemos que no tenía vigencia la república democrática, pues no se ejercitaba adecuadamente la soberanía popular. Ya en este siglo, el momento de máximo enfrentamiento político fue con motivo de la reforma de 1949, que tuvo el signo partidario del oficialismo y fue impugnada en su legalidad y legitimidad por la oposición y gran parte de la doctrina. Lo mismo ocurrió luego con la reforma de 1957, efectuada con la proscripción del justicialismo. Y por si faltara algo, tuvimos además ejercicio autocrático de poder constituyente, con la reforma de facto de 1972.

[1] *Tratado de la ciencia del derecho constitucional,* tomo 2, Alfa, Buenos Aires, 1953, p. 139.

[2] Ver nuestra intervención del día 8 de junio de 1994 en la obra *Reforma constitucional de 1994. Labor del convencional constituyente Antonio María Hernández (h.),* Imprenta del Congreso de la Nación, Buenos Aires, 1995, pp. 49/57.

Hemos sostenido que este debate permanente sobre el "status constitucional" ha sido la prueba de nuestra falta de cultura política y jurídica. Por ello es conveniente recordar a Joaquín V. González, en su juicio del siglo, en 1910, cuando destacó que la ley de la discordia interna había protagonizado la vida política de los argentinos.

Recordamos también en la Convención el pensamiento alberdiano sobre la constitución como una transacción política fundamental, y, en consecuencia, que la reforma debía ser el fruto del consenso de las fuerzas políticas y sociales.

En este sentido, la ley 24.309 –de declaración de la necesidad de la última reforma–, tuvo las mayorías exigidas constitucionalmente por el art. 30 de la ley suprema, o sea, más de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras; y los convencionales fueron electos en comicios absolutamente limpios, con vigencia del Estado de Derecho y de las libertades públicas. Más allá de las objeciones efectuadas a la ley –para nosotros superadas con la adopción del Reglamento por parte de la Convención[3]–, hoy parece ya acallado el debate al respecto. No obstante ello, todavía no deja de sorprender la virulencia de las pasiones desatadas en el momento preconstituyente por la firma del Pacto de Olivos, que se proyectan hasta nuestros días y que para nosotros han incidido en el cumplimiento de la reforma, como más adelante veremos.

La Convención de Santa Fe y Paraná tuvo 305 convencionales –la suma del número de los miembros del Congreso: 257 diputados y 48 senadores–, que representaron a 19 bloques políticos. Fue la Convención más numerosa de la historia argentina, que realizó su tarea en sólo 90 días, en un marco ejemplar de pluralismo democrático –como lo sostuvieron los distintos partidos políticos–, y que produjo la más importante reforma constitucional, tanto en la parte dogmática como en la parte orgánica. Existió muy alto grado de acuerdo para la sanción de 61 normas constitucionales: 20 nuevas, 24 reformadas y 17 disposiciones transitorias.

En el amplio contexto de nuestra historia institucional, consideramos que ésta es la reforma con mayor legalidad y legitimidad, y que además debe clausurar dolorosas etapas de frustraciones y desencuentros, que incidieron gravemente en la vida nacional. No por casualidad la reforma fue efectuada en el proceso democrático que hemos tenido a partir de 1930 y en tal sentido, creemos que es el punto culminante de dicha experiencia política y jurídica, pues expresa el momento más importante de ejercicio de política arquitectónica en nuestro tiempo.

La Constitución nacional que nos rige es la de 1853, con las reformas de 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994, tal como fue jurada por los convencionales y autoridades federales en el histórico Palacio de San José, que perteneciera al ilustre general Justo José de Urquiza, el prócer de la organización nacional.

[3] Para un análisis circunstanciado del histórico debate sobre el Reglamento de la Convención, que comprendió la cuestión de la legalidad y legitimidad de la reforma, ver el interesante y agudo libro de Humberto Quiroga Lavié, *El Poder Constituyente en acción,* Editorial Abaco, Buenos Aires, 1996.

III. LAS IDEAS FUERZA DE LA REFORMA

Consideramos pertinente recordar aquí lo que señalamos sobre este particular en los Fundamentos de nuestro proyecto integral de Reforma de la Constitución Nacional, presentado en la Convención Constituyente:[4]

"El contenido del proyecto que propiciamos está inspirado por seis ideas fuerza: a) la atenuación del presidencialismo; b) la modernización y fortalecimiento del Congreso; c) la garantía de la independencia del Poder Judicial; d) el fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales; e) el otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires; y f) el reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales.

En cuanto a la atenuación del presidencialismo, destacamos la creación de la figura de un jefe de gabinete de ministros, lo que implica la posibilidad de reforzamiento del control del Congreso frente al Ejecutivo. En efecto, el jefe de gabinete será responsable ante el Congreso que podrá removerlo a través de un voto de censura. La introducción de la figura del jefe de gabinete y su responsabilidad ante el Congreso no altera la esencia del régimen presidencialista, pero introduce un correctivo que atempera la excesiva concentración de poder en el Ejecutivo presidencial.

La reducción del mandato presidencial a cuatro años, con la posibilidad de una sola reelección, apunta en la misma dirección señalada, al tiempo que permite una cierta flexibilización de las tensiones que se desarrollan en el entramado político por la excesiva duración del mandato y su corte abrupto, sin posibilidad de continuidad. La solución que propiciamos está abonada por una larga serie de antecedentes en el derecho comparado, en el derecho público provincial argentino y por la opinión mayoritaria de la doctrina constitucional. La posibilidad de la reelección, con un período de cuatro años, no implica lesión alguna al sistema republicano porque es el pueblo el depositario de la soberanía y quien, en definitiva, va a resolver la continuidad o no de una gestión presidencial.

Para reforzar la participación ciudadana en este sentido, se introduce la elección directa de la fórmula presidencial. El sistema de doble vuelta proyectado apunta a reforzar la legitimidad de los gobernantes, garantizando a quien gobierna el respaldo de una amplia mayoría de la ciudadanía. El sistema propuesto permite, al mismo tiempo, evitar el desgaste de una nueva elección cuando los guarismos electorales anticipan ya un grado de legitimidad suficiente.

El abuso de los antes excepcionales decretos de necesidad y urgencia que ha caracterizado la gestión presidencial hace indispensable la introducción de límites y controles a esta atribución que la Corte Suprema reconoció al presidente en el caso 'Peralta'. En

[4] Véase nuestro Proyecto de Reforma Constitucional, que abarcó todos los puntos de la reforma según lo dispuesto por la ley declaratoria Nº 24.309, presentado en la Convención Nacional Constituyente de 1994, bajo el Nº 72, que obra en el Diario de Sesiones de la Convención y en los libros *Reforma Constitucional de 1994…,* pp. 26 y sgts. y *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994,* Depalma, Buenos Aires, 1997, en el Apéndice.

este sentido propiciamos el establecimiento de límites en cuanto a la materia regulable estableciendo que los decretos de necesidad y urgencia no podrán normar temas como régimen de partidos políticos y sistema electoral, ni tampoco legislación penal y tributaria. Se asegura, asimismo, el control del Congreso sobre el ejercicio de esta facultad que se confiere como excepcional, frente a situaciones de emergencia que hagan imposible seguir los procesos legislativos ordinarios. En la misma línea de limitación del poder presidencial, se inscribe la regulación de la delegación legislativa que, conforme al proyecto, sólo procederá por tiempo determinado y sobre materia expresa, conservando el Congreso el control de lo actuado por el Poder Ejecutivo. Además queda claro que siempre se tratará de lo que la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema caracterizan como delegación impropia. Como sostiene Meynaud, la eficacia es la regla de oro del gobierno moderno; las modificaciones que hemos comentado apuntan en esa dirección, compatibilizando eficacia y control.

El propósito de moderación de las facultades presidenciales se manifiesta también en otros aspectos del proyecto. Mencionemos algunos de estos puntos. La necesidad del acuerdo del Senado para la designación de funcionarios de los organismos de control y del Banco Central es uno de estos mecanismos, con lo cual el Senado argentino se acerca al modelo de su par norteamericano. Los controles externos a que será sometido el sector público nacional a través de la Auditoria General a la que se otorga rango constitucional, apuntan en la misma dirección. En este caso se refuerza la capacidad de la auditoría al hacerla depender del Congreso y encargar su dirección a la oposición parlamentaria. La creación de la figura del defensor del pueblo se inscribe en la misma línea, al igual que la garantía de independencia del Ministerio Público que tiende a afirmar el estilo republicano, mediante el fortalecimiento de los poderes de control del Congreso y del Poder Judicial.

La segunda idea fuerza es la *modernización y fortalecimiento del Congreso.* Un análisis detenido de la política argentina, en la última década, muestra el aumento de las atribuciones del presidente en detrimento del Congreso. A esto se suma un creciente desprestigio del Congreso frente a la opinión pública, fenómeno que se repite en otras partes del mundo. El fortalecimiento del Congreso y la revalorización de sus funciones en el Estado moderno es uno de los imperativos de la hora. En efecto, se trata de revitalizar la función representativa, de redimensionar –al mismo tiempo– la función del Congreso como ámbito de debate y diseño de políticas públicas y finalmente, de rescatar y dinamizar las funciones de control que son propias de un Congreso republicano.

Estos son los ejes que impulsan las reformas en materia de integración y funcionamiento del Congreso. En primer lugar, se proyecta la elección directa de los senadores, con lo que se garantiza una mayor participación de los ciudadanos y se refuerza el carácter representativo democrático del cuerpo. Al mismo tiempo se crea la figura del senador por la minoría ampliando la representatividad política del cuerpo y garantizando de modo más eficaz un pluralismo enriquecedor del debate.

En cuanto al proceso de sanción de las leyes, la dinámica moderna exige una agilización de los trámites, por lo cual se propone la reducción a tres de las lecturas previstas para cada proyecto. Se incorporan, también, en el proyecto instituciones como el trámite de urgencia y la aprobación en particular de proyectos de ley en comisión. Asimismo se propone la creación de comisiones de enlace entre las cámaras lo que facilitará el

desenvolvimiento de ambas ramas del Congreso y la pronta y coordinada consideración de las iniciativas. Estos mecanismos contribuirán a mejorar el papel del Congreso en los procesos decisorios vinculados a las políticas públicas.

Como dijimos, una de las funciones esenciales del Congreso es la relacionada con el control del Ejecutivo. Cuando ese control es débil o llega tarde, el equilibrio de los poderes se desdibuja y la República corre el riesgo de una concentración excesiva del poder e incluso de la utilización discrecional y arbitraria del mismo. Para evitar estos peligros, el proyecto refuerza la función de control a través de numerosos mecanismos, entre los que cabe mencionar, por ejemplo, el control del Congreso sobre los decretos de necesidad y urgencia y los actos del Ejecutivo derivados de delegación del Congreso, así como sobre la promulgación parcial de leyes por el Ejecutivo. El proyecto redefine, en la misma línea de acción, las facultades del Congreso en cuanto a los pedidos de informes y a la interpelación y regula la formación de comisiones de investigación. Finalmente la incorporación del jefe de gabinete va acompañada de la posibilidad de control congresional a través del voto de censura.

La tercera idea fuerza que impulsa este proyecto es la de *vigorizar la independencia del Poder Judicial*. Asistimos a una profunda crisis de confianza en la institución judicial de lo que dan muestras numerosos estudios de opinión. Es necesario revertir ese proceso de desprestigio que puede minar uno de los baluartes del sistema democrático. En este sentido se proponen mecanismos de despolitización de los procedimientos de nombramiento y remoción de los magistrados que garantizarán no sólo idoneidad, sino independencia de los jueces frente a las posibles presiones políticas. A este objetivo apuntan la creación del consejo de la magistratura y el establecimiento del jurado de enjuiciamiento de magistrados. La Argentina se pondrá así a la altura de las legislaciones más modernas en la materia. Los jurados de enjuiciamiento, a su vez, permiten evitar los desvíos a los que ha conducido la remoción por juicio político, mecanismo que se reserva –en el proyecto– para los magistrados del máximo tribunal.

La designación de miembros de la Corte Suprema con el voto de los dos tercios de los miembros presentes en el Senado para brindar acuerdo, en audiencias públicas, garantizará que lleguen al más alto tribunal de la Nación, los hombres de mayor autoridad jurídica y moral, atento a la responsabilidad que le cabe a la Corte como intérprete final e irrevocable de la Constitución. La revigorización del Poder Judicial se completa con la constitucionalización del Ministerio Público como órgano extrapoder, a la que ya hemos hecho referencia.

La cuarta idea que informa este proyecto es la de *fortalecer el régimen federal y la autonomía municipal*. El desproporcionado y desequilibrado desarrollo de la Argentina es una realidad palmaria que no requiere mayor comentario. El presente y el futuro de la Nación requieren de un federalismo moderno de concertación y no de confrontación, de cooperación interjurisdiccional y regional y no de competencia y desequilibrio desgastante. Uno de los aspectos a contemplar para dar nueva forma al federalismo argentino, es el de las relaciones económico-financieras de la Nación y las provincias para evitar que, desde el gobierno central, se avasallen sistemáticamente las autonomías provinciales. La institución de la coparticipación federal de impuestos no puede basarse en la imposición del gobierno central a las provincias, sino en el acuerdo y consenso entre las jurisdicciones involucradas. Como decía Alberdi, 'sin finanzas, sin rentas, no hay gobier-

no'. En este mismo orden, se reconoce a las provincias su capacidad de decisión autónoma sobre los recursos naturales cuyo dominio es innegable.

Siempre con miras a un federalismo moderno, el proyecto contempla la posibilidad de las provincias de celebrar acuerdos internacionales sin afectar las facultades propias del gobierno central. Una gestión de negocios moderna y exitosa, en el marco de un mundo cada vez más integrado e interdependiente, requiere de estas herramientas, sin las cuales los gobiernos provinciales quedan sujetos al humor del funcionario de turno del gobierno federal. Este mecanismo permitirá, asimismo, el fortalecimiento de las economías regionales.

La regionalización es un instrumento apto para el desarrollo económico y social de importantes sectores de nuestro territorio. En tal sentido, el proyecto prevé la posibilidad de crear regiones en un marco de coordinación y consenso, evitando la imposición, desde escritorios de tecnócratas, de estructuras carentes de sustento real. La regulación de la competencia provincial en los establecimientos de utilidad nacional también está contemplada en el proyecto. Se saldan así reiteradas discusiones doctrinarias y conflictos políticos que no siempre tuvieron uniforme resolución en los estrados de la Justicia.

Por último, propiciamos el reconocimiento constitucional de la autonomía municipal, como base misma de la organización democrática. La Constitución nacional se pondrá así a tono con los desarrollos del derecho público provincial argentino que en una posición de avanzada, ha reconocido ya el principio de la autonomía municipal.

La quinta idea fuerza que impulsa este proyecto es l*a vinculada con la ciudad de Buenos Aires, a la que se la dota de autonomía* para designar a sus autoridades. La elección popular del intendente del distrito es un reclamo unánime de la ciudadanía. El proyecto prevé mecanismos transitorios para el gobierno de la ciudad hasta la constitución definitiva de sus autoridades, la que será el resultado de las deliberaciones de una convención convocada al efecto y electa directamente por los vecinos de la ciudad. La ciudad de Buenos Aires tendrá así la posibilidad de darse sus instituciones, como lo han hecho ya muchos municipios del país.

El *reconocimiento de nuevos derechos y garantías para los habitantes de la Nación y la incorporación expresa a nivel constitucional de otros tantos ya reconocidos y vigentes*, constituye la sexta idea fuerza que ha guiado la elaboración del presente proyecto. Lugar destacado en este capítulo merece el reconocimiento de los mecanismos de democracia semidirecta: la iniciativa popular y la consulta no vinculante. El proyecto propone también la constitucionalización del amparo y el hábeas corpus, que son las máximas garantías de los derechos de las personas. Asimismo, se contemplan los derechos a un medio ambiente sano y los derechos de los usuarios y consumidores, el respeto del derecho a organizar partidos políticos democráticos y las garantías esenciales del derecho a sufragio, sin cristalizar fórmulas que se trasforman, con el tiempo, en obstáculos insalvables para el desarrollo político. Se otorga rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos. Se incorpora expresamente el derecho de las comunidades indígenas a una integración que respete su idiosincrasia y su cultura. Se prevé, también, la creación de un consejo económico social con carácter consultivo, institución propia de una moderna concepción de la democracia social y participativa".

A dicha enumeración de ideas fuerza tal vez debamos agregarle una séptima, que para nosotros es el *afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales*. En efecto, la reforma persiguió la alta finalidad de consolidar la integración en sus diversas fases, como una respuesta eficaz a los desafíos del mundo globalizado en que vivimos.

IV. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL

Corresponde que aquí analicemos si el diseño del constituyente fue adecuado a las ideas fuerza que guiaron la reforma. En tal sentido, efectuaremos nuestra valoración personal en relación a cada una de las ideas antes mencionadas.

Con respecto a la primera, *la atenuación del presidencialismo*; es la que ha suscitado mayores controversias, con diversas críticas ante la continuidad del fenómeno del "hiper-presidencialismo".

Mereciendo el tema un análisis pormenorizado de instituciones, que no podemos ahora realizar, creemos que en general los cambios introducidos en el texto fueron acertados, aunque en la vigencia sociológica no se cumplieran.

En efecto, para corregir nuestro "hiper-presidencialismo" basado en el modelo alberdiano –más fuerte que el norteamericano por la influencia de la Constitución chilena de 1833–, que además se acentuó por las prácticas políticas, las emergencias, el debilitamiento del Congreso, el inadecuado ejercicio del control de constitucionalidad en especial de la Corte Suprema y los golpes de Estado, el constituyente de 1994 adoptó las siguientes principales modificaciones institucionales:

1) Privación de una de sus Jefaturas al Presidente como fue la de la Capital Federal, en cuya virtud a lo largo de la historia pudo designar por sí mismo al Intendente de la Ciudad de Buenos Aires.

2) Fortalecimiento del Congreso mediante distintas reformas, que más adelante analizaremos y que persiguen un mejor equilibrio de los poderes dentro de nuestro sistema republicano. En tal sentido, ahora mencionamos la ampliación del período ordinario de sesiones, las mayores atribuciones para la declaración de la intervención federal, la creación de la figura del Jefe de Gabinete de Ministros que debe rendir mensualmente informe ante cada una de las Cámaras y que puede ser removido por un voto de censura y la creación de órganos de control que tienen relación funcional con el mismo.

3) Reducción de las atribuciones del Presidente en la designación de los miembros del Poder Judicial mediante la creación del Consejo de la Magistratura y el procedimiento establecido para los ministros de la Corte Suprema.

4) Fortalecimiento de las autonomías provinciales y municipales, para reducir las atribuciones del Gobierno Federal y afirmar el control vertical del poder, como otro objetivo del federalismo.

5) Jerarquización constitucional de órganos de control como la Auditoría General de la Nación, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público, con la finalidad de profundizar el control propio del sistema republicano.

6) Reducción del mandato del Presidente a 4 años, con posibilidad de una reelección inmediata y elección directa, como había sido reclamado desde hace años por la mayoría de los partidos políticos, la doctrina y los precedentes constitucionales de 1949, 1957 y 1972, además de ser la tendencia predominante en el derecho comparado, incluso latinoamericano.

7) Incorporación al texto constitucional de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, como institutos de emergencia convalidados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde los casos "Peralta" (1990) y "Delfino" (1927) y con la indiscutible finalidad de limitar las atribuciones del Poder Ejecutivo en el ejercicio de los mismos, como emerge de los arts. 99º inc. 3° y 76 y de los debates de la Convención Constituyente.

8) Creación del Jefe de Gabinete de Ministros, como institución de cierta hibridez por su origen parlamentario en un sistema presidencialista y con la finalidad de morigerar el hiper-presidencialismo y servir para asegurar la gobernabilidad en situaciones de crisis políticas, como también se observa en la letra y debates constitucionales.

Reiterando nuestro acuerdo con el diseño normativo realizado por la Convención, consideramos que por la falta de cumplimiento de la Constitución y permanente violación de la ley, no se ha verificado en el orden de la realidad una atenuación del hiperpresidencialismo como el constituyente lo legisló. Porque si bien efectivamente funcionaron como limitaciones parciales las indicadas en los puntos 1, 3, 4 y 5, no se ha podido verificar en cambio que los otros puntos hayan logrado su propósito. En particular, consideramos criticable la declinación por el Congreso de sus atribuciones, el uso excesivo de decretos de necesidad y urgencia y de legislación delegada por el Presidente y la práctica institucional de la Jefatura de Gabinete de Ministros, que en modo alguno ha atenuado los poderes presidenciales ni servido hasta ahora en una situación de crisis, como la de fines del 2001 durante la Presidencia de De la Rúa.

Sí consideramos que de las normas redactadas, merece especial mención por su brevedad la del art. 76 sobre delegación legislativa, que ha originado dificultades de interpretación y una práctica abusiva por parte del propio Congreso y del Presidente. Esta cuestión debiera ser superada por una adecuada reglamentación del Congreso y un correcto y celoso ejercicio de sus competencias, además de una firme jurisprudencia de los Tribunales, como se hizo por la Corte Suprema en el célebre caso "Provincia de San Luis", donde nuestro más alto Tribunal efectuó una acertada interpretación sobre el alcance de la emergencia y el uso de los decretos de necesidad y urgencia y de la delegación legislativa.

En cuanto a la idea fuerza de *modernizar y fortalecer el Congreso,* también estimamos correcta la decisión del constituyente a través de estos principales cambios institucionales:

1) Ampliación del período ordinario de sesiones.
2) Elección directa de los Senadores, con reducción de su mandato a 6 años y aumento de sus atribuciones en materias federales.
3) Nuevo procedimiento para la sanción de las leyes.

4) Creación de nuevos órganos de control como la Auditoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, con relación funcional con el Congreso.

5) Necesidad de reglamentación por el Congreso de los decretos de necesidad y urgencia y la legislación delegada, para la actuación de la Comisión Bicameral Permanente y el control de los institutos por dicho cuerpo legislativo.

6) Asignación de mayores atribuciones en la declaración de las intervenciones federales.

7) Reconocimiento de su competencia para remover por voto de censura al jefe de Gabinete de Ministros, quien deberá además presentarse mensualmente ante cada una de las Cámaras para informar.

8) Reconocimiento de competencia para otorgar rango constitucional a tratados de derechos humanos.

Estas importantísimas reformas, a las cuales intenté añadir mayores competencias al Senado para otorgar acuerdos para las designaciones del Presidente, no han tenido tampoco la vigencia que nuestro sistema politico requiere, de conformidad a los principios republicanos. Nos afecta señalar especialmente la declinación del Congreso en el ejercicio de su trascendente rol tanto de legislación como de control.

Respecto a la idea fuerza de *garantizar la independencia del Poder Judicial*, fue también implementada para nosotros acertadamente mediante estas instituciones:

1) Creación del Consejo de la Magistratura.

2) Creación del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados.

3) Creación del Ministerio Público.

Estas tres instituciones están funcionando, más allá de los problemas advertidos especialmente en el funcionamiento del Consejo de la Magistratura, por su exagerada burocracia y sus conflictos de competencia con la Corte Suprema. Pensamos que parcialmente se ha alcanzado el objetivo de asegurar la independencia del Poder Judicial, sobre todo para los Jueces Inferiores.

En relación al *fortalecimiento del federalismo y las autonomías municipales*, afirmamos nuestro especial acuerdo con las decisiones del Poder Constituyente que tuvimos el honor de integrar. En tal sentido, señalamos sintéticamente estas modificaciones:[5]

– En los aspectos institucionales y políticos:

1. Los cuatro órdenes de gobierno de la federación argentina, o sea el Gobierno Federal, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios autónomos.

[5] Para un análisis exhaustivo de las reformas en cuanto a la descentralización del poder y en particular el federalismo y la consagración de la autonomía municipal, véase nuestra obra citada *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994.*

2. La distribución de competencias, cuyo principio general se ha mantenido pero con mayores competencias reconocidas a las Provincias.
3. El Senado y su rol federal, con el objetivo de acentuar el rol federal del mismo mediante la elección directa de sus miembros, la incorporación del tercer Senador y la asignación de mayores competencias.
4. La intervención federal, cuya declaración corresponde esencialmente al Congreso, modificando la práctica anterior que mostró al Presidente actuando por Decreto en las 2/3 partes de los casos observados.
5. Los partidos políticos y el federalismo, porque consideramos que los mismos deben dar cumplimiento al ideario y prácticas federales en su funcionamiento.

– En los Aspectos Financieros:

6. La coparticipación impositiva, con el objetivo de sancionar una ley convenio como instrumento del federalismo de concertación, para solucionar los graves problemas de nuestro federalismo fiscal.
7. El organismo fiscal federal como institución fundamental para asegurar el buen funcionamiento de las relaciones fiscales interjurisdiccionales y del sistema anteriormente mencionado.
8. Pautas federales del presupuesto nacional para la inversión con criterio "federal" de los fondos públicos por parte del Gobierno Federal.

– En los Aspectos Económicos y Sociales:

9. El banco federal para modificar el actual Banco Central, más propio de estados unitarios.
10. Las regiones para el desarrollo económico y social, como nueva alternativa para fortalecer nuestro federalismo y revertir el inadecuado ordenamiento territorial que se observa.
11. Las provincias y los convenios internacionales, como una de las bases esenciales para modernizar nuestro derecho público en el marco de un regionalismo abierto y un mundo globalizado
12. Las provincias y el dominio originario de los recursos naturales, como otra de las más trascendentes decisiones de la Convención en reconocimiento de las autonomías provinciales.
13. Organismos de seguridad social y otras facultades concurrentes, ratificando los principios de división de competencias y de las autonomías locales.
14. Principios federales en educación, ciencia y cultura, con criterios y objetivos similares a los del punto anterior.

Asimismo se ha consagrado el principio de la autonomía municipal en sus diversos aspectos institucional, político, administrativo, económico y financiero, como una obligación que las Provincias deben asegurar.

Pensamos que el más somero análisis comparativo con otras federaciones existentes en el mundo, nos exhibe con un muy adecuado diseño de federalismo con apreciable descentralización del poder y reconocimiento de las autonomías locales.

Pero también aquí se observa una notoria distancia entre la norma y la realidad, pues existe un evidente incumplimiento del proyecto federal de la Constitución que se advierte con un simple repaso de los puntos no respetados. Hemos analizado esta cuestión en un artículo titulado "El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994", al que remitimos en razón de brevedad,[6] donde hacemos referencia a los problemas de desigualdad, injusticia, inequidad y desintegración, ocasionados entre otras causas, por la extrema centralización del país.

En cuanto al reconocimiento de la autonomía municipal, podemos decir con orgullo que Argentina luego de la reforma, se encuentra en la posición más avanzada en el derecho comparado mundial. Pero también aquí debemos distinguir la norma de la realidad, pues a pesar de los notorios avances producidos, todavía es permanente la lucha que debe librarse por el cumplimiento efectivo del principio y su respeto por parte de los otros órdenes gubernamentales. Piénsese solamente en las 5 Provincias que todavía no han adecuado sus respectivas Constituciones a la Federal en este aspecto o el ominoso caso de la Municipalidad de San Luis.

Respecto al *otorgamiento de un nuevo status a la Ciudad de Buenos Aires*, estimamos que éste fue otro de los grandes aciertos del constituyente, para afirmar la descentralización del poder y reconocer una autonomía institucional especial a la ciudad, que en nuestro concepto es el de una ciudad-Estado como es el caso de Berlín, Bremen y Hamburgo en el federalismo alemán.

Así como el diseño constitucional fue correcto, en la reglamentación efectuada por el Congreso a través de las leyes 24.588 y 24.620, no se respetó la normativa suprema del art. 129 y es necesario efectuar las modificaciones necesarias para el cumplimiento estricto de ésta, que supone entre otras cuestiones que la Ciudad debe tener su propia Justicia –en todos los fueros– y su propia Policía y Bomberos.[7]

Sobre el *reconocimiento de nuevos derechos y garantías constitucionales,* creemos que también aquí existe amplio consenso en cuanto al diseño constitucional elegido por la Convención Constituyente. Aquí la finalidad fue profundizar la filosofía humanista y personalista de la Constitución que hace de los derechos humanos su más importante objeto. Y la reforma ha aumentado notablemente el reconocimiento de derechos y garantías, que ahora tienen su fuente interna, tanto en la parte dogmática como orgánica de la Ley Suprema y su fuente externa, mediante el otorgamiento de rango constitucio-

[6] En el libro *A una década de la reforma constitucional* 1994-2004, con la coordinación de Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 263/297.

[7] Para un estudio detenido del tema, véase nuestra obra citada *Federalismo, autonomía municipal y ciudad de Buenos Aires en la reforma constitucional de 1994,* Cap. IV y el artículo "El federalismo a diez años de la reforma constitucional de 1994" también de nuestra autoría en la obra citada *A una década de la reforma constitucional.*

nal a 11 instrumentos internacionales de derechos humanos en el art. 75 inc. 22 y la posibilidad de que otros tratados alcancen igual jerarquía, como nueva atribución del Congreso de la Nación, como ya ocurrió en dos casos. No nos podemos detener en el análisis de estas cuestiones, a las cuales prestara tanta atención el recordado maestro Germán Bidart Campos.

También aquí se observa el notable avance obtenido en la materia a la luz del derecho comparado, así como las muy graves dificultades observadas para la efectiva vigencia de los derechos humanos en nuestro país, como consecuencia de la violación permanente de la ley y el uso inconstitucional de los institutos de emergencia. Ejemplo paradigmático de esta lamentable realidad es el "corralito" –entre otros efectos derivados de la "emergencia económica que todavía padecemos– y la violación de los derechos económicos y sociales, como lo indican los altísimos índices de pobreza, marginación y exclusión social.

Finalmente, en relación a la séptima idea fuerza, el *afianzamiento de los procesos de integración tanto nacional como supranacionales,* igualmente consideramos que fue acertada la reforma producida.

Se consagró no sólo la posibilidad de la creación de regiones por parte de las provincias (art. 124) sino también de la celebración de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales por parte del Gobierno Federal (art. 75 inc. 24). Esta ha sido la manera adecuada de avanzar en la integración en sus distintos órdenes, como uno de los caminos sobre los que existen menores disidencias, para enfrentar las complejas y variadas situaciones que presenta el mundo competitivo e interdependiente de nuestros días.

V. LA MODERNIZACIÓN CONSTITUCIONAL

Para nosotros el primer resultado de esta obra constituyente ha sido la modernización constitucional, lo que se confirma de manera rotunda desde una visión de derecho comparado.

En este sentido, nosotros creemos que en la historia de nuestra disciplina hubo 3 grandes períodos consecutivos y superadores: a) el constitucionalismo liberal o clásico, b) el constitucionalismo social y c) el derecho constitucional de la internacionalización de los derechos humanos.

Desde esta perspectiva, nuestro texto originario de 1853 se inscribió en el primer período, mientras que el tránsito hacia el constitucionalismo social se produjo con las reformas constitucionales de 1949 y de 1957, siendo profundizado en la última reforma de 1994. Pero además, *ésta nos introdujo en la última etapa, correspondiente a la internacionalización de los derechos humanos, en un remarcable avance cualitativo.*

Este tercer período es el resultado de la formidable lucha de las Naciones Unidas por cumplir el más grande objetivo de su Carta, sancionada luego de la Segunda Guerra Mundial, donde se abatiera el fenómeno oprobioso del totalitarismo nazi.

Los sucesivos Tratados de Derechos Humanos fueron introduciendo profundos cambios en nuestra disciplina y en el derecho en general y hoy constituyen una de las realidades del mundo globalizado que vivimos.

En ese marco las Constituciones Nacionales fueron reconociendo una mayor vinculación entre el derecho interno y el internacional público y se fueron admitiendo los procesos de integración, con creación de organismos supranacionales y sistemas jurídicos regionales y mundiales destinados a la protección de los derechos humanos, además de la aparición de un derecho comunitario, con su máxima expresión en la Unión Europea.

Y ahora nuestro país cuenta con las normas jurídicas supremas para avanzar en tan promisorios procesos, encontrándose en una posición de vanguardia dentro de los sistemas constitucionales comparados.

Pero como la reforma tuvo entre sus fuentes a nuestro constitucionalismo provincial, conforme a nuestra forma federal de Estado, no debemos olvidar que en este aspecto fueron precursoras las reformas constitucionales de Neuquén (1957), San Juan (1986) y Córdoba (1987), que en Disposiciones Complementarias hicieron referencia a algunos Tratados de Derechos Humanos.

Esta modernización se advierte además en todos los aspectos vinculados a la organización del poder, o sea a la parte orgánica de la Constitución, y en particular a su descentralización.

Ya hemos destacado lo acontecido en cuanto al federalismo, la autonomía municipal y la ciudad Autónoma de Buenos Aires, que nos coloca igualmente en una situación de particular relevancia desde el punto de vista normativo, con una lectura comparatista.

Y en cuanto a los otros cambios introducidos en el Gobierno Federal, también se aprecia la modernización, con influencias que han provenido tanto del constitucionalismo comparado como desde nuestro constitucionalismo provincial, que también se anticipó en la introducción de nuevas instituciones.

En síntesis, la reforma efectuada –con sus aciertos y errores ya que no hay obra humana perfecta y hacen falta dioses y no hombres para hacer las leyes (Rousseau)– produjo una modernización del texto constitucional, tanto en su parte dogmática como orgánica, sentando las bases para un desarrollo progresivo de nuestro derecho rumbo al siglo XXI y al futuro.

VI. EL INCUMPLIMIENTO DE LA REFORMA Y LA VIOLACIÓN PERMANENTE DE LA LEY

El derecho constitucional opera en los ámbitos de la libertad, el poder y la política. Y esto se aprecia especialmente cuando se trata del poder constituyente y de la política constitucional, que requiere del ejercicio de una política arquitectónica más que de una agonal.

Y con la "tosca materia" –como decían los clásicos– de que está hecha la política –y la nuestra en particular–, fue muy difícil alcanzar aquella clase de política basada en grandes consensos.

Los altísimos grados de acuerdos que indicaron las distintas votaciones de los artículos y la final del texto completo de la reforma y su posterior juramento por todos los Convencionales demuestran que en 1994 ello se alcanzó.

Pero en la etapa "post-constituyente", destinada a la reglamentación y cumplimiento de la reforma, que también exige esa política, nosotros apreciamos que la misma dejó de practicarse.

Y la política agonal a la que volvimos –que esencialmente ha primado en la historia argentina– nos dio como resultado un parcial cumplimiento por el Congreso de su misión, ya que de las aproximadamente 25 leyes reglamentarias se ha sancionado apenas un tercio. Además de ello, somos de los que cuestionan la constitucionalidad de algunas de esas leyes, como las dos dictadas en relación a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o el acierto de las mismas, como las del Consejo de la Magistratura.

Apréciese la defección de nuestro cuerpo legislativo que no ha dictado entre otras leyes, las de coparticipación impositiva, decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada, modificatoria de la Auditoría General de la Nación, amparo o las derogatorias de legislación anticonstitucional y centralista en diversas materias federales.

Esta crítica no sólo alcanza al Congreso, ya que otros operadores de la Constitución, como la Corte Suprema de Justicia, tampoco han respetado adecuadamente la reforma y por tanto los principios de la teoría constitucional como en el caso Fayt (1999), que declarara la nulidad de 2 artículos modificados.[8]

Pero además no se trata solamente del Gobierno Federal, pues es bien conocida la violación flagrante de la Ley Suprema en que están incurriendo 5 Provincias (Buenos Aires, Entre Ríos, Mendoza, Santa Fé y Tucumán), que no han producido sus respectivas reformas constitucionales para dar cumplimiento al art. 123 sobre la autonomía municipal.

Pero sería un error pensar que sólo se incumple la Reforma de 1994. Más allá de que la reforma es la Constitución en sí misma, en nuestro país lo que se viola permanentemente es la Ley en general, empezando por la Constitución, que es la Ley Suprema, y ello ocurre con casi toda la Constitución, pues no podemos llegar a otra conclusión luego de una somera observación de la vigencia efectiva de los derechos humanos y el funcionamiento de nuestro sistema republicano y federal. Es decir que las violaciones empiezan desde el Preámbulo y el art. 1°.

[8] Véase nuestro libro *El caso Fayt y sus implicancias constitucionales,* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.

Hace tiempo que venimos insistiendo en esta trascendente cuestión y al respecto hemos desarrollado en una de nuestras más recientes obras[9] la tesis de que las emergencias han sido el argumento utilizado permanentemente para incumplir la Constitución, afectar el sistema republicano y lesionar los derechos humanos a lo largo de nuestra historia.

Asimismo en fecha próxima daremos a conocer una Encuesta sobre Cultura de la Constitución, que encargáramos desde la Asociación Argentina de Derecho Constitucional e Idea Internacional a Manuel Mora y Araujo, que demuestra desde los ámbitos científicos de la sociología la magnitud y profundidad del desconocimiento de la Ley Suprema en nuestra sociedad.

Ello nos impele a continuar abogando por la necesidad de volver a la educación popular y democrática como el mejor camino para superar el subdesarrollo jurídico y político que padecemos.

Insistimos en que debemos poner el énfasis en el cumplimiento de la ley y de la Constitución en especial, para desarrollar nuestro proyecto nacional, que está allí claramente contemplado.

Finalmente, ya es tiempo de ejecutar con fidelidad los mandatos de la reforma constitucional de 1994, en su décimo aniversario y de la Ley Suprema en general.

[9] Antonio María Hernández, *Las emergencias y el orden constitucional,* 1ª ed., Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002 y 2ª ed. ampliada, Universidad Nacional Autónoma de México y Rubinzal-Culzoni Editores, México, 2003.