

---

# REFORMA Y CONSTITUCIÓN EN LA ARGENTINA. DEL CONSENSO NEGATIVO AL ACUERDO

CATALINA SMULOVITZ\*

## I. Introducción

En 1983, la transición democrática argentina tuvo lugar bajo la convicción de que su consolidación dependía de la creación de instituciones. En esa primera etapa el proceso de *institutional building* se concentró en las instituciones representativas y en las instituciones de gobierno que se suponía eran inadecuadas para asegurar la gobernabilidad. La concentración en estas instituciones coincidió con algunas preocupaciones académicas que señalaban la importancia de reconvertir antiguas representaciones sociales en representaciones partidarias a la vez que discutían las dificultades que imponían las deficientes instituciones estatales para la gestión política y prescribían la necesidad de reformar la constitución a la que consideraban como una de las causales de la inestabilidad política y de la emergencia de los regímenes autoritarios. El parlamento, los partidos, y la constitución fueron los protagonistas de este primer momento.

Durante el gobierno de Alfonsín la preocupación por la necesidad de fortalecer y reformar dichas instituciones tuvo efectos contrarios a los deseados. Para la ciudadanía que esperaba "comer, estudiar y curarse" con la democracia, las reformas institucionales eran un problema extraño; las alejaba tanto de sus representantes como de la política. Para la clase política, y para la oposición partidaria en particular, la preocupación gubernamental por las reformas era producto de una estrategia destinada a asegurar una hegemonía política duradera antes que fruto de su interés por fundar un nuevo juego institucional que asegurarse estabilidad. De esta forma entonces, la preocupación por las instituciones que debían asegurar estabilidad y gobernabilidad terminó extrañando a los ciudadanos de algunos de los anhelos gubernamentales e intensificando conflictos políticos con otras fuerzas partidarias que nunca dejaron de sospechar que la voluntad reformista estaba impulsada por motivaciones políticas coyunturales. Aun cuando la reintroducción del debate constitucional en la etapa menemista no modificó la percepción de que el tema era una cuestión con pocos y privilegiados beneficiarios, la dinámica política partidaria que caracterizó al gobierno menemista creó las condiciones para la emergencia de un acuerdo constitucional. De esta forma, en 1994 se accedió a un nuevo texto constitucional que si bien no quebró "el

---

\* Universidad Torcuato Di Tella. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Tecnológicas. Este trabajo es una versión abreviada del artículo "Constitución y Poder Judicial en la Nueva Democracia Argentina. La Experiencia de las Instituciones" publicado en Carlos Acuña (comp.) *La nueva matriz política argentina* (Buenos Aires: Nueva Visión, 1995).

maleficio de la sucesión" consiguió quebrar "el consenso negativo" que a lo largo del siglo XX había impedido el tratamiento o la consolidación de las reformas constitucionales que hasta el momento habían sido intentadas.

En las próximas páginas analizaremos: 1) las razones que explican por qué luego de los sucesivos fracasos que marcaron a los intentos reformistas emprendidos en el siglo XX, en 1994 el gobierno menemista pudo alcanzar el éxito en su empresa y; 2) algunas de las posibles consecuencias de los cambios implementados.

## II. El debate constitucional y la persistente dificultad para consolidar reglas

Hasta 1994 la historia constitucional argentina podía ser caracterizada en base a dos rasgos en cierta forma contradictorios: la persistencia del texto constitucional de 1853 y los sucesivos y reiterados fracasos de los intentos de reforma. Si consideramos, sólo lo ocurrido en el siglo XX podemos observar que, con excepción de los seis proyectos que formaron parte de los antecedentes de la reforma del 49 y del proyecto que finalmente fue tratado en 1994, ninguno de los intentos de reforma propiciados en este siglo alcanzó siquiera la atención de alguna de las Comisiones de Asuntos Constitucionales<sup>1</sup>.

La persistencia del texto constitucional no estaba obviamente vinculada a su efectividad como sistema de reglas legítimas para la distribución de poder político. La cantidad de años bajo gobiernos de facto muestran que los procedimientos por ella previstos no fueron

los más utilizados. Por otro lado, la cantidad de intentos de reforma así como la diversidad y amplitud de origen de los proyectos demuestran que si bien existió una persistente disconformidad con el texto vigente la misma no consiguió convertirse en acto. ¿Cómo explicar los sucesivos fracasos reformistas y la consecuente inmutabilidad? ¿Qué esquema institucional resultó de la misma? y finalmente ¿cómo explicar el éxito que alcanzó el gobierno de Menem en su empresa reformista?

Consideremos, en primer lugar, las razones que podrían explicar los sucesivos fracasos reformistas. Por un lado, podría hipotetizarse que las dificultades que enfrentaron los distintos intentos de reforma constitucional derivan del carácter rígido de la constitución, esto es, de los exigentes requisitos que deben cumplimentarse para su modificación. Esta exigencia no sólo impone obstáculos para adecuar al texto constitucional a los cambios históricos sino que también convierte al acto de reforma en un acto cuasi fundacional. En tanto los actores perciben al momento de la reforma como una oportunidad única, casi irrepitable, para mejorar las condiciones para la realización futura de sus intereses, llegan al mismo con objetivos de máxima que tienden a obstaculizar la emergencia de nuevos acuerdos sobre normas. En esas condiciones, y ante el temor de que un nuevo acuerdo sea imposible se ven presionados a mantener las viejas normas antes que correr el riesgo de padecer la ausencia de reglas.

Esta hipótesis se complementa con la avanzada por Botana y Mustapic, quienes señalan que la frustración de los intentos reformistas ha sido independiente de las propuestas realizadas y que, está relacionada con la vigencia de lo que ellos han denominado "consenso negativo"<sup>2</sup>. En otras palabras, que la permanencia del texto constitucional es atribuible no tanto a sus virtudes sino a la incapacidad de los actores políticos para arribar acuerdos que permitan su modificación. Cabe, entonces, preguntarse, acerca de la configuración

1 Cftse. Matteo Goretti: *La Constitución del Régimen de la Constitución*, CEDES, 1988 (MIMEO); Natalio Botana y Ana María Mustapic; *La Reforma Constitucional frente al Régimen Político Argentino*, Liliana De Riz y Dieter Nohlen, *Reforma Institucional y Cambio Político* (Buenos Aires: Legasa, 1991); Alejandro Padilla, *Proyectos y Reformas a la Constitución Nacional. Apuntes sobre el período 1930-1983*, Criterio, 1975, 23 de octubre de 1986.

2 Natalio Botana y Ana María Mustapic; o. cit., p. 53 y siguientes.

de factores que ha dado lugar y reproducido ese particular escenario político internacional.

El rasgo central que caracterizó a dicho escenario ha sido un persistente conflicto acerca de las reglas que garantizan el acceso al poder político<sup>3</sup>. Indicadores de la persistencia e importancia de dicho conflicto han sido la inestabilidad y acumulación de reglas referidas a los procedimientos para acceder y distribuir el poder, las transgresiones constitucionales, la no aceptación de los resultados electorales, la introducción de restricciones al derecho a ser elegido así como la introducción de restricciones a la realización de alianzas electorales. Los constantes cambios, así como la percepción sobre la transitoriedad de las reglas, mostraron tanto a los partidos como a los actores sociales organizados, la fragilidad y futilidad de las estrategias electorales. Esta incertidumbre respecto a las reglas incentivó la búsqueda de estrategias alternativas. En un contexto caracterizado por la inexistencia de reglas estables para la asignación de poder político, el acceso al poder a través de estrategias golpistas, aparecía como la única opción para maximizar y preservar los intereses partidarios así como su supervivencia. Es más, dada la alta inestabilidad de las reglas de distribución del poder político, la reforma constitucional, la fijación de nuevas reglas, resultaba un evento innecesario. La experiencia histórica "enseñaba" a los actores que, al poco tiempo, los diversos intentos de "fundación" de reglas se convertían en esquemas descartables. Por lo tanto, acordar reglas que implican renunciaciones en el corto plazo cuando no había garantías de que en el mediano y/o largo plazo sus sacrificios serían recompensados no tenía sentido.

A partir de estos argumentos puede inferirse que el éxito de un cambio constitucional que logre consolidarse en el tiempo dependerá de la desarticulación de las condiciones que estructuraron dicho consenso negativo. Para lo cual se abren dos estrategias, o se articula

un nuevo consenso productivo, o se neutraliza la capacidad de veto de la oposición. Sin embargo, y aún cuando este último camino ha dado lugar a la ocurrencia de cambios constitucionales, recuérdense las reformas de 1949, 1957 y 1972, su capacidad para sostenerlos en el tiempo ha sido escasa. En consecuencia, si se toman en cuenta las lecciones del pasado, el éxito de una reforma constitucional debe medirse no sólo en base a su ocurrencia, sino fundamentalmente a partir de su perdurabilidad. Por lo tanto, para evaluar el potencial éxito de la estrategia reformista del gobierno menemista será necesario considerar no solo su capacidad para producir los cambios deseados, sino también si las condiciones de producción de dichos cambios dan algún indicio acerca de la probable permanencia de los mismos.

Desde muy temprano la posibilidad de la reforma apareció en el debate político como un hecho que interesaba particularmente a la presidencia. A diferencia de lo que ocurrió durante el gobierno de Alfonsín<sup>4</sup>, esta vez el proyecto no surgió como producto de un anuncio formal del ejecutivo<sup>5</sup>. Mientras que para el gobierno radical la reforma estaba justificada por la necesidad de garantizar la estabilidad de las instituciones, para el gobierno menemista la reforma aparecía como necesaria para garantizar la continuidad de las políticas y reformas económicas emprendidas. En consecuencia, a veces en forma ambigua y otras en forma explícita, la necesidad de posibilitar la reelección de Menem, a quien se colocaba como reaseguro de la continuidad de la política económica, apareció casi como el

3 Ver: De Riz, Liliana y Smultovitz, Catalina: *Instituciones y Dinámica Política. El Presidencialismo Argentino* en Nohlen, Dieter y Liliana de Riz; o. cit. 1991.

4 Para un análisis de las razones que llevaron al fracaso a la estrategia reformista emprendida por el gobierno de Alfonsín. Ver: Catalina Smulovitz: *Constitución y Poder Judicial en la Nueva Democracia Argentina. La experiencia de las instituciones* en Carlos Acuña (comp.) *La Nueva Matriz Política Argentina* (Nueva Visión, 1995).

5 La intención gubernamental empezó a formalizarse en marzo de 1992 cuando el Consejo Nacional del Partido Justicialista encargó a una Comisión presidida por el Senador Menem la elaboración de un anteproyecto de reforma.

único tema de relevancia en la discusión constitucional<sup>6</sup>.

Al quedar la discusión constitucional atrapada por el debate acerca de la reelección, los otros temas del debate constitucional perdieron entidad y desaparecieron, de hecho, del debate público. La concentración del debate en la legitimidad de la reelección afectó también la estrategia y capacidad opositora del resto de los partidos y en particular la del radicalismo. Cuando este optó por concentrar la discusión constitucional en su oposición a la reelección, terminó neutralizando su propia estrategia opositora. No sólo recortó su capacidad de construir una agenda de debate constitucional distinta a la propuesta por el gobierno, lo cual le podría haber permitido construir alianzas alternativas, sin que tampoco pudo evitar que su propia estrategia también apareciese subordinada al logro de necesidades coyunturales, como era su voluntad de evitar un eventual triunfo de Menem.

6 El proyecto declarando la necesidad de la reforma constitucional que el gobierno envió a la Cámara de Senadores incluyó los siguientes ítems: elección directa de presidente y vicepresidente, reducción del mandato presidencial a cuatro años con posibilidad de reelección elección directa de senadores y reducción del mandato de los mismos a seis años, ampliación del período de sesiones ordinarias, modificación a las atribuciones del Parlamento, modificación en el trámite para la aprobación de leyes, elección directa del intendente porteño, introducción del mecanismo de enmienda de un solo artículo a ser avalado por dos tercios de los miembros del Congreso y ratificado por consulta popular, nuevo mecanismo de acuerdo para el nombramiento de jueces y creación del Consejo de la Magistratura para asesoramiento del PEN, eliminación de la figura del patronato en la presentación de obispos, modificación del procedimiento para la declaración de estado de sitio. En la Primera Parte de Declaración de Derechos y Garantías se incluyen modificaciones referidas a la preservación del medio ambiente, la consagración constitucional del hábeas corpus y del recurso de amparo, la protección de la salud, el fomento de la integración regional, la defensa del usuario y del consumidor y el derecho a la información. *La Nación*, 7 de setiembre de 1993.

El 8 de setiembre de 1993 se puso a consideración del Senado el dictámen de la mayoría de la Comisión de Asuntos Constitucionales. Ante la imposibilidad de conseguir el número de votos necesarios para su aprobación el oficialismo decidió postergar su tratamiento hasta después de las elecciones legislativas de octubre de ese año. El 21 de octubre cuando se retomó el debate, el oficialismo contó con los 32 votos necesarios para la aprobación del proyecto. No sólo los resultados electorales del 3 de octubre<sup>7</sup> habían colaborado para sumar votos a la propuesta oficialista. También, en los últimos días, el ejecutivo había negociado modificaciones que le permitieron conseguir apoyos como el del Senador Leopoldo Bravo del Bloquismo Sanjuanino, quien aceptó votar favorablemente por el proyecto gubernamental a cambio de mantener el mecanismo de elección indirecta para presidente, vice y senadores y el mandato de nueve años para estos últimos. En estas condiciones, con una propuesta de cambios constitucionales que con excepción del tema de la reelección no había generado controversias constitucionales ni oposiciones organizadas fuertes, y dado que el gobierno aún no disponía de la totalidad de los votos necesarios para aprobar el proyecto en la Cámara de Diputados, el ejecutivo se lanzó a ganar la aprobación del proyecto constitucional a través de la presión que sobre los diputados podría ejercer la ciudadanía convocada a pronunciarse en un plebiscito a realizarse el 21 de noviembre de 1993.

La opción del plebiscito era una alternativa que el gobierno venía manejando y había

7 Elecciones a Diputados. Resultados a Nivel Nacional en porcentajes (octubre de 1993).

Justicialismo	43.1
UCR	30.1
Frente Grande	3.6
Modín	5.8
Unidad Socialista	2.7
UCD	2.6
Otros	7.4
En Blanco	3.7

Fuente: Ministerio del Interior.

hecho pública ya en 1992. Aun cuando las encuestas tendían a señalar una opinión favorable a la reforma, a la reforma con reelección y a la reelección de Menem, los análisis periodísticos tendían a considerar que, en tanto el justicialismo estaba aún lejos de los dos tercios de votos que necesitaba en diputados, los efectos del plebiscito podían ser más políticos que institucionales. Sin embargo, luego del 3 de octubre y luego del anuncio de la convocatoria al plebiscito una serie de hechos colocaron al gobierno más cerca del logro que pretendía alcanzar.

Consideremos, algunos acontecimientos significativos que tuvieron lugar en el radicalismo luego de las elecciones legislativas del 3 de octubre de 1993. Aparentemente, algunos dirigentes del radicalismo nacional y provincial interpretaron el resultado electoral del 3 de octubre, como un mal augurio acerca de sus posibilidades electorales para 1995<sup>8</sup>. En ese contexto, en donde la victoria para el premio mayor quedaba descartada, algunos dirigentes de la UCR parecieron optar por una estrategia que les permitiese asegurar, al menos, su presencia en espacios institucionales alternativos. Si no se podía impedir una victoria peronista en el 95, fuera Menem u otro el candidato, entonces era preferible abandonar una estrategia orientada al logro de beneficios difícilmente alcanzables en el mediano plazo y concentrarse, en cambio, en otra destinada reafirmar sus posiciones en el corto plazo. Los intentos de negociación de puestos en la Corte Suprema que aparentemente tuvieron lugar luego que se conociera el confuso episodio de sustracción de una sentencia y que motivaron los pedidos de renuncia y juicio político a los miembros del Tribunal fueron solo las primeras manifestaciones de este

cambio de estrategia. De esta forma, parecía que frente a la incertidumbre de obtener premios mayores en el 95, algunos dirigentes radicales optaron por asegurar, vía negociaciones interpartidarias, el acceso y la ocupación de ámbitos institucionales alternativos o hasta ese momento vedados.

En julio de 1992, la Convención Nacional de la UCR había aprobado un documento rechazando la reforma y la reelección presidencial. La estrategia oficial del partido colocó a los dirigentes del radicalismo en un lugar de abierto enfrentamiento con el gobierno nacional. Sin embargo, luego del anuncio gubernamental sobre la realización del plebiscito, diversas muestras de indisciplina partidaria tuvieron lugar entre renombrados dirigentes del partido<sup>9</sup>. En vista de la diversidad de posiciones la Convención Nacional resolvió dejar en libertad a los distritos para que establecieran sus respectivas estrategias. El aparente desmembramiento de la UCR puede entenderse como producto de la evaluación que hicieron los diversos dirigentes radicales acerca de los riesgos que les podía acarrear el continuar sosteniendo una estrategia partidaria que los colocaba en posición de perdedores no solo frente al inminente plebiscito sino también en 1995. En consecuencia, y a fin de asegurar, al menos, beneficios particulares futuros, a los distintos líderes regionales del radicalismo les resultaba más beneficioso desertar de la estrategia oficial del partido, y aparecer otorgando "favores" al presidente a la espera de futuras contraprestaciones.

8 Las apreciaciones que siguen parte de la premisa que, luego de las elecciones de octubre de 1993, un importante sector de dirigentes radicales entendió que sus chances electorales para 1995 eran exiguas. Aun cuando es lícito preguntarse si este diagnóstico era correcto, cabe señalar que a fines del análisis sólo nos interesa que estos dirigentes lo consideraran como tal, y que por lo tanto ajustaran sus conductas y estrategias futuras al convencimiento de que el mismo era válido.

9 Figuras relevantes del partido se pronunciaron en forma divergente acerca de cuál debía ser la estrategia a seguir. No hubo acuerdo si debía optarse por el no, por la abstención o por sumar los votos de ambas opciones. El gobernador de Chubut, Carlos Maestro, el gobernador de Río Negro, Horacio Massaccesi, el candidato por Santiago del Estero, José Zavalía y el intendente de Río Grande apoyaban el plebiscito y la reforma. Antonio Tróccoli respaldaba la abstención activa mientras que el Senador Ricardo Laferriere destacó la necesidad de acordar con el gobierno una reforma consensuada a fin de centrar el debate fuera de los límites que imponía el tema de la reelección.

Las dificultades del radicalismo para construir una estrategia de oposición a la iniciativa presidencial estuvieron relacionadas además con otros dos factores. Por un lado, varias provincias, entre las que se encontraban Córdoba y Río Negro, habían pasado recientemente por procesos de reformas constitucionales<sup>10</sup>. Luego de que sus respectivas sociedades habían sido movilizadas alrededor de la necesidad de cambios institucionales, era dificultoso para estos líderes radicales locales argumentar en contra de la necesidad de dichos cambios a nivel nacional. Asimismo, es factible que la reticencia a acompañar la estrategia del partido a nivel nacional estuviera también determinada por su conocimiento de la opinión local. Si su electorado tendía a favorecer la propuesta de reforma a nivel nacional, acompañar la estrategia oficial del partido a nivel nacional, podía implicar perder no sólo en el juego nacional sino también su base a nivel local.

Finalmente, debe señalarse una cierta debilidad argumentativa en la estrategia radical. La concentración de su oposición en la cláusula reeleccionaria, colocó al partido a la defensiva. Si en un primer momento el radicalismo podía hacer aparecer su oposición como una cuestión de principios, por la cual era válido sostener que aquel que propiciaba el cambio no podía verse beneficiado por el mismo, luego de los resultados electorales de octubre, el gobierno consiguió transformar dicha oposición en un temor a someterse a la voluntad popular. El slogan "Reelección sin Proscripción" lanzado por el justicialismo obviaba por completo la discusión de principios implícita en la modificación de la cláusula de reelección, sin embargo, tenía la virtud de colocar la discusión en términos de un desafío al cual a la tradición radical le era difícil dejar de reconocer cierta legitimidad: finalmente sería el voto del "soberano" el que decidiría la forma en que iba a resolverse la disputa.

10 Ver Sabsay, Daniel, "Las nuevas constituciones provinciales en la Argentina: Un análisis comparado" en Dieter Nohlen y Liliana De Riz; o. cit.

De esta forma, ya sea porque en un primer momento el radicalismo optó por concentrar su oposición a la reforma alrededor de la cláusula de reelección bloqueando de esta forma potenciales alianzas políticas que podría haber intentado alrededor de las otras cuestiones en discusión, o ya sea porque las escasas expectativas de sus dirigentes los incentivó a desarrollar estrategias para asegurar posiciones en el corto plazo antes que correr el riesgo de perder los pocos espacios que por entonces ocupaban, el gobierno consiguió neutralizar, al menos, la efectividad de la oposición radical.

En consecuencia, el "Pacto de Olivos"<sup>11</sup>, el acuerdo entre el PJ y la UCR que destrabó el tratamiento de la ley que declarativa la necesidad de la reforma constitucional en el parlamento, no puede entenderse como fruto de un súbito e inexplicable cambio en la posición del líder de la UCR. Su realización fue producto de la evaluación que ambos partidos hicieron de la situación en la que se encontraban y de las perspectivas que enfrentaban.

Cuando el líder de la UCR evaluó que las posibilidades de su partido para 1995 eran escasas, que eran escasas sus chances de vetar la iniciativa de reforma impulsada por el gobierno, y que también eran escasas sus

11 Se conoce como "Pacto de Olivos" al acuerdo firmado el 14 de noviembre de 1993, entre el presidente Menem y el ex presidente Alfonsín. Los firmantes acordaron impulsar un proyecto de reforma constitucional que contemplara cuestiones tales como la atenuación del sistema presidencialista, la reelección presidencial y el afianzamiento de la independencia de la justicia. En el acuerdo también se establecía una metodología de trabajo para el proceso de reforma que se iniciaba y se aclaraba que en un documento futuro iban a establecerse procedimientos que permitieran garantizar el debido respecto a los acuerdos alcanzados. Los temas incluidos en el acuerdo son muy similares a los que eventualmente fueron incluidos en la ley declarativa de la Reforma Constitucional, Ley N° 24.309. El texto completo del acuerdo, así como sus antecedentes se encuentran en García Lema, Alberto: *La Reforma Posible* (Planeta: 1994), Apéndice Documental.

chances de conservar la disciplina de su partido en torno a la estrategia de oposición frontal al proyecto reformista gubernamental; la negociación de algún tipo de acuerdo emergió como la estrategia más conveniente. Un acuerdo con el gobierno le permitía disminuir sus pérdidas futuras a la vez que le permitía imponer condiciones sobre la forma que podía adquirir la futura reforma. Frente al riesgo de quedar totalmente al margen; el pacto le permitía a Alfonsín colocar al radicalismo en situación de imponer algunas condiciones en la futura reforma, a la vez que le permitía resguardar un lugar institucional para la oposición radical. Además de estos beneficios particulares, y sabiendo Alfonsín que el gobierno estaba dispuesto a ir a un enfrentamiento frontal<sup>12</sup> para conseguir la aprobación de la reforma<sup>13</sup>, y suponiendo además que sus chances de ganara en el mismo eran escasas, el pacto aparecía como una solución que brindaba también beneficios colectivos: evitaba la experiencia de aprobar una vez más una Constitución cuya legitimidad iba a estar cuestionada por una parte significativa de la sociedad<sup>14</sup>.

12 Con respecto a carácter frontal del enfrentamiento ver Carlos Acuña, "Algunas notas sobre los juegos, las gallinas y la lógica política de los pactos constitucionales" (Reflexiones a partir del pacto constitucional en la Argentina) en Carlos Acuña (comp.), o. cit. 1995.

13 Diversos datos muestran que el gobierno estaba dispuesto a hacer lo imposible a fin de conseguir la aprobación del proyecto reformista. En la Cámara de Diputados, el legislador Durañona y Vedia había presentado un proyecto de ley reglamentaria que promovía una "sui generis" interpretación del artículo 30 de la Constitución: permitía votar la necesidad de la reforma con los 2/3 de los presentes en vez de los 2/3 de los miembros. A fines de octubre se aprobó el decreto convocando al plebiscito, y por si cabían dudas el Ministerio del Interior aclaró que "*como el radicalismo se niega a reconocer que el 3 de octubre el electorado dio su apoyo implícito a la reforma, el gobierno quiere que el pueblo de su opinión explícita*" cit. en García Lema, o. cit., p. 112.

14 En repetidas oportunidades el ex presidente Alfonsín defendió su disposición a pactar en base a los beneficios colectivos que brindaba el mismo, esto es, evitar la reedición de las antinomias que durante gran parte del siglo XX había dividido a la sociedad argentina.

¿Por qué Menem accedió a negociar un pacto cuando todo parecía indicar que podía haber dejado de lado a su principal oponente? El principal beneficio que obtuvo el gobierno del pacto no fue la factibilidad de la reforma sino su legitimidad. Si bien forzando los límites de las interpretaciones legales y haciendo uso de la presión social que podría haber resultado del plebiscito, era probable que el gobierno obtuviese los recursos institucionales requeridos para declarar la necesidad de la reforma en el parlamento; también es cierto que este camino podía resultarle costoso en el mediano plazo. Ya que aun neutralizando la capacidad del veto del adversario, y por lo tanto consiguiendo la aprobación de la reforma deseada, el resultado nunca hubiera podido escapar la sospecha de la ilegitimidad. Por otra parte y tal como lo había mostrado el acuerdo con el Senador Bravo, el gobierno sabía que, para garantizar la realización de la reforma se iba a ver obligado a pactar con alguna otra fuerza partidaria. En consecuencia, si de todas formas iba a tener que pactar, al gobierno le convenía llevar adelante aquel acuerdo que podía traerle el beneficio del consenso y la legitimidad. En este sentido, vale la pena destacar, que si bien la estrategia gubernamental había debilitado fuertemente la capacidad de la UCR para impedir la realización de la reforma, el peso que tenía la percepción acerca de la legitimidad histórica de esta, restringía el impulso gubernamental de llevar adelante una estrategia reformista que la obviara completamente. El gobierno sabía que un desconocimiento total del lugar de la UCR en la escena política argentina podía resultarle, en el mediano plazo, costoso. De esta forma, aun cuando el gobierno parecía haber neutralizado la capacidad de veto de la UCR, esta contaba todavía con ciertos recursos que le permitían seguir apareciendo como una pieza necesaria de la ecuación. Con el pacto peronista-radical, la reforma dejó de ser la reforma de Menem para pasar a ser la reforma de los partidos mayoritarios.

De esta forma, el Pacto de Olivos y la posterior sanción de la ley 24.309 crearon un evento inédito en la historia constitucional nacional, la posibilidad de una reforma constitucional producto no sólo de la neutralización

de la capacidad de veto del adversario sino también fruto del consenso productivo interpartidario. A partir del Pacto de Olivos, y por primera en el siglo XX el sistema político argentino, accede a una reforma constitucional que si bien no quiebra "el maleficio de la sucesión" consigue quebrar "el maleficio del consenso negativo". Condición que quizás le permita sostenerse en el tiempo con mejor suerte que las otras reformas constitucionales intentadas en el siglo XX.

Antes de analizar los cambios constitucionales producidos, cabe hacer unos breves comentarios sobre "la cláusula cerrojo" que se incorporó a la ley 24.309. La ley declarativa de la Reforma Constitucional establecía en su artículo quinto, que la Convención sólo podría tratar los temas indicados en el artículo 2, esto es, los temas acordados en el Pacto de Olivos, los que debían ser votados conjuntamente, "*entendiéndose que la votación afirmativa importará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes*". Esta cláusula motivó diversos cuestionamientos por parte de constitucionalistas que señalaban que la misma implicaba un cercenamiento de las facultades de la Asamblea Constituyente<sup>15</sup>. Y cuestionamientos por parte de algunos partidos políticos que tendieron a criticar el carácter no representativo del acuerdo de cúpulas. Más allá de las críticas constitucionales y más allá de los cuestionamientos políticos que pudieran hacerse de la misma, cabe aquí destacar su relevancia y consecuencias políticas. Es indudable que el pacto sumado a la llamada "cláusula cerrojo" hicieron posible un acontecimiento que a lo largo del siglo XX se había mostrado esquivo. Como ya señaláramos las restricciones que caracterizan al procedimiento de reforma hacen que los actores perciban a la misma como una oportunidad única, casi irrepitable, para mejorar las

condiciones para la realización futura de sus intereses. En consecuencia, llegan a la misma con objetivos de máxima, que tienden a obstaculizar la emergencia de nuevos acuerdos sobre normas. Las restricciones que impuso la "cláusula cerrojo" tuvieron la capacidad para neutralizar la posibilidad de que los constituyentes pudieran utilizar el espacio de la Constituyente para desertar de los acuerdos realizados. Si así lo hacían sus acciones quedarían anuladas. De esta forma, entonces, la "cláusula cerrojo" garantizaba a los firmantes del acuerdo, que si por alguna razón el proceso constituyente adquiría una dinámica inesperada, su peor resultado no iba a ser la ausencia de reglas o la imposición de reglas que les podían resultar abiertamente desfavorables sino un retorno a la posición inicial. Además de funcionar como garantía para los firmantes del acuerdo, la "cláusula cerrojo" también les sirvió a estos para controlar la disciplina de sus propios partidarios. Por lo tanto, y retomando la imagen de Ulises y las Sirenas analizada por Elster<sup>16</sup>, puede decirse que en tanto la "cláusula cerrojo" ató férreamente las manos de los constituyentes impidiéndoles avanzar objetivos particulares garantizó, a los firmantes del acuerdo, que ningún canto de sirenas podría desviar a los constituyentes de las reformas acordadas<sup>17</sup>.

16 En "Algunas notas sobre los juegos, las gallinas y la lógica política de los pactos constitucionales" (o. cit.), Carlos Acuña también utiliza la metáfora de Ulises y las Sirenas para analizar el sentido que tuvo la cláusula cerrojo en el proceso constituyente.

17 Hubo dos impugnaciones ante la Corte al procedimiento de voto previsto por la cláusula cerrojo: "Polino Héctor y otro c. Poder Ejecutivo" C.S., abril, 7-994 y "Romero Feris, Antonio c. Estado Nacional" C.S. 292 XXVIII, 1 julio 1994. Ambas impugnaciones fueron desestimadas por la Corte, luego de que la propia Convención resolvió convalidar la cláusula cerrojo como parte de su reglamento interno. Tal como lo señaló Badeni en ese momento la impugnación "*se había tornado abstracta porque el único órgano competente para regular su funcionamiento -que es la Convención y no el Congreso- había compartido y hecho propia la voluntad del Congreso*". Gregorio Badeni: o. cit. p. 116. Finalmente cabe destacar que sólo dos convencionales renunciaron a sus bancas por oponerse al método de votación previsto por dicha cláusula: Jaime De Nevares y Edith Galarza.

15 Ver Daniel Sabsay: "La Proyectoada Reforma de la Constitución: "Un paso más hacia el hegemonismo? No hay Derecho Año V, N° 11, agosto-octubre 1994; y Gregorio Badeni: *Reforma Constitucional e Instituciones Políticas* (Ad-Hoc: 1994).



### III. Los cambios de la Constitución de 1994.

Entre el 25 de mayo y el 22 de agosto de 1994, en la ciudades de Santa Fe y Paraná sesionó la Asamblea Constituyente. El Partido Justicialista tuvo 146 representantes, la UCR 75, 32 el Frente Grande y 20 el MODIN. Las restantes 42 bancas se distribuyeron entre diversos partidos. Ninguna fuerza contó con quórum propio ni con una mayoría absoluta. ¿Qué modificaciones se introdujeron? Hubo cambios en las normas que rigen las relaciones entre los poderes del estado, en las que rigen las relaciones entre la nación y las provincias y en el mapa de los derechos individuales.

En relación a las cláusulas que rigen las relaciones entre los poderes, la constitución reformada introdujo la figura del jefe de gabinete de ministros, figura a quien le toca ejercer, entre otras funciones, la administración general del país. El jefe de gabinete es nombrado por el presidente quien también tiene facultades para removerlo. El jefe de gabinete también es responsable ante el Congreso, que puede removerlo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros de cada una de las Cámaras. La Constitución reformada regula en forma explícita algunas atribuciones del ejecutivo como su facultad para sancionar decretos de necesidad y urgencia, su facultad para ejercer vetos parciales así como las condiciones la delegación legislativa. Asimismo, la Convención Constituyente eliminó el requisito del culto para elegibilidad del presidente, modificó la duración de su mandato que se redujo a cuatro años, eliminó la restricción que impedía su reelección inmediata e introdujo el ballottage para aquellos casos en los que en la primera elección ninguna de las fórmulas obtiene más del 45% de los sufragios o en aquellos otros en los cuales la fórmula más votada obtiene al menos el 40% de los votos y la diferencia con respecto a la fórmula que le sigue es inferior al 10% de los votos<sup>18</sup>.

En relación al Poder Legislativo la nueva Constitución modificó el procedimiento para elegir senadores -su elección será directa-agregó un senador por distrito -el cual deberá corresponder al primer partido de oposición en el mismo- y redujo el término de su mandato a seis años. También se introdujeron modificaciones para agilizar el procedimiento para la sanción de leyes y se autorizó la delegación de su tratamiento en particular a las comisiones. Asimismo fueron creados dos órganos de control parlamentario sobre la administración: la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo. La Auditoría de la Nación, cuyo presidente será designado por el partido de oposición con mayor número de votos, deberá evaluar el desempeño económico, financiero y operativo de la Administración Pública. La principal función del Defensor del Pueblo será proteger los derechos, garantías e intereses tutelados por la Constitución y las leyes.

La Constitución reformada introdujo importantes cambios en la estructura del Poder Judicial. Por un lado le otorgó carácter constitucional, autonomía funcional y autarquía financiera al Ministerio Público. Órgano que deberá promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad. Por el otro, creó el Consejo de la Magistratura, cuyas dos principales funciones serán la selección de los jueces de los tribunales inferiores y la administración de los recursos del Poder Judicial. También resultó modificado el procedimiento de selección de jueces. Estos serán primero preseleccionados mediante concursos públicos por el Consejo de la Magistratura que elevará una terna vinculante al Poder Ejecutivo, quien a su vez deberá proponer la designación de uno de estos al Senado. Este último órgano -en sesión pública- deberá otorgar o negar el acuerdo para la designación. El procedimiento de designación de los Jueces de la Corte Suprema también sufrió modificaciones. Si bien se mantiene la atribución del Ejecutivo para nombrar a dichos jueces con acuerdo del Senado, ahora se exige para el acuerdo que la sesión sea pública y el voto de los dos tercios de los miembros presentes. Finalmente, cabe señalar que la Constitución refor-

18 Para un análisis de las potenciales consecuencias del ballottage en el sistema político argentino ver: Castiglioni, Franco, "El ballottage de Olivos. ¿Un incentivo para las alianzas?" en *La Ciudad Futura*, N° 40, Primavera 94.

mada estableció un jurado de enjuiciamiento para la remoción de los jueces inferiores.

Entre las modificaciones relacionadas con el sistema federal se destacan: el cambio en la situación constitucional de la ciudad de Buenos Aires, y la imposición del régimen de coparticipación impositiva en base a una ley de convenio entre la Nación y las provincias.

En cuanto a los nuevos derechos debe destacarse por un lado, el otorgamiento de un status constitucional, superior a las leyes, a una serie de tratados internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención de los Derechos del Niño. Por otra parte, el capítulo sobre nuevos derechos consagra el derecho de resistencia a la opresión contra autoridades de facto, la iniciativa popular para el tratamiento de leyes, la consulta popular para decidir la aprobación de leyes, el derecho a la preservación del medio ambiente, el derecho del consumidor y el usuario, el derecho a interponer acciones de amparo frente a acciones que lesionen derechos y garantías constitucionales, el derecho al *habeas data* y el *habeas corpus*.

Luego de este extenso pero a la vez incompleto resumen de las modificaciones constitucionales introducidas por la reforma de 1994 cabe hacer algunas observaciones sobre sus eventuales consecuencias. Dos son las áreas en las cuales desearía centrar mis comentarios: 1) sus posibles consecuencias en la dinámica de la relación entre los poderes y 2) sus eventuales efectos en el campo relacionado con los nuevos derechos ciudadanos e individuales.

Antes, una pequeña introducción. Como es sabido las reglas institucionales definen campos de relaciones posibles. Esto implica que las instituciones definen un rango de acciones probables pero no determinan unívocamente las prácticas políticas resultantes. Por lo tanto, para hacer una evaluación de las consecuencias habrá que observar la forma en que los distintos actores políticos y sociales usan de este nuevo mapa institucional. Será necesario observar cómo los actores experimentan los límites de las nuevas institu-

ciones y analizar las "lecciones" que obtienen de estos ejercicios. Quizás la mejor predicción que pueda hacerse es que, en el corto plazo, es de esperar se sucedan iniciativas que intenten probar y experimentar los límites de las nuevas instituciones<sup>19</sup>. En este sentido, vale la pena recordar que las reglas institucionales se consolidan a partir de las lecciones que los actores extraen de su práctica. Serán justamente los resultados de estas experimentaciones los que permitirán fijar las fronteras y alcances del nuevo escenario constitucional. En consecuencia, todo está dispuesto como para que el gobierno, la oposición, los movimientos sociales y los ciudadanos intenten fijar, a partir de las prácticas políticas, el contenido y los bordes de las nuevas instituciones<sup>19</sup>. Aun cuando no pueden desconocerse los comentarios y críticas ya avanzados por algunos constitucionalistas en relación a las probables consecuencias del nuevo texto constitucional, debe recordarse que finalmente será la experiencia histórica de los actores con estas instituciones la que defina qué reglas terminarán por consolidarse.

Consideremos, a continuación, algunas de las críticas y comentarios que el nuevo texto constitucional ha despertado. Daniel Sabsay<sup>20</sup>, por ejemplo, ha señalado que dada la forma en que se ha estructurado la institución del jefe de gabinete, este no podrá constituirse en un contrapeso a las prerrogativas presidenciales. Sus atribuciones son el producto de la delegación presidencial y su nombramiento y remoción son también una potestad presiden-

<sup>19</sup> En setiembre de 1994, el ministro de Justicia, Rodolfo Barra, intentó justificar la legitimidad de la reelección del gobernador de Santa Fe argumentando que a la luz del artículo 23 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a la nueva Constitución, la restricción a la reelección que aparecen en la Constitución de Santa Fe es inconstitucional por ser discriminatoria. El 7 de octubre la Corte rechazó la acción judicial interpuesta. Más allá de los resultados de esta demanda, la misma puede analizarse como un primer ejemplo de los ejercicios de experimentación que pueden esperarse en el corto plazo. La Nación, 7 de octubre de 1994.

<sup>20</sup> Daniel Sabsay: "La Proyectoada Reforma de la Constitución: "Un paso más hacia el hegemonismo? No hay Derecho (Año V, N° 11, agosto-octubre 1994), p. 3.

cial ya que la censura del Congreso, según Sabsay, es prácticamente imposible de concretar. En consecuencia, esta figura no podría atenuar la centralidad de la figura presidencial. En principio, la crítica parece acertada; imaginemos, no obstante, una situación en la cual un presidente logra la mayoría en la segunda vuelta, pero enfrenta a un poder legislativo que no le es favorable. Si esas son las circunstancias, por qué no pensar que al presidente le puede ser útil ganar el apoyo del parlamento negociando con algún partido parlamentario la identidad de la figura del jefe de gabinete. Aún cuando la negociación entre presidente y parlamento no es obligatoria, también es cierto que la creación de este espacio institucional en el ejecutivo, abre un nuevo ámbito para la negociación interpartidaria. Por lo tanto, la constitución de la figura del jefe de gabinete, como un elemento de contrapeso a la autoridad presidencial, no es sólo producto de las normas sino también de los recursos político-institucionales de los actores de acción confrontativos o de cooperación<sup>21</sup>. Más allá de que esta figura termine restringiendo o no la autonomía de acción del Ejecutivo, es de destacar que su sola institucionalización crea la oportunidad para que esto ocurra. Espacio y oportunidad que de hecho no existían en la Constitución anterior.

También se discute la eficacia que tendrán las cláusulas destinadas a regular el ejercicio de las atribuciones excepcionales del presidente para limitar el ejercicio del decisionismo presidencial. Por ejemplo, en relación a los decretos de necesidad y urgencia, Sabsay

señala que la incorporación de la cláusula a la reformada Constitución no introduce "remedios institucionales" que permitan garantizar el control parlamentario para el ejercicio de los mismos<sup>22</sup>. En relación a la delegación legislativa dicho autor afirma que tampoco "se ve rodeada de las garantías susceptibles de impedir los abusos del ejecutivo". Y con referencia a los vetos parciales indica que la limitación para sancionar las leyes del Congreso que han sufrido un veto parcial es sólo aparente, en tanto la nueva Constitución permite que se promulguen "si constituyen porciones escindibles del texto primitivo y su aprobación parcial no altera el espíritu ni la unidad el proyecto sancionado por el Congreso". En principio y en relación a estos tres señalamientos las prevenciones marcadas por Sabsay parecerían ser acertadas, sin embargo, aquí también cabe destacar que finalmente, la extensividad de uso que el Ejecutivo haga de estos recursos excepcionales, dependerá una vez más de la forma en que la oposición parlamentaria organice su accionar y de la interpretación que haga la Corte sobre la extensividad de las atribuciones del Ejecutivo en situaciones de excepción<sup>23</sup>. Pero más allá de los puntos que quedan pendientes, cabe resaltar que también en estas figuras existe una diferencia significativa respecto de la situación anterior: la excepcionalidad además de estar fundamentada debe ser evaluada por un órgano parlamentario. Si bien la intervención de la Comisión Bicameral Permanente no

21 Reforzando esta línea de interpretación vale la pena recordar la situación imaginada por Guillermo Molinelli. Decía dicho autor "Imagínese que éste (el presidente) remueve un JG que goza del decidido apoyo del Congreso. Este podría reaccionar removiendo al nuevo JG. A la larga, el Presidente entenderá el mensaje y actuará en forma más contemporizadora. Y cuando esto ocurra una vez (y quizás sin que tenga que llegar a ocurrir, si el Presidente es previsor) se habrá instalado un límite invisible a la "exclusiva" facultad presidencial del nombramiento del JG." Molinelli, Guillermo, "Como funcionaría la nueva Constitución" *La Ley* Año LVIII N° 59, 24 de marzo de 1994.

22 Ver posiciones disidentes a esta en Humberto Quiroga Lavié: "Decreto de Necesidad y Urgencia en la Reforma de la Constitución Nacional" en *La Ley* Año LVIII, N° 168, 2 setiembre 1994, María Angélica Gelli: "Relación de Poderes en la Reforma Constitucional de 1994" en *La Ley*, Año LVII, N° 186, 28 setiembre de 1994; Alberto Bianchi: "Una primera aproximación a la reforma constitucional" en *El Derecho*, 28 de setiembre de 1994.

23 Son varios los constitucionalistas que señalan el rol que tendrá la Corte y el Congreso en la definición de los alcances de las cláusulas que regulan los decretos de necesidad y urgencia, a la delegación legislativa y al veto parcial. Ver Alberto Bianchi, o. cit. y María Angélica Gelli; o. cit.

constituye una restricción automática al uso de estos institutos por parte del Ejecutivo, crea un límite institucional, inexistente en la Constitución anterior, al que los legisladores pueden llegar a apelar.

También es necesario suspender el juicio en relación a los cambios introducidos en la estructura del Poder Judicial. Mientras no se aprueben una serie de leyes reglamentarias en el Congreso será difícil evaluar las probables consecuencias de las modificaciones introducidas. En principio podría suponerse que el establecimiento del Consejo de la Magistratura y del jurado de enjuiciamiento podrían permitir mayor independencia interna y externa del personal judicial. Sin embargo, hasta tanto no se sancione la ley reglamentaria que determine cómo, por cuánto tiempo, y si podrán ser reelegidos los miembros del Consejo de Magistratura es imposible determinar, si dicho Consejo podrá satisfacer las expectativas que rodearon a su emergencia constitucional. No obstante, y tal como advirtiera Eugenio Zaffaroni, algunas de las disposiciones introducidas permiten alimentar un cierto escepticismo respecto a la independencia a adquirir. Consideremos sus dudas respecto del proceso de designación de los jueces. La nueva Constitución establece que para designar jueces el Consejo de Magistratura realizará concursos, las ternas que resulten de los mismos serán elevadas al Poder Ejecutivo, que deberá proponer la designación de uno de estos al Senado, que a su vez deberá prestar su acuerdo. Zaffaroni señala que si el jurado elige en base a la capacidad técnica de los candidatos no se entienden las razones que ameritan la intervención de un órgano político para tomar una decisión que el Consejo de la Magistratura ha tomado en base a idoneidad. Si bien es probable que este procedimiento mejore la precalificación de los candidatos, cabe advertir que no impedirá que en última instancia la selección recaiga en criterios político-partidistas<sup>24</sup>. Aún cuando el escepticismo de

Zaffaroni resulta bien fundado, es necesario anotar que si bien el nuevo texto constitucional no garantiza los objetivos declarados, al incorporar una mediación institucional adicional en el proceso (la intervención del Consejo de la Magistratura) puede resultar en una limitación a las manifiestas arbitrariedades que en el pasado afectaban el procedimiento de nombramiento de jueces. El procedimiento de designación de jueces deberá sortear ahora dos instancias de posible control. Aun cuando nada asegura que los controles serán efectivamente ejercidos (recordemos que aún falta definir la estructura del Consejo) también debe considerarse que de hecho la incorporación de una instancia institucional de control abre la puerta para que el proceso de nombramiento adquiera otros caracteres.

El nuevo texto deja una serie importante de cuestiones a definir por leyes del Congreso. Este hecho ha dado lugar a que varios constitucionalistas destaquen el carácter inconcluso de la nueva Constitución. Sagües, por ejemplo, señala que la independencia del poder judicial dependerá, en última instancia de la ley que defina la composición del Consejo de Magistratura y del jurado de enjuiciamiento, que el destino del Ministerio Público dependerá de la ley que lo reglamente, y que la facultad del Ejecutivo para dictar decretos de necesaria urgencia también dependerá de una ley reglamentaria. Y lo mismo sucede con el derecho a la protección ambiental, el derecho a la libre y honesta competencia así como con el derecho de propiedad sobre la tierra de los indígenas y con la autonomía de la Capital Federal. Alberto Bianchi también ha señalado una serie de cláusulas que necesitan ser especificadas por leyes del Congreso o por fallos de la Corte. Por lo tanto parece correcta la afirmación de Sagües y compartida por otros constitucionalistas cuando señalan que la Cons-

<sup>24</sup> Presentación del Dr. Eugenio Zaffaroni en el Seminario "Los derechos humanos transcurridos diez años de democracia" organizado por el Instituto de Investigaciones Sociales de la Facultad

de Ciencias Sociales de la UBA y el CELS. 22 de setiembre de 1994. En esta misma presentación Eugenio Zaffaroni señaló algunos problemas que pueden presentarse con el nuevo procedimiento para remoción de jueces que aparece en la Constitución de 1994.

titución está aún por hacerse<sup>25</sup>. En consecuencia, si el nuevo mapa institucional aún se halla inconcluso, tanto las afirmaciones que sostiene que la nueva Constitución derivará en un fortalecimiento del Ejecutivo como aquellas que sostienen que el nuevo texto resultará en mayores controles parecen apresuradas. Aún cuando ninguna de estas posibilidades está ausente, es indudable que dichas interpretaciones tienden a soslayar el hecho que el poder es un atributo relacional. Y que por lo tanto las normas institucionales resultantes dependerán, no sólo de las reglas sino también de las capacidades y de la forma en que los otros organizan sus recursos para restringir o extender sus atribuciones. Por lo tanto, pareciera ser que el misterio del régimen político de la Constitución reformada depende centralmente de dos incógnitas: de la forma en que la oposición haga valer sus recursos y capacidades políticas; y de la orientación que adopten las futuras interpretaciones de la Corte sobre el conjunto de cláusulas que han quedado abiertas a sus pronunciamientos. Si consideramos como un dato que cualquiera sea la identidad del que ocupe el Ejecutivo, este intentará maximizar los espacios institucionales que han quedado abiertos en la nueva Constitución, entonces la clave del nuevo régimen político pareciera descansar sobre la conducta de la oposición y sobre los futuros pronunciamientos de la Corte. Cabe entonces un breve comentario. Quizás algunos de los temores expresados acerca de los riesgos implícitos en la nueva Constitución sean atribuibles no tanto al diseño institucional resultante sino a la evaluación sobre las capacidades, que en el corto plazo, tendrá la oposición para ejercer funciones de control, así como a la evaluación sobre la probable orientación de los pronunciamientos de la

Corte dadas las manipulaciones que en los últimos tiempos han afectado su composición.

La presencia de una serie de cuestiones que deben ser definidas por leyes del Congreso tiene otra consecuencia. Eugenio Zaffaroni ha señalado que este hecho nos enfrenta con una Constitución que se ha vuelto parcialmente flexible<sup>26</sup>. Ya que nada impide al Congreso volver a expedirse, por ley, sobre dichas cláusulas, si se reúnen las mayorías requeridas que no son en todos los casos muy exigentes. ¿Cuáles son las implicancias políticas de este hecho? Si la definición del texto constitucional sigue abierto a la dinámica política, entonces, el Parlamento y en particular la oposición, quedan colocados en un lugar estratégico. Esta implícita flexibilidad supone también un riesgo: limita la capacidad del texto constitucional para funcionar como un espacio de garantías. Si el número de normas y de derechos constitucionales que ahora pueden redefinirse sin recurrir a mayorías especiales es alto, ¿cómo evitar el clásico riesgo de la dictadura de las mayorías?. Más allá de la crítica que pueda hacerse al conservadurismo constitucional, vale la pena recordar que las restricciones que dificultan los cambios constitucionales continuos y bruscos también tienen sus ventajas. Evitan que una sociedad tome determinaciones impulsivas cuyas consecuencias quizás no pueda revertir aun en caso de arrepentirse. Y evitan, al dar estabilidad a ciertos acuerdos sobre normas, que una sociedad deba continuamente destinar tiempo y esfuerzos a la negociación permanente de su contrato fundante, permitiéndole de esta forma, orientar sus energías hacia otras preocupaciones<sup>27</sup>. Por lo tanto, aun cuando la flexibilidad implícita en el nuevo texto abre un horizonte, no puede dejar de reconocerse que la misma también tiene sus riesgos.

25 Ver Néstor Sagüés; "Introducción" en Constitución de la Nación Argentina. (Editorial Astrea: 1994). Afirmaciones similares, destacando el carácter inconcluso del texto constitucional, han sido esbozadas por Ricardo Gil Lavedra, Eugenio Zaffaroni y Germán Bidart Campos en un debate público realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 26 de octubre de 1994.

26 Afirmación hecha por Eugenio Zaffaroni en un panel sobre "La nueva Constitución y las perspectivas de la democracia en la Argentina" llevado a cabo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 26 de octubre de 1994.

27 Jon Ver Elster, "Introduction" in Elster, Jon and Slagstad Rune; *Constitutionalism and Democracy* (Cambridge University Press, 1988).

La implícita flexibilidad y el carácter no concluyente del nuevo texto constitucional tiene además otra implicancia: obliga a los ciudadanos, a los movimientos sociales y a los partidos políticos a velar, en forma continua, por sus derechos. Ya que así como la flexibilidad les da lugar a la adquisición de nuevos derechos, si ejercen eficientemente sus nuevas atribuciones, también puede dar lugar a que los pierdan si no mantienen la atención sobre las cuestiones de la esfera pública en forma permanente. En una primera instancia podría suponerse que esta exigencia de ejercicio continuo de derechos y de fiscalización de la arena pública de parte de los ciudadanos es un desarrollo auspicioso. Los defensores de las teorías participativas de la democracia seguramente celebrarán la oportunidad que aquí se abre. Sin embargo, la cuestión también admite una interpretación más pesimista. Como en su momento mostraron los debates sobre las ventajas y desventajas de la democracia participativa, el ejercicio perpetuo de la negociación y la atención permanente sobre los asuntos públicos requiere la conversión de los individuos en "ciudadanos de tiempo completo"<sup>28</sup> ya sea para defender sus derechos o para fiscalizar la labor de sus representantes. Sin embargo, y en la medida en que el tiempo que los ciudadanos dedican a la actividad pública se realiza a expensas del tiempo que dedican a la producción del ingreso<sup>29</sup>, y en la medida

en que el costo de oportunidad para dedicarse a la actividad pública es muy desigual; un sistema político que requiere el uso extensivo del oficio ciudadano termina produciendo una ciudadanía muy restringida y desigual. Son pocos los que pueden disponer del tiempo para ejercer en forma continua sus facultades y son muy desiguales las condiciones de su ejercicio. En consecuencia, un posible efecto de esta nueva situación es que el ejercicio de la ciudadanía termine restringido a aquellos pocos que pueden afrontar los crecientes costos en esfuerzo, tiempo e ingreso que exige la actividad pública. Si sólo unos pocos estarán en condiciones de ejercer la profesión de ciudadanos de tiempo completo, entonces, es factible que las oportunidades que aparentemente ofrece la flexibilidad terminen produciendo un recorte de derechos antes que una ampliación de los mismos.

De esta forma, entonces, y a pesar de reconocer las oportunidades que ofrece el nuevo texto constitucional en su enriquecido mapa de derechos y en los potenciales controles que fija a extensiones de la autoridad del ejecutivo, llegamos a una conclusión ambivalente no tanto como consecuencia de las inferencias que puedan hacerse acerca del probable impacto de las normas sino por las enormes y continuas exigencias que impone sobre la ciudadanía como guardiana permanente de los derechos.

28 J. J. Rousseau: "Lettres écrites de la Montagne" cit. en Albert Hirschman; *Interés Privado y Acción Pública* (F.C.E.: 1986), p. 110.

29 Albert Hirschman; o. cit., p. 108.

## SINTESIS

Tras reseñar los factores que explican el éxito de Carlos Menem en la reforma de la Constitución argentina, la autora aborda las consecuencias que ésta podría introducir en la relación entre los tres poderes del Estado y en el ámbito de los derechos individuales y ciudadanos. Si bien el texto constitucional, junto a la reelección del Presidente, implanta mayores controles a la extensión del Poder Ejecutivo y enriquece el mapa de derechos, una cosa es la palabra escrita y otra la práctica política de los autores. Además, se anota, son pocos los que pueden disponer del tiempo para ejercer en forma continua sus derechos.

## ABSTRACT

After sketching the elements explaining Carlos Menem's success in the reform of Argentine Constitution, the author enters upon its possible consequences on the relation within the three State powers, as well as in the sphere of individual and citizen rights. Even if the constitutional text, together with the presidential reelection, set further controls to the Executive Power capacity and enriches the scheme of rights, written word and the political practice of its authors can sometimes be different things. It's furthermore noticed that few people have spare time to exert their rights continuously.