

Badeni, Gregorio (septiembre 2004). *Derechos y garantías : Un cambio innecesario e ineficaz*. En: Encrucijadas, no. 27. Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://repositorioubasibbi.uba.ar>>

Derechos y garantías

Un cambio innecesario e ineficaz

Según el autor de este artículo, la modificación de la Constitución era innecesaria y en diez años demostró, además, su ineficacia. No sólo no redujo los poderes presidenciales, sino que los incrementó de una manera jamás vista en la historia del país y, a la luz de los años de crisis, tampoco otorgó dinamismo a la actividad gubernamental. En cuanto a la incorporación de los llamados nuevos derechos y garantías, el tercer objetivo perseguido por los reformadores, todos estaban implícitamente reconocidos en el texto constitucional original. Esta experiencia debería desalentar futuras reformas de la Constitución.

Gregorio Badeni

Constitucionalista. Abogado, UBA. Doctor en Derecho y Lic. en Ciencia Política, Univ. de La Plata. Miembro de Número de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas de Buenos Aires, Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Chile. Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA. Ex Director del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y actual Presidente de su Comisión de Derecho Constitucional.

Nuestro propósito es formular ciertas reflexiones acerca del resultado que podemos vislumbrar hoy día a diez años de haber sido reformada la Constitución Nacional. Alguien dijo que la gran tragedia de los pueblos es no cultivar la memoria y por eso se olvida. Creo que todos tenemos memoria, de manera que no es conducente que hagamos un repaso sobre cómo se forjó la reforma de 1994, cuáles fueron sus causas, cuáles fueron los factores políticos que la desencadenaron. Lo cierto es que se dictó una ley declarando la necesidad de la reforma de la Constitución.

Se siguió estrictamente el mecanismo que prevé el artículo 30 de la Constitución, se convocó a la convención reformadora, y en definitiva, los candidatos de las agrupaciones políticas mayoritarias que habían propiciado esa reforma tuvieron un inmenso caudal de votos, con lo cual podemos decir que esa reforma constitucional en cierto modo fue avalada por la ciudadanía. Es decir, que esa reforma constitucional disfrutó de legalidad y de legitimidad.

Al margen de las razones que pudieron haberla motivado, en su momento entendimos – equivocados o no– que la reforma constitucional no era necesaria. Entendíamos que tras décadas de haber soportado culturas autoritarias era necesario rescatar los valores de nuestra Constitución Nacional; era necesario rescatar el valor simbólico que tiene una Constitución y que antes de reformarla era necesario cumplirla, entenderla, interpretarla. En fin, entendíamos que era muy grave creer que por arte de magia –por el solo hecho de cambiar la norma jurídica fundamental– se iban a resolver todos los problemas políticos, sociales y económicos que padecíamos individual y socialmente. Pero estamos en una democracia. La mayoría decidió lo contrario y debemos acatar esa decisión.

Debimos respetar lealmente los tres grandes objetivos que fueron publicitados en su momento para justificar la reforma de la Constitución.

Uno de ellos era reducir los poderes del presidente de la República. Creo que este objetivo, como era previsible, no se consiguió. La facultad de emitir decretos de necesidad y urgencia en materia legislativa y la autorización acordada al Congreso para delegar potestades legisferantes en el presidente incrementaron sus poderes en un grado que nunca tuvo en nuestra historia constitucional. El segundo objetivo fue el de otorgar mayor dinamismo a la actividad gubernamental. Creo que, a la luz de los hechos, de la crisis económica y social, de la inseguridad imperante, tampoco se concretó ese objetivo. El tercero fue incorporar los llamados nuevos derechos y garantías. Nos concentraremos sobre este aspecto.

¿NUEVOS? DERECHOS Y GARANTIAS

Después de la Segunda Guerra Mundial se desarrolló y se sigue desarrollando una corriente intensa destinada a revitalizar los derechos de las personas después de las tragedias que padeció gran parte del mundo.

Una reacción de esa índole era de esperar. Esa reacción se inicia básicamente en Europa. Concluida la Segunda Guerra Mundial la mayoría de los países europeos estaban desprovistos de un sistema constitucional como para insertar el simple reconocimiento de los más elementales derechos humanos. De ahí que las Constituciones se dictaron en esa época y receptaron lo que se llaman los nuevos derechos y garantías, como posteriormente hicieron otros países (Portugal en 1976, España en 1978).

Otros Estados, que ya tenían una base constitucional sólida –como el caso de los Estados Unidos–, no introdujeron ninguna reforma en su Constitución para insertar estos nuevos derechos y garantías constitucionales.

En el caso específico de la Argentina, entendíamos, siguiendo las enseñanzas de Segundo V. Linares Quintana, que todo ese bagaje de nuevos derechos y garantías –que a veces se llama de segunda, tercera o cuarta generación– estaban implícitamente reconocidos en nuestro generoso texto constitucional y que todos estos derechos y garantías ya estaban en cierto modo en vigencia; que no había ningún obstáculo en la Constitución para llevarlos a la práctica, sino que era necesario acudir a la reglamentación de las cláusulas y la interpretación constitucional.

Pero, en definitiva, los constituyentes del '94, siguiendo los lineamientos que acordaron previamente, decidieron incorporar en nuestro texto constitucional un capítulo sobre nuevos derechos y garantías constitucionales.

A diez años de ese acontecimiento la pregunta es: ¿en qué cambió la sociedad argentina con la inserción de los nuevos derechos y de esas garantías? Podemos hacer un breve análisis de cada uno de ellos para ver qué resultados se han obtenido. En el artículo 37 se reconoce el pleno ejercicio de los derechos políticos. Derechos políticos que, en aquellos casos en que tuvimos la fortuna de estar sujetos a un régimen constitucional, siempre fueron reconocidos. Añade a ese artículo como nuevo derecho el sufragio universal, secreto y obligatorio.

En realidad, la primera ley electoral que tuvimos –dictada en 1857 durante la vigencia de la Confederación Argentina– ya establecía la universalidad e igualdad del voto.

Años después, en 1912, con la ley Sáenz Peña, se estableció el carácter secreto y obligatorio del voto, para evitar el fraude e incrementar la representatividad de los gobernantes. Nos parecía que incorporar a la Constitución algo que ya tenía más de ochenta años de vigencia en nuestra práctica constitucional era innecesario en un sistema democrático.

Se estableció la igualdad real de oportunidades entre hombres y mujeres, pues aparentemente había una discriminación contra las mujeres. En realidad, esa discriminación no se daba en el acto electoral sino en el seno de los partidos políticos, donde desarrolla sus actividades la clase política. Esa discriminación provenía de la propia clase política y no de la ciudadanía en el acto de votar.

Pero, ya antes de la reforma de la Constitución, había sido sancionada la ley 24012, que estableció el llamado cupo femenino, que le otorgaba cierta seguridad a las mujeres de que tendrían por lo menos un grado mínimo de participación en la postulación de candidaturas; es decir, eso ya estaba en la ley, ya estaba funcionando y no había ningún reparo.

El artículo 38 reconoció los partidos políticos. Exige que el funcionamiento interno de ellos se desarrolle de manera democrática y que el Estado debe contribuir al sostenimiento económico, no sólo de los partidos sino también de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos ya estaban reconocidos en nuestra práctica. En efecto, habíamos tenido varias leyes electorales que reconocieron a los partidos políticos, que exigían un funcionamiento interno que se desarrollara conforme a las pautas democráticas. También había normas jurídicas que establecían el deber del Estado de sostener económicamente a los partidos políticos, de manera que en este punto no advertíamos realmente la necesidad de insertar una cláusula de este tipo, cuando ya estaba formando parte del espíritu y del cuerpo de nuestro régimen democrático. Además, en el funcionamiento democrático interno, los partidos políticos habían merecido un reconocimiento jurisprudencial muy firme.

En el artículo 41 se incluyó la cláusula referente a la necesidad de preservar el medio ambiente y los recursos naturales. Como en muchas disposiciones, su fuente fue la Constitución española de 1978, pero lo cierto es que la promoción del ambiente sano y los recursos naturales ya estaban insertados en gran cantidad de leyes, incluso en convenciones internacionales aprobadas y aplicadas por el Estado argentino, con todas las dificultades que ello representaba, si se tiene en cuenta que la inmediata vigencia de ciertos aspectos destinados a consolidar un ambiente sano y a la tutela de los recursos naturales podían generar problemas económicos y sociales. De manera tal que la aplicación de esas leyes tenía que ser realizada necesariamente en forma gradual como aconteció.

Sin ir muy lejos, todos conocemos las dificultades que se presentan para aplicar la ley de pesca y preservar ciertos recursos naturales que son fundamentales para el país. El artículo 42 estableció la defensa de consumidores y la competencia. Una vez más, la fuente fue la Constitución española. Pero ya en 1993 había sido sancionada la ley 24240 de defensa al consumidor y en 1983 la ley 22802 de lealtad comercial. De modo que esas

cláusulas constitucionales recogieron algo que ya estaba vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Cláusula importante también es la del inciso 23 del artículo 75, que reconoce el derecho a los pueblos indígenas y establece un régimen muy particular de propiedad comunitaria. En realidad, lo que se hizo fue reproducir textualmente la ley 23302, sancionada en 1985. El texto de esa ley hacía referencia a la reivindicación o reparación histórica que merecían las comunidades indígenas. Desde luego, se trata de un argumento perfectamente comprensible en ciertos países latinoamericanos con un porcentaje importante de población indígena, como puede ser el caso de México (20 por ciento), Bolivia (64 por ciento), Perú (30 por ciento), Ecuador (17 por ciento) o Chile (6 por ciento). Pero en la Argentina las comunidades indígenas no llegan al 1 por ciento de la población como consecuencia de la histórica integración social en una comunidad sólida.

En cuanto a los tratados internacionales sobre derechos humanos incluidos en el inciso 22 del artículo 75, en la medida en que ya habían sido aprobados y que estaban vigentes en nuestro país, eran obligatorios y debían ser acatados.

En orden a las garantías del artículo 43 de la Constitución, nos encontramos con la acción de amparo. Esa acción había sido forjada por la Corte Suprema en 1957 y legislada en 1966. Quizá la novedad que introduce explícitamente el artículo 43 es la viabilidad del control constitucional por medio de la acción de amparo, pero eso antes de la reforma ya había sido aceptado por nuestra jurisprudencia.

En cuanto al Habeas Data, cuyas fuentes fueron la Constitución portuguesa y la española, en rigor ya estaba vigente entre nosotros. Ya había sido receptada por la jurisprudencia y la sanción de la ley reguladora del Habeas Data en nada se opone al texto de la Constitución anterior a la reforma. Finalmente, los constituyentes incorporaron también la acción de Habeas Corpus, que fue insertada en 1863 por la ley 48 y unos años después por la ley 2372 que estableció el Código Procesal en materia penal. Por otra parte, en 1984, había sido sancionada la ley 23098, que regula actualmente la Acción de Habeas Corpus, de manera que tampoco fueron novedosos los contribuyentes en este aspecto. No estoy haciendo una crítica de los derechos y garantías constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico. Quiero decir, simplemente, que en realidad no se trataban de derechos y de garantías nuevos. Eran derechos y garantías que estaban en nuestro texto constitucional y que florecen a través de una interpretación, como seguro florecerán nuevos derechos y garantías en función de las necesidades sociales que se produzcan en el futuro.

Bernard Shaw decía que las deudas políticas son como las trampas, muy fáciles para ingresar en ellas pero muy difíciles a la hora de salir.

Creo que, si tenemos un poco de memoria, debemos procurar no volver a caer jamás en el esnobismo constitucional, en la moda constitucional que nos conduce muchas veces a tratar de incorporar a los textos constitucionales las últimas novedades científicas que puede haber sobre la materia, desatendiendo la realidad que impera en nuestra sociedad. Alterando, innecesariamente, la estabilidad y perdurabilidad que condicionan el éxito de un texto constitucional.

Debemos respetar y valorar la reforma constitucional de 1994, pero también debemos tener memoria y no tratar de seguir reformando la Constitución. De deteriorar esa estructura sólida que no supimos valorar y respetar durante varias generaciones si queremos tener una guía que permita la consolidación de nuestro proceso de transición democrática en armonía, en forma tolerante, en forma pacífica y para colmar los legítimos intereses de la sociedad argentina.