FORMAS SEMIDIRECTAS DE DEMOCRACIA Y REFORMA DE LA CONSTITUCION

Comunicación del académico Dr. Gregorio Badeni, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 8 de mayo de 1996

FORMAS SEMIDIRECTAS DE DEMOCRACIA Y REFORMA DE LA CONSTITUCION

Por el académico Dr. Gregorio Badeni

Las formas semidirectas de democracia son mecanismos complementarios en un sistema representativo de gobierno, como el que prevé el artículo 1º de la Constitución, que le asignan al pueblo una participación inmediata en la conformación de ciertos actos gubernamentales.

Las formas semidirectas de democracia, que pueden versar sobre actos políticos, constituyentes, legislativos, administrativos o judiciales, consisten en dar intervención al pueblo expresado en el cuerpo electoral, para que adopte decisiones gubernamentales directa o indirectamente obligatorias. Son procedimientos de raíz parlamentaria que están previstos en varias Constituciones europeas y en algunas americanas.

Cabe sintetizarlas en las siguientes:

- 1. El plebiscito, que consiste en el pronunciamiento sobre la viabilidad de actos políticos de gobierno.
- 2. El referendum, que es la potestad de ratificar o rechazar proyectos o actos del gobierno.
- 3. La iniciativa, que es la facultad otorgada a un determinado número de ciudadanos para imponer la aplicación del referendum o el tratamiento de un proyecto de ley.
- 4. La revocatoria, que es el derecho político reconocido al pueblo para decidir por votación popular la destitución de un gobernante o la abrogación de un acto de gobierno.

Son varias las bondades teóricas y los defectos prácticos que presentan estos mecanismos, en especial el plebiscito. Su inserción en las Constituciones europeas sancionadas después de la Primera Guerra Mundial respondieron al propósito teorizante de consolidar las nuevas democracias mediante una intervención más activa y directa del cuerpo electoral. Sin embargo, no se les asignó la debida importancia a las experiencias resultantes de los plebiscitos constitucionales impuestos en Francia por Napoleón I (1799, 1802 y 1804) y por Napoleón III (1851, 1852 y 1870) que, en definitiva, socavaron los endebles cimientos de la república.

El excesivo optimismo, o la ingentidad de sus autores - a quienes Alcalá Zamora imputó el victo de haber sido más cultos que sabios y más sabios que pridentes- les impidió prever las funestas consecuencias de tal mecanismo, que fue herramienta decisiva para el surgimiento de regímenes totalitarios en varios países europeos, algunos de los cuales condujeron a la humanidad a una de las etapas más nefastas de su historia.

Fueron elecciones plebiscitarias las que concedieron un poder absoluto a Mussolini en Italia (1922) y a Hitler en Alemania (1932 y 1933). El plebiscito constitucional de 1933 consolidó el autoritarismo de Oliveira Zalazar en Portugal. Las elecciones plebiscitarias y fraudulentas realizadas en Bulgaria, Checoslovaquia, Hungría, Polonia y Rumania avalaron la instalación de las autocracias comunistas impuestas por la entonces Unión Soviética. También, por ley del 22 de octubre de 1945, el franquismo introdujo esa técnica en España.

Estos resultados determinaron que, en las Constituciones europeas posteriores a 1945, que implantaron sistemas democrático constitucionales, fueran limitadas considerablemente las técnicas de democracia semidirecta.

Los constituyentes argentinos de 1853/60 tenían pleno conocimiento sobre las formas semidirectas de democracia. Muchos de ellos las habían padecido en carne propia con motivo del plebiscito consultivo de 1835 que confirmó la concesión, a Juan Manuel de Rosas, de la suma del poder

público. En esa especie de consulta popular votaron 9326 vecinos, de los cuales solamente 4 se pronunciaron contra el otorgamiento de tales potestades.

Seguramente esa experiencia, y sus secuelas dolorosas para una vida en libertad, impulsaron a los constituyentes de 1853/60 a descalificar las formas semidirectas de democracia, estableciendo una forma de gobierno republicana y representativa (art. 1° C.N.) y disponiendo categóricamente que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Constitución (art. 22 C.N.).

Los convencionales de 1994, apartándose de estos antecedentes nacionales e internacionales, optaron por seguir el temperamento prudente adoptado por algunas Constituciones parlamentarias europeas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, e incorporaron, en los artículos 39 y 40 de la Ley Fundamental, el derecho de iniciativa y la consulta popular.

El artículo 39 establece:

"Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa.

No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal".

Por su parte, el artículo 40 de la Constitución dispone:

"El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática.

El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio.

El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular".

Al artículo 39 se refiere la Tercera de las Disposiciones Transitorias sancionadas por la Convención Reformadora de 1994. Ella establece que "La ley que reglamente el ejercicio de la iniciativa popular deberá ser aprobada dentro de los dieciocho meses de esta sanción".

El artículo 39 de la Ley Fundamental reconoce a los ciudadanos el derecho de iniciativa solamente para presentar proyectos de leyes y bajo las siguientes condiciones:

- 1. Los proyectos de ley deben ser presentados ante la Cámara de Diputados que actuará, necesariamente, como cámara de origen.
- 2. Los proyectos de ley generados por la iniciativa popular pueden versar sobre cualquier materia con excepción de aquellos que se refieran a la reforma constitucional, a los tratados internacionales, a los tributos, al presupuesto y a la materia penal. También están excluidas aquellas materias en que el Senado es cámara de origen (art. 75, inc. 2°, párrafo cuarto) y las restantes sometidas a un régimen de mayorías especiales para su regulación legislativa. En estos casos, la iniciativa no será vinculante para la Cámara de Diputados, aunque no existe reparo constitucional para que ese Cuerpo, o en su caso la Cámara de Senadores, adopte como propia la sugerencia formulada por los ciudadanos y le asigne trámite legislativo. En tal hipótesis, los ciudadanos no habrán ejercido el derecho de iniciativa, sino el derecho de peticionar a las autoridades previsto por el artículo 14 de la Constitución.

Para el ejercicio del derecho de iniciativa se requiere una ley reglamentaria. Tal es lo que resulta del propio artículo 39 y de la Tercera Disposición Transitoria, que categóricamente establece la obligación para el Congreso de aprobar la ley reglamentaria dentro de los dieciocho meses de haber sido sancionada la reforma constitucional, o mejor dicho desde su entrada en vigencia, que se produjo el 24 de agosto de 1994. En efecto, la Disposición Transitoria Decimosexta establece que la reforma entra en vigencia al día siguiente de su publicación, la cual se concretó en el Boletín Oficial del día 23 de agosto de 1994.

La cláusula del artículo 39 no es operativa. Ella requiere de una ley reglamentaria que hasta el presente no fue dictada por el Congreso a pesar de haber vencido el plazo fijado por la Constitución. Mientras tanto, no será viable el ejercicio de este derecho.

Para la ley reglamentaria, el artículo 39 establece ciertos contenidos. Ellos son:

- 1. La aprobación de la ley por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso. No será suficiente la mayoría de los miembros presentes, aunque se cumpla el quórum del artículo 64, si ella no coincide con la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras.
- 2. La ley reglamentaria no podrá exigir, para que sea vinculante el ejercicio del derecho de iniciativa, un apoyo explícito de más del 3% del padrón electoral nacional. Esto impondrá el deber de mantener permanentemente actualizado el padrón electoral o, al menos, de establecer lapsos regulares y muy breves a los fines de su actualización.
- 3. La ley reglamentaria deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. Esto significa que la ley reglamentaria podrá obviar el porcentaje global del padrón nacional que determine y tornar viable el ejercicio del derecho de iniciativa sobre la base de la obtención de porcentajes razonables en algunos o todos los distritos. Pero si en el conjunto de los distritos se llegara a obtener el porcentaje mínimo que establezca la ley reglamentaria, que puede ser inferior al 3% del padrón nacional, el ejercicio del derecho de iniciativa será vinculante para la Cámara de Diputados aunque, en la mayoría de los distritos, las adhesiones sean ínfimas o carentes de significación.

Ejercido el derecho de iniciativa, cumpliendo las condiciones que determine la ley reglamentaria, el artículo 39 impone al Congreso el deber de dar tratamiento al proyecto de ley dentro del término de doce meses. Ese plazo entendemos que se debe contar desde el momento en que se opera el ingreso formal del proyecto en la Cámara de Diputados. Pero la obligación de suministrar un tratamiento expreso al proyecto no significa que el Congreso deba necesariamente sancionarlo con fuerza de ley o que, de ser sancionado, el Poder Ejecutivo no pueda ejercer su potestad de veto total o parcial (art. 80 C.N.).

Asimismo, si alguna de las Cámaras no llegara a tratar el proyecto dentro del plazo previsto por el art. 39, y como no existe recurso constitucional para imponer coercitivamente ese tratamiento, corresponderá inferir que medió un rechazo tácito de la propuesta gestada por la iniciativa popular.

El artículo 40 de la Constitución introduce otra forma de democracia semidirecta que es la consulta popular. Como forma de democracia semidirecta, constituye el procedimiento inverso si lo comparamos con la iniciativa popular. En esta última, son los ciudadanos quienes le exigen al Congreso que se pronuncie sobre un texto legislativo. En cambio, en la consulta popular, es el Congreso quien les exige a los ciudadanos que se pronuncien aceptando o rechazando un proyecto de ley.

Prevé dos tipos de consulta popular: la vinculante, que sólo puede versar sobre materias legislativas, y la no vinculante, que puede referirse a cualquier materia de competencia del Congreso o del Poder Ejecutivo.

En ambos casos se impone necesariamente la convocatoria del cuerpo electoral para que los ciudadanos formulen su voto de aprobación o rechazo.

La consulta popular vinculante presenta las siguientes características:

- 1. Sólo puede ser convocada por el Congreso a iniciativa de la Cámara de Diputados.
- 2. Necesariamente debe versar sobre un proyecto de ley que constitucionalmente puede tener origen en cualquiera de las Cámaras del Congreso o sólo en la de Diputados, e inclu-

sive después de haber sido iniciado su tratamiento. Aunque un proyecto de ley esté sujeto a la consideración y debate de la Cámara de Senadores del Congreso, la Cámara de Diputados puede promover la sanción de la ley de convocatoria a consulta popular sobre el contenido de aquel proyecto. Pero tratándose de proyectos de leyes sobre materias en las cuales el Senado actúa como cámara de origen, no es viable la consulta popular.

3. Tanto la ley de convocatoria a la consulta popular vinculante, como la sanción del proyecto de ley por el voto afirmativo de los ciudadanos, no pueden ser vetadas por el Presidente de la República. El artículo 40 lo establece expresamente para la ley de convocatoria, pero entendemos que el principio es extensible a la aprobación de la ley por el pueblo porque, el mismo artículo 40, dispone que la sola aprobación del proyecto lo convierte en ley y que su promulgación será automática.

En la consulta popular vinculante el voto será obligatorio con las características contempladas en el artículo 37 de la Constitución. En cambio, cuando la consulta popular no es vinculante, el artículo 40 se encarga de aclarar que el voto no será obligatorio.

La consulta popular no vinculante, cuyo antecedente lo encontramos en el decreto Nº 2272/84, que convocó a la ciudadanía para expedirse sobre el diferendo limítrofe en la zona del canal de Beagle, puede ser requerida por ley del Congreso o por decreto del Poder Ejecutivo sobre materias que son de competencia constitucional del órgano convocante. A diferencia del caso anterior, la decisión de la ciudadanía no será obligatoria para los órganos gubernamentales y puede versar sobre temas no legislativos.

De todas maneras, los alcances de la consulta popular, sea o no vinculante, quedan sujetos a la regulación que establezca el Congreso mediante una ley reglamentaria que deberá ser aprobada con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En esa ley serán previstas las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Consideramos que a falta de ley reglamentaria, si bien no sería viable la convocatoria a una consulta popular vinculante, no acontecería lo propio con una no vinculante.

Asimismo, y con respecto a la consulta popular vinculante, que solamente puede versar sobre las materias legislativas que determine la ley reglamentaria, no sería irrazonable sostener que ella estaría desprovista de validez si se extendiera a proyectos de leyes referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal, que son temas excluidos por el art. 39 del ejercicio del derecho de iniciativa, así como también en todos aquellos casos en que la Constitución impone mayorías especiales para la sanción de las leyes. Ya sea la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara, o los dos tercios de los miembros presentes, o los dos tercios de la totalidad de los miembros que integran el organismo. Igual solución alcanza a los proyectos de leyes para los cuales la Constitución asigna, a la Cámara de Senadores, el carácter de cámara de origen.

¿Es viable aplicar el mecanismo de la consulta popular vinculante para concretar la reforma constitucional al margen del procedimiento previsto por el artículo 30 de la Ley Fundamental?

Los artículos 6° y 7° de la ley N° 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional realizada en 1994, establecen categóricamente que son nulas, de nulidad absoluta, todas las modificaciones que se introdujeran en las declaraciones, derechos y garantías contenidas en el actual Capítulo Primero de la Primera Parte de la Constitución, que abarca desde el artículo 1° al artículo 35. De modo que toda reforma que se hubiera introducido al artículo 30, en forma directa o indirecta, carece de validez. Asimismo, toda interpretación que se les pretenda asignar a las nuevas cláusulas constitucionales, y que desemboque en una alteración del significado tradicionalmente atribuido al artículo 30, estará desprovista de todo sustento jurídico por superar los límites fijados por la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

Es cierto que, con la reforma constitucional de 1994, fueron introducidos los denominados "nuevos derechos y ga-

rantías", muchos de los cuales ya estaban, explícita o implícitamente, previstos en la Ley Fundamental. Pero las cláusulas que los establecen, en función de lo dispuesto por la ley N° 24.309, además de no alterar el Capítulo Primero de la Primera Parte de la Constitución, no pueden válidamente ser reglamentadas o interpretadas de manera tal que contradigan lo dispuesto imperativamente por la ley declarativa de la necesidad para la reforma constitucional. La subordinación del poder constituyente derivado -que fue ejercido por la Convención reformadora de 1994- a los principios jurídicos establecidos por la Ley Fundamental para convalidar su reforma, imponen aquella conclusión.

Si se llegara a someter a una consulta popular la decisión de reformar la Constitución, tal procedimiento estaría al margen de las prescripciones del artículo 30 de la Constitución, porque el único órgano habilitado para ejercer la función constituyente es una convención integrada por los representantes del pueblo.

La intangibilidad del artículo 30 de la Constitución, en el curso del proceso reformista desarrollado en 1994, determina que el único órgano habilitado para ejercer la función constituyente es una convención especialmente convocada a tal efecto e integrada por los representantes del pueblo. Someter a una consulta popular la decisión de reformar a la Ley Fundamental es un procedimiento que conduciría a la usurpación del ejercicio de esa función constituyente y a la invalidez de sus decisiones.

¿Es viable introducir el mecanismo de la consulta popular vinculante para el ejercicio de la función preconstituyente contemplada en el artículo 30, sustituyendo o complementando el rol asignado al Congreso?

La respuesta a este interrogante quizás no resulte tan sencilla como en el caso anterior. Sin embargo, las dificultades se superan cuando el análisis jurídico se realiza prescindiendo de las opiniones y pasiones políticas que, muchas veces, impiden desarrollar una labor signada por la seriedad y objetividad que deben presidir toda labor científica. Labor esta

última que otorga fundamentación racional a la seguridad jurídica.

Antes de la reforma de 1994, las formas semidirectas de democracia estaban excluidas de la Constitución. Ellas eran conocidas por los constituyentes quienes, advirtiendo los riesgos que acarreaba su aplicación descontrolada, optaron por no incorporarlas a la Ley Fundamental.

Los constituyentes no cuestionaban la aptitud del pueblo para la adopción de decisiones políticas. Confiaban y se sometían a la voluntad popular con un grado de intensidad quizás superior al de las generaciones que debieron cumplir y reglamentar los preceptos constitucionales. Muestra elocuente es el artículo 118 de la Constitución que impone la institución del jurado para los procesos criminales y que, a 143 años de su sanción, todavía no fue reglamentado. Pero consideraron imprudente sustituir, incluso parcialmente, a la democracia representativa con procedimientos de participación directa en la adopción de decisiones legislativas y ejecutivas.

Por tal razón, y para reforzar el significado de la forma representativa de gobierno establecida en el artículo 1º de la Constitución, los constituyentes añadieron la cláusula del artículo 22 según la cual el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por la Ley Fundamental.

Los artículos 1° y 22 contienen la regla general que, antes de la reforma constitucional de 1994, no admitía excepciones. Sin embargo, esta última ha introducido, en los artículos 39 y 40, dos procedimientos de democracia semidirecta: el derecho de iniciativa y la consulta popular. Pero no hay una sustitución global del gobierno representativo, sino la inserción de dos excepciones a aquella regla general que, como toda excepción, son de rigurosa interpretación restrictiva. Inclusive, en caso de duda, la solución siempre debe ser proclive a la aplicación de las instituciones del gobierno representativo y no del gobierno directo. Así lo impone una correcta aplicación de las técnicas de interpretación forjadas por la hermenéutica constitucional que nos describe el académico Dr. Segundo V. Linares Quintana.

Actualmente, no es posible aplicar la consulta popular vinculante. No es una institución operativa porque, dada su ambigüedad y tal como lo dispone el artículo 40 de la Constitución, es indispensable la sanción de una ley reglamentaria que deberá ser aprobada por una mayoría especial: la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros que integran cada una de las cámaras del Congreso.

El procedimiento de la consulta popular vinculante presenta cuatro etapas previstas por la Constitución:

- 1. Existencia de un proyecto de ley que, como tal, sólo puede emanar de los legisladores o del Presidente de la República, o del jefe de gabinete en la hipótesis del artículo 100, inciso 6°, de la Constitución.
- 2. Decisión de la Cámara de Diputados de someter a consulta popular un proyecto de ley.
- 3. Sanción de una ley convocando la consulta popular, la cual no puede ser vetada por el poder ejecutivo.
- 4. Emisión del voto por los ciudadanos aceptando o rechazando el proyecto de ley que, en caso de ser aceptado, se convierte en ley sin que pueda ser vetada por el poder ejecutivo.

Las características que la Constitución le atribuye a la consulta popular vinculante, y una interpretación sistemática de su texto, nos conducen a sostener que la norma declarativa sobre la necesidad de la reforma constitucional no puede ser consecuencia de una consulta popular.

El artículo 30 de la Constitución dispone que la función preconstituyente la ejerce el Congreso, declarando la necesidad de la reforma por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Es conocido el debate doctrinario suscitado sobre si el ejercicio de la función preconstituyente se materializa mediante una declaración o una ley. Si aceptamos que se trata de una declaración, la consulta popular resulta inviable porque solamente se puede aplicar para sancionar leyes o rechazar proyectos de leyes, quedando excluida del ámbito de expresión de aquellos actos del Congreso que no son leyes.

Igual solución se impone si entendemos que la declaración de necesidad de la reforma constitucional se hace formalmente efectiva mediante la sanción de una lev. tal como aconteció siempre en nuestra práctica constitucional. En efecto, el artículo 30 dice expresamente que la necesidad de la reforma debe ser evaluada y resuelta por el Congreso mediante un acto a través del cual se manifieste su voluntad. Si ese acto es una ley, será necesaria su sanción por el voto de los dos tercios de la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras. Habrá una ley sancionada que declare la necesidad de la reforma y no un proyecto de ley para declarar la necesidad de la reforma. Esto excluye a la consulta popular mediante la cual no es procedente ratificar o rectificar una ley, sino solamente un proyecto de ley. En síntesis, en el mecanismo del artículo 30 quien sanciona la ley es el Congreso mientras que, en la consulta popular, quien sanciona la ley es el pueblo sobre la base de un proyecto que puede, inclusive, no emanar del Congreso.

La consulta popular recae sobre un simple proyecto de ley que, como tal, no ha sido aprobado por el Congreso. Lo que hace el Congreso por ley es convocar a la consulta popular pero no se expide sobre el contenido del texto del proyecto de ley. En cambio, en la hipótesis del artículo 30, la declaración de necesidad de la reforma requiere de una sanción expresa del Congreso que declare esa necesidad y su contenido, y no de la expresión de un simple proyecto de declaración de necesidad de la reforma.

Las formas de democracia semidirecta, tal como fueron incorporadas a la Constitución y con sujeción a una interpretación restrictiva de ellas, sólo son aplicables con motivo del ejercicio de las funciones legislativas ordinarias del Congreso, aunque no de las extraordinarias como la contemplada en el artículo 30. Así, el artículo 39, con referencia al derecho de iniciativa, dispone que no pueden ser sometidos al mismo los proyectos de leyes referidos a la reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal. Nada dice sobre el particular el artículo 40, pero una interpretación

sistemática de la Ley Fundamental conduce a extender aquel impedimento a la consulta popular.

Es que el derecho a la iniciativa y la consulta popular son, en cierto modo, el anverso y reverso de una forma única de democracia semidirecta. La iniciativa es la facultad que tiene un grupo de ciudadanos para presentar un proyecto de ley a la Cámara de Diputados, debiendo el Congreso darle tratamiento dentro del término de doce meses y resolver si lo sanciona con fuerza de ley. En cambio, la consulta popular es la potestad que tiene el Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, para presentar un proyecto de ley a la ciudadanía, debiendo ella resolver si lo sanciona con fuerza de ley.

No hay motivo razonable para incluir en la consulta popular aquello que constitucionalmente, y de manera expresa, está excluido de las materias sobre las cuales cabe ejercer la iniciativa. De modo que la consulta popular, a igual que la iniciativa, no son viables cuando su ejercicio recae sobre provectos de leves referentes a la reforma constitucional; a los tratados internacionales, cualquiera sea su especie; a tributos; presupuesto y materia penal. Otro tanto cuando se trata de materias en las cuales el Senado interviene como cámara de origen, porque esa prerrogativa sería desvirtuada a raíz de la iniciativa asignada a la Cámara de Diputados en los procedimientos de democracia semidirecta de los artículos 39 y 40. Además, en todos aquellos casos en que la sanción de las leves está condicionada a una mayoría especial, estimo que no es viable acudir a la iniciativa ni a la consulta popular. Ello como consecuencia de aquella interpretación restrictiva a que deben ser sometidas estas novedosas instituciones constitucionales en función de la cláusula del artículo 22 de la Constitución.

* *

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS presentados por los señores académicos:

Académico Dr. Jorge R. VANOSSI

En primer lugar quiero felicitar al Dr. Badeni. Se puede decir de su exposición, en cuanto a los fundamentos y a las conclusiones, lo mismo que se dice en el Código respecto de las presunciones: varias, graves, precisas y concordantes. Los argumentos que ha dado el Dr. Badeni han sido varios, han sido graves (es decir fuertes), sólidos, muy precisos y concordantes en el estilo conductor de su exposición. Por otro lado, también tengo que felicitar a otros oradores porque comparto enteramente lo que podríamos llamar "sospechas" que han puesto sobre el tapete, que no son sospechas políticas sino constitucionales, desde el momento que están basadas en la propia conformación del texto y del contexto en que se desenvuelve nuestro proceso constitucional. Creo que tenemos dos argumentos sólidos que ha enunciado el Dr. Badeni abonando la tesis de la improcedencia de aplicar el artículo 40 a los fines que se acaban de señalar; pero hay también un argumento cuvo manejo político le puede dar peso, y más que peso, poder decisivo en el sentido opuesto.

Para mí los argumentos de peso en la tesis negativa - vamos a llamarla así- son: en primer lugar, la función que el Congreso desempeña cuando se aplica el artículo 30, que no es una función legislativa en el sentido propiamente dicho de la palabra, sino una función preconstituyente, como ha sido llamada en gran parte por el pensamiento constitucional.

Hay dos. aspectos: el contenido y la forma; la forma tradicional ha sido por ley. Esto es opinable. También hay gran parte de la biblioteca que discute con la tradición legislativa, pero el hecho es que desde 1860 hasta la actualidad se ha acudido a la forma de ley.

Pero si eso es opinable, lo que no es opinable es que el contenido de la decisión que toma el Congreso en el art. 30 es, sustancialmente hablando, una cuestión que, al margen de que

se haga por ley o fuera de ley, no tiene nada que ver con la función legislativa ordinaria.

De tenerlo, sólo lo tiene parcialmente, porque el Congreso "decide" declarando la necesidad de la reforma, pero también tiene que fijar los puntos que incluyen esa reforma y además tiene que resolver todo lo atinente a la convocatoria de la Convención Constituyente, número de integrantes, mecanismo electoral, fecha de reunión, duración, consecuencias de las extralimitaciones en que pueda incurrir, etc., que son materias que obviamente se deben resolver en forma preceptiva, es decir a través de lo que normalmente es el contenido propio de las leyes.

El otro argumento que también corrobora esta tesis es que en una interpretación armónica, coherente e integral del texto constitucional, no se puede saltear la arquitectura de las mayorías especiales o de las mayorías agravadas, porque si la salteáramos para dejar de lado el art. 30 como vía alternativa para la reforma, también tendríamos que dejar de lado esto para todos los otros casos en que está exigida una mayoría especial, con lo cual obviamente se quiebra el sentido, la finalidad y sobre todo la construcción que la Constitución ha querido dar al juego de mayorías simples en algunos casos, agravadas en otros. Incluso en el art. 30, sabiendo que ha hecho derramar mucha tinta y muchas angustias, en que la buena doctrina sostiene que es una mayoría agravada especial, es decir 2/3 de los miembros que componen el cuerpo y no simplemente de los presentes. De modo que, de admitirse que por vía del art. 40 pudiéramos dejar en el tramo inicial (es decir en la etapa preconstituyente) de lado el requisito y la forma prevista en el art. 30, esto distorsionaría totalmente la arquitectura de la Constitución.

Pero también es cierto que el art. 40 está redactado como está redactado, y está junto al art. 39, y no fueron sancionados en dos oportunidades históricas distintas y distantes: fueron sancionadas el mismo día por la misma Convención, por los mismos convencionales, producto de un mismo despacho de comisión, de los mismos acuerdos y consensos como se dice ahora (prefiero la palabra acuerdos) a que habían llegado las

fuerzas que decidieron la reforma de la Constitución, y uno no puede pensar, en la etiología de la ley, que haya pasado desapercibido, que nadie haya tenido la perspicacia de entender en la comisión redactora o en la comisión gestatoria previa, que si en el art. 39 se exceptuaban determinados supuestos, eso también tenía que figurar en el art. 40 si se quería alcanzar la misma prohibición, es decir, la valla o el mismo límite.

Quiero decir, a título personal, que creo en una omisión dolosa y deliberada en el art. 40, lo que comúnmente se llama una travesura, que no sé si es propia de unos o de todos, con un silencio cómplice por parte incluso de aquellos sectores que, al margen del pacto que llevó a la ley de declaración de la reforma de la Constitución, participaron después, y no obstante que decían que estaban en contra (con la única excepción de Monseñor de Nevares) se quedaron todos, votaron la Constitución en la sesión final y le prestaron juramento.

Conclusión: creo que desearíamos que este tema se resuelva por las razones y los argumentos que tan abundante y sólidamente ha expuesto el Dr. Badeni, pero me temo que pueda ocurrir lo contrario.

Por la sencilla razón de que en el lenguaje de la hermenéutica constitucional de los últimos lustros se han mimetizado los voceros o protagonistas, a través de un lenguaje en el cual va desapareciendo el derecho y van ocupando el lugar del derecho, en ese espacio, términos como cuestiones de "poder" o cuestiones de "decisión política".

Tanto los que ahora son gobierno y antes oposición, como los que antes eran gobierno y ahora oposición, suelen utilizar una de estas dos expresiones. Preferentemente "cuestiones de poder", es el poder: lo dicen quienes hoy son gobierno; y preferentemente es una "decisión política", es un acuerdo político: lo dicen lo que están en la oposición. Pero en ambos casos, semántica y semióticamente, porque también vale esto otro. Lo que está reflejando esto es que no se habla del derecho, en las cuestiones de derecho: ausente con presunción de fallecimiento, no interesa. Las cuestiones no se resuelven por marco jurídico o por valores signados por el derecho, sino

fundamentalmente por cuestiones de poder o de decisión política.

De modo que, ante la ausencia de órganos independientes de control, esto pasa a ser más grave.

Si lo que acabo de decir se diera en un cuadro normal, bien podríamos sostener que la sospecha de algunos colegas, que acompaño, no revistiría importancia, porque tendríamos la certeza de que la tesis que ha expuesto el Dr. Badeni sería la que los órganos de control se encargarían, en definitiva, de hacer primar.

Porque es lo sensato, lo razonable, lo lógico, lo coherente y lo que hace a la arquitectura de una Constitución rígida en los términos en que ha sido planeada y que no debería estar desmentida por la última reforma.

Pero como no tenemos órganos de control independientes que estén dispuestos a asumir sus roles para poner freno, una especie de poivoir d'empecher ante los avances de las que, entre comillas, se llaman "decisiones políticas" o "cuestiones de poder", creo que el tema se resume en una sola ecuación.

Cuando llegue la oportunidad procesal pertinente, es decir los plazos próximos al año 1999, si la relación de fuerza se lo permite, lo intentarán. Si la relación de fuerzas no lo permite no lo intentarán y hasta dirán que aquellos que aventuraron esa tesis eran realmente dementes que estaban fuera de su sano juicio: total siempre alguien tiene que pagar las cuentas.

Creo en definitiva y sintetizo así mi pensamiento, que este tema tan magistralmente tratado, no va a tener en el nivel político un tratamiento acorde con el derecho, sino únicamente connotado por apetitos por un lado y posibilismo por el otro.

* *

Académico Dr. Carlos María BIDEGAIN

Con nuestro aplauso celebramos los conceptos de la comunicación del académico Badeni, claros y bien asentados en la letra y el espítritu de la Constitución. Asimismo deseo dejar constancia de mi coincidencia con lo expuesto por el académico Vanossi.

La cuestión que nos ocupa es susceptible de ser tratada en diversos planos (ético, político, sociológico, jurídico, histórico, etc.). Por mi parte, deseo exponer algunas ideas de carácter jurídico-constitucional.

Una antigua regla de interpretación de la Constitución reclama su aplicación de modo armónico o sistemático. Un texto de la Constitución no debe interpretarse como contradictorio con otro texto, sacrificando la aplicación de alguno de ellos. Ambos han de ser aplicados utilizando los instrumentos de la hermenéutica jurídica.

Una lectura descuidada de los art. 30 y 40 puede generar ese tipo de dudas. El art. 30 establece los requisitos y procedimientos para realizar reformas al texto de la Constitución. El nuevo art. 40 contempla la posibilidad de someter a consulta popular un proyecto de ley, a iniciativa de la Cámara de Diputados. A los efectos de este examen, dejo entre paréntesis la seria cuestión previa acerca de la constitucionalidad del Capítulo Segundo de la Primera Parte de "Declaraciones, derechos y garantías", planteada por el académico Badeni al comienzo de su comunicación, que entiende incorporada de rondón por la Convención Constituyente Reformadora de 1994. Allí está ubicado el art. 40.

Puede llamar la atención que en el art. 39, inmediatamente anterior, sobre el derecho de los ciudadanos de iniciativa de proyectos de ley en la Cámara de Diputados, en su último párrafo se puntualice que no serían objeto de iniciativa popular "los proyectos referidos a reforma constitucional", entre varias materias que menciona, y que nada de eso esté ordenado en el artículo siguiente, sobre consulta popular. Algún viejo jurista resolvería el intríngulis desempolvando proverbios latinos "ad vocatum". No los utilizaremos en estas reflexiones.

Una lectura más atenta del art. 40 nos descubre que también en él está previsto un marco de aplicación de la consulta popular que no carece de limitaciones. Sólo que éstas no están prescriptas taxativamente en la norma constitucional, como en el art. 39, sino que el constituyente prefirió delegar en el Congreso la tarea de reglamentar "las materias, procedimientos y oportunidad" en que podrá recurrirse a este procedimiento excepcional. Reglamentar qué materias podrán ser objeto de consulta popular significa conferir al Congreso el deber de establecer un marco restringido para la utilización de este instituto en razón de su entidad política.

Los art. 30 y 40 transitan por distintos andariveles. La tarea del Congreso en el primer caso es sancionar una "declaración de necesidad de reforma de la Constitución" en la que deberá puntualizar los temas sobre los que podrá versar la reforma a realizar por una "Convención convocada al efecto". Esa "declaración" del Congreso deberá ser aprobada "con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros". La doctrina, salvo pocas opiniones, y la conducta del propio Congreso al sancionar las anteriores declaraciones de reforma, con excepción de la aprobada irregularmente en 1948, consagra la interpretación de que esa mayoría especial debe calcularse sobre la totalidad de los miembros de cada Cámara. Si bien la "declaración de necesidad de reforma" ha sido formalizada en sendas "leyes en sentido formal", por la naturaleza v efectos del acto difiere fundamentalmente de una "ley ordinaria".

El objeto del art. 40 es enteramente diverso. Crea un modo de sancionar leyes ordinarias diverso al prescripto por los art. 73 a 84. Su objetivo político puede ser superar la resistencia del Presidente a promulgar un proyecto de ley o a efectuar presión sobre el Presidente o sobre el Congreso mediante una consulta popular no vinculante. En definitiva, es un instrumento de política agonal, vinculado a la creación de leyes ordinarias. El art. 30 es mecanismo de política arquitectónica.

La ley reglamentaria de la consulta popular excluirá, debe esperarse, la materia de la reforma constitucional, como está

ordenado para la iniciativa popular en el art. 39. La extraordinaria jerarquía de la garantía constitucional reglamentada por el art. 30, está intimamente ligada a la efectiva vigencia de la forma representativa republicana federal (arts. 1, 5, 6, 22, 28, 29, 31, 33). Una reforma constitucional deberá hacerse irremediablemente mediante el mecanismo del art. 30. Este ha quedado intacto. Ese fue el propósito y esa la decisión del Congreso que, en la declaración de necesidad de reforma formalizada en la ley 24.309, muy expresamente dispuso en el art. 9º que "La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidas en el Capítulo Unico de la Primera Parte de la Constitución Nacional". Esa fue una condición sustancial que el pueblo de la Nación tuvo en cuenta al designar a sus mandatarios en la Convención.

* *

Académico Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA

Coincido en un todo con la interpretación que ha hecho el Dr. Badeni, y también, en su esencia, con lo que manifestó el Dr. Bidegain.

Pero quiero hacer resaltar algo importante, en lo que se trata de la interpretación de las reformas constitucionales que también tienen su técnica; dentro de la técnica correcta debe procederse con mucha cautela, en casos de duda en cuanto al reconocimiento u otorgamiento de poderes que no aparecen establecidos expresamente en la Constitución.

Y además, en casos dudosos, la interpretación debe mantener coherencia con el resto de la Constitución y sobre todo con el espíritu, alma o esencia de la Constitución.

El art. 30 de la Constitución es un artículo fundamental porque es el que define la naturaleza jurídica y el rasgo de Constitución escrita y rígida, de manera que cualquier interpretación que quiera hacerse debe ser restrictiva y manteniendo coherencia con los grandes principios y el espíritu de la Constitución, y evidentemente de la reforma última no resulta, a mi juicio, ninguna modificación al art. 30, o sea que se mantiene un único procedimiento de reforma de la Constitución.

Parecería que no es lógico que a hurtadillas se hubiera querido establecer algunas disposiciones que pudieran fundamentar interpretaciones dudosas que no mantuvieran la coherencia con la esencia, alma o estilo de la Constitución, y de la discusión y del texto de la reforma última no resulta ninguna modificación expresa, clara, como hubiera sido, como hace a la característica de la Constitución rígida, del art. 30 de la Constitución.

* *

Académico Dr. Alberto Antonio SPOTA

Quiero felicitar muy cordialmente al doctor Badeni y a todos lo que me han precedido en el uso de la palabra por la solvencia con que han encarado y desarrollado el importante tema en debate. Es así que hace a la esencia de la seguridad jurídica en el nivel, nada menos, referido a la estabilidad y mantenimiento del texto constitucional.

Debatir la forma de reforma de la Constitución, más allá del art. 30, entendiendo que el artículo 40 habilitaría otra vía de reforma, es tema no solamente ilegítimo, sino enormemente riesgoso para el bienestar general. Sobre el tema expuesto con tanta precisión, deseo hacer un señalamiento que realmente me preocupa. Esto es, estoy realmente inseguro y temeroso frente a las posibilidades de uso indebido y de interpretaciones disvaliosas y forzadas del artículo 40, para intentar por esa senda alterar el proceso de reforma de la Constitución Nacional, que a mis ojos se rige exclusivamente por el art. 30

de la Constitución Nacional. Se ha dicho muy bien, por parte del doctor Badeni, que ahora tenemos dos formas constitucionales de legislar. La primera a través del Congreso de la Nación y la segunda usando el instrumento jurídico político semidirecto reglado por el art. 40. Y si debemos aceptar esta situación, así como lo que ha dicho muy bien el doctor Linares Quintana, compatibilizando ambas sendas, atento que es nuestro deber armonizar todo el texto constitucional, en lo que a su interpretación se refiere esa compaginación debe ser armónica, lo que significa que ha de ser coherente con el resto del texto constitucional. Esto es, no invadiendo las zonas prereformadoras regladas por el art. 30 de la C.N. Tenemos entonces estas dos formas de producir legislación que aparecen como legítimas, pero para legislar y no más allá. Ello porque el ámbito cubierto por el procedimiento del art. 40 lo es exclusivamente para legislar. Esto es bien diferente que alterar el proceso pre-reformador, marginando las Cámaras y las mayorías calificadas que ese art. 30 establece.

Creo que a pesar de lo expuesto hay razones para no sentirnos tranquilos ni seguros en la concepción de la constitución rígida que comparto con el doctor Linares Quintana y que luce específicamente para nuestra norma de base con un determinado proceso de reforma. Es así que estoy absolutamente de acuerdo en que la rigidez constitucional reglada en el art. 30 no ha sido oficialmente agredida con el proceso de reforma de 1994. Pero tampoco se me escapa que a pesar de lo expuesto en la ley de reforma, en el sentido de no agredir al capítulo dogmático, la verdad es que se lo ha atacado y duramente.

Así acaece con el art. 31. El orden de prelación de normas establecido en el art. 31, que es fundamental en el esquema de Constitución rígida, nos guste o no nos guste, ha sido evidente e ilegítimamente marginado con el art. 75 y sus incisos 22 y 24. No digo esto porque no comparta el concepto de que en el mundo contemporáneo sea lógico y razonable que los tratados prevalezcan sobre las leyes comunes de cada Estado. Pero resulta evidente recordar que, tanto la ley de convocatoria a Constituyente cuanto las declaraciones publicadas efec-

tuadas en tono solemne por todas las partes intervinientes, e inclusive por los que suscribieron el no legítimo pacto de Olivos, expresaron en todos los tonos que aquel Capítulo Dogmático de la Constitución Nacional no debía ser alterado en forma alguna. Y a pesar de ello esa alteración se produjo en los términos del artículo 75 en sus incisos 22 y 24, que son los que establecen la prelación de los tratados sobre las normas de derecho interno. Esa alteración del orden normativo fijado por el artículo 31 de la Constitución Nacional, aunque deseable desde cierto punto de vista, no fue legítima en nuestro medio, visto los antecedentes señalados. Lo concreto es que el artículo 75 en sus incisos 22 y 24 son normas jurídicas vigentes, a pesar del texto de la ley que convocó a Congreso constituyente reformador. Y a pesar de las formales declaraciones precedentemente señaladas. La existencia de ese precedente y de esa alteración en el orden jerárquico de normas como derecho y también como hecho, hace que, lamentablemente, se entienda hoy por más de uno que podrían existir dos formas de reforma de la Constitución Nacional. Y esto es ilegítimo, pero posible. Así al menos hay que visualizar el tema en debate hoy.

Esas dos formas de reforma serían la enunciada en el artículo 30 de la Constitución Nacional, y la que podría surgir como consecuencia de la mecánica operativa que se deduce del artículo 40. Pero esta última interpretación, a mi criterio, es absolutamente ilegítima y totalmente violatoria de la seguridad jurídica en su grado más excelso. Pretender que a través del artículo 40 pueda reformarse la Constitución Nacional es absolutamente inaceptable e inconcebible, y crea una total inseguridad jurídica en el nivel más profundo y más trascendente de la conciencia política y jurídica argentina. Esto resulta evidente, al menos a mis ojos.

Si ha habido que aceptar la ampliación del Capítulo Dogmático a través del Nuevo Capítulo Dogmático, y a través del artículo 75 en sus incisos 22 y 24 y otras normas de ese mismo artículo, esto no autoriza para justificar una interpretación que margine el artículo 30 para el proceso de reforma de la Constitución Nacional. En ningún momento el sistema

establecido en el artículo 30 de la Constitución Nacional para el proceso de reforma se puso en tela de juicio por ninguno de los artífices ideológicos o fácticos del proceso de reforma. Sólo forzando de manera absolutamente ilegítima y de no buena fe el propio texto del artículo 40, podría pretenderse que tendríamos dos maneras de reforma de la Constitución Nacional. Esta tesis lo único que traerá será desgracias políticas y jurídicas para la ciudadanía, pues, como está señalado, la seguridad jurídica será la primera víctima de esta nueva ilegitimidad. De todo lo expuesto se deduce que es absolutamente imprescindible formar conciencia pública en el sentido de que la forma de reforma de la Constitución Nacional estuvo y está reglada única y exclusivamente por el artículo 30 de la Constitución Nacional. Otra interpretación importa violar no solamente esa norma, sino además forzar, como está dicho, en grado inconcebible el propio artículo 40 de la Constitución Nacional.

* *

Académico Almte. Carlos A. SÁNCHEZ SAÑUDO

En esta reunión se ha tratado un tema de gran actualidad e importancia, al que este Cuerpo había considerado en los dos últimos años cuando -siendo el académico Jorge A. Aja Espil su Presidente-, en 1993, analizó la importancia de los aspectos semánticos, históricos y también teleológicos, el del propósito, el de los fines de nuestra Constitución, y que en el art. 31 -como acaba de recordar el académico Alberto Antonio Spota- se custodia la coherencia de su esencia bajo la "primacía de la Constitución". Es decir, hace tiempo que investiga el art. 30, su importancia, la rigidez de tales disposiciones y la correlación entre ellas.

He tenido una gran satisfacción al haber escuchado a los señores académicos, empezando por el Dr. Badeni, que comenzó las disertaciones, y luego le siguieron otros académicos con gran jerarquía y seriedad en el desarrollo del tema; de manera que sólo quiero mencionar algo que ha dicho casi al final el Dr. Spota, cual es crear la conciencia pública, a pesar de la confusión, por lo que creo que -independientemente de lo relacionado con el art. 30 y de que no puede haber dos formas de reformar la Constitución- hay otro aspecto que me parece más directo para el deseado esclarecimiento de la ciudadanía.

Porque creo que no se compadece el contenido del art. 22, tan inteligentemente explicado una vez por Sarmiento y por todo ese grupo de los grandes de la República, que claramente establece: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino a través de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución..., etc.", mientras que el nuevo art. 40 dice: "El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada... (y continúa). El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática".

Cabe preguntarse: ¿Qué más acto de gobierno que dictar una ley en esa forma? De manera que no veo cómo se cumple la ley declarativa 24.309 art. 9 de la reforma constitucional que dice que no se podrá tocar el Capítulo I, cuando este artículo 40 evidentemente es incompatible con el art. 22, que continúa en vigor, por lo que debe ingresar en el campo de la nulidad absoluta, por violentar las expresas disposiciones de los arts. 6 y 7 de la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional.

Esto me parece que para la gente no especializada es de más fácil interpretación y comprensión.

Un problema esencial

Pero hay otra cuestión fundamental que cabe destacar. La consulta popular que se propone no sólo es incompatible con los arts. 22 y 30 de la Constitución de 1853, sino que además implica una concepción política opuesta al concepto de ley y de economía en libertad que dicha Constitución establece.

Porque esa "democracia semidirecta" que se promete, sustituye a "aquellos principios, derechos y garantías" como límites a la ley, por meras opiniones a través de votaciones en ejercicio del "derecho de iniciativa" o de la "consulta popular". Se reemplaza así el límite "jurídico" basado en "principios" por el límite "político" basado en "opiniones" (cuando no en pactos o intereses no impersonales), es decir, se corre el muy grave riesgo de cambiar la actual concepción jurídica y limitada de la ley (art. 28) por otra concepción política y de opiniones no limitadas por ese artículo (la voluntad general de Rousseau y la igualdad mediante la ley) y, consecuentemente, el riesgo de cambiar el criterio de defensa de la libertad (que era y es mediante la igualdad ante la ley, y la libertad garantizada por los artículos previamente establecidos al 28). Esa es la concepción del "Sistema Interdisciplinario de la Libertad" y de la economía en libertad (de mercado) que hoy se promete.

Es decir, la "democracia semidirecta" de los arts. 39 y 40, no sólo es otra forma de sancionar leyes (distinta a lo dispuesto en los arts. 77 a 84), e incluso de modificar la Constitución (apartándose de lo normado en el art. 30), sino que significa otra concepción de la ley que modifica la característica teleológica del propósito de nuestra Ley Fundamental, cual es la limitación del poder para evitar abusos y excesos de éste, reemplazándolo por el "manejo de la sociedad desde el poder", con lo que el poder de decisión no estará ya en los gobernados sino en el gobernante. Porque en nuestra Constitución Fundadora, antes de esta reforma, la ley era "igual y para todos, permanente, objetiva y universal", mientras que con la Democracia Popular se posibilita que la "ley sea cualquier cosa que apruebe la Consulta Popular", lo cual acaba de fracasar en todo el mundo, como lo preveía sabiamente el art. 22 de la Constitución de 1853, que nos proyectó al primer mundo y nos mantuvo en él mientras la respetamos.