

## EL VALOR DEL CONSENSO CONSTITUCIONAL EN EL BALANCE DE LA REFORMA DE 1994

Por MARCELO ALBERTO LÓPEZ ALFONSÍN\*

### **Resumen:**

*El presente trabajo en esta edición conmemorativa analiza una vez más algunos aspectos del proceso histórico-político que concluyó en la reforma constitucional de 1994. Pretende, pues, responder a aquellos que, aún a 25 años de la misma, siguen afirmando dogmáticamente que ella se ocupó y sirvió solamente para la reelección del entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional, o bien pretenden reducir su contenido al acuerdo político denominado popularmente como “Pacto de Olivos” entre Carlos Saúl Menem —en su carácter de Presidente del Partido Justicialista— y Raúl Ricardo Alfonsín, el cual fue el elemento más significativo desde el punto de vista político en la construcción del consenso constitucional, y cuyo resultado fue un ejercicio del poder constituyente derivado en los cauces previstos en el art. 30 de nuestra Constitución histórica como no se había vivido nunca en la historia argentina durante el transcurso de todo el siglo XX.*

### **Palabras clave:**

*Reforma constitucional, democracia, poder constituyente, consenso, Pacto de Olivos.*

## THE VALUE OF CONSTITUTIONAL CONSENSUS IN THE BALANCE OF THE 1994 REFORM

### **Abstract:**

*This paper in this commemorative edition analyzes once again some aspects of the historical-political process that concluded in the constitutional reform of 1994.*

\* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Magister en Ambiente Humano, UNLZ. Exasesor de la Convención Nacional Constituyente 1994. Profesor adjunto de la Facultad de Derecho, UBA. Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

*It intends, therefore, to respond to those who, even after 25 years, continue to assert dogmatically that it occupied and served only for the re-election of the then head of the National Executive Power, or they intend to reduce its content to the political agreement popularly known as "Pacto de Olivos" between Carlos Saúl Menem - in his capacity as President of the Justicialist Party - and Raúl Ricardo Alfonsín, which was the most significant element from the political point of view in the construction of the constitutional consensus, and whose result was an exercise of the constituent power derived in the channels provided for in article 30 of our historical Constitution like we had never experienced in Argentine history during the course of the entire 20th century.*

**Keywords:**

*Constitutional reform, democracy, constituent power, consensus, Pacto de Olivos.*

## 1. LOS DICTÁMENES DEL CONSEJO PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA (1987 Y 1988)

Es una verdad de Perogrullo para cualquier analista de la historia constitucional argentina del siglo pasado que los fracasos de los intentos reformistas de 1949 y 1957 estuvieron signados por la imposición de un sector de la sociedad sobre otro. En el primer gobierno de Juan Domingo Perón, violentando los mecanismos procedimentales previstos en la cláusula antes mencionada, la mayoría parlamentaria del oficialismo de turno obligó a un proceso fuertemente resistido por los sectores contrarios al régimen político entonces imperante en cada momento. Así, la Constitución de 1949 no cumplió siquiera una década de vigencia<sup>1</sup>, y el revanchismo de los sectores excluidos de dicho proceso hizo que la misma fuera dejada sin efecto por un bando militar de la Revolución Libertadora de 1955. El proceso reformador de 1957 tuvo un vicio de origen en el gobierno de facto que efectuó la convocatoria a la Convención Constituyente de ese año, y alcanzó como escueto balance final el restablecimiento de la Constitución histórica de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y la incorporación del constitucionalismo social (art. 14 bis CN) al catálogo de derechos ya consagrado en el siglo XIX por el clásico constitucionalismo liberal.

Un hito en los aportes de la doctrina constitucional a la cuestión reformadora fue la enmienda constitucional de 1972. A mi entender, la redacción por un grupo de expertos convocados por el gobierno de facto de la llamada "Revolución Argentina" sin mecanismos democráticos de validación política alguna, le agregó al vicio originario —convocatoria sin participación del Congreso de la Nación por estar clausurado— la casi nula vigencia sociológica, por lo que tuvo

<sup>1</sup> Antonio Alberto Spota se refiere a la necesidad de cumplimiento por parte de al menos una generación, es decir, 30 años aproximadamente, para que un proceso constituyente reformador sea considerado válido. Cfr. *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Editorial Plus Ultra, 1972.

certificado de defunción con la caída del tercer gobierno peronista por el golpe de estado del 24 de marzo de 1976.

Sin pretender ahondar en las polémicas históricas de cada uno de estos episodios mencionados, vemos un común denominador en todos ellos: la falta de un elemento clave para el éxito de cualquier reforma constitucional, esto es el consenso<sup>2</sup>. El mismo no es entendido como la imposición, sino como la construcción de un acuerdo político. A mi modo de ver, la mejor expresión de ese camino tuvo su génesis en la experiencia llevada a cabo por el Consejo para la Consolidación de la Democracia en su primer dictamen (1987), y profundizado en el segundo (1988)<sup>3</sup>. La participación pluralista de todos los sectores de la sociedad —tanto políticos como sociales, religiosos y hasta militares—, coordinados por Carlos Santiago Nino hizo que el resultado final de dicho trabajo fuese un destacado esfuerzo de actualización de nuestra carta constitucional a la luz del derecho comparado, agregándole la impronta de una necesaria atenuación del hiperpresidencialismo argentino como requisito indispensable para el afianzamiento de la democracia recuperada en 1983. Los debates de la propia Convención Constituyente de 1994 permiten destacar la trascendencia que ambos documentos tuvieron en la labor legislativa de sus protagonistas principales.

## 2. EL CONDICIONAMIENTO POLÍTICO EN EL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN 1993

Con el antecedente señalado en el acápite anterior, desde mi perspectiva, el condicionamiento político que se dio en el ejercicio del poder constituyente derivado en nuestro último proceso reformador es imprescindible al momento de cualquier balance, más para quienes nos encontramos comprendidos por la contemporaneidad del mismo.

El entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional impulsaba en el año 1993 una modificación del art. 77 de la Constitución de 1853/60 que le permitiera la posibilidad de su reelección en la renovación presidencial de 1995. Dicha pretensión se enmarcó en un proceso electoral de renovación parlamentaria que se llevó a cabo en octubre de 1993. Previo a dicho acto eleccionario, el Senado de la Nación había sancionado un proyecto de ley declarativo de la necesidad de la reforma constitucional, imponiendo el oficialismo la mayoría especial requerida por el art. 30 CN con el apoyo del senador nacional Leopoldo Bravo (Partido Bloquista - San Juan). En él, se establecía la posibilidad de reelección indefinida del presidente de la República. Dicho proyecto de ley fue rechazado por la minoría de la oposición del bloque de la Unión Cívica Radical y otras fuerzas parlamentarias.

<sup>2</sup> Resultan muy esclarecedoras en este sentido las reflexiones de Alfonsín en su obra: *Democracia y consenso*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas y Corregidor, 1996.

<sup>3</sup> Ambos se encuentran editados por EUDEBA.

El triunfo del oficialismo en las elecciones de renovación parlamentaria de 1993 fue entendido por la opinión pública como un virtual refrendo plebiscitario a la figura presidencial<sup>4</sup>. El Poder Ejecutivo actuó, entonces, con extrema rapidez y convocó a una consulta popular sobre el tema. La Cámara de Diputados de la Nación, por su parte, se declaró “en sesión permanente” para el tratamiento de la sanción del proyecto de ley aprobado por el Senado, y su Comisión de Asuntos Constitucionales aprobó un dictamen interpretativo<sup>5</sup> del art. 30 de la CN que señalaba que la mayoría parlamentaria requerida en dicha norma no era las 2/3 partes del total de los miembros de ambas cámaras, sino de los miembros “presentes”<sup>6</sup>, a iniciativa de un proyecto de ley del Diputado Francisco Durañona y Vedia (Ucedé - Provincia de Buenos Aires).

Es en este contexto político donde se concreta en noviembre de 1993 el acuerdo político conocido como “Pacto de Olivos” entre Menem y Alfonsín como referentes del PJ y de la UCR, el cual fue refrendado *a posteriori* por los respectivos cuerpos orgánicos de ambos partidos. El eje de dicho acuerdo se centró en las coincidencias alcanzadas por el trabajo desarrollado por el Consejo para la Consolidación de la Democracia, tal como lo indican protagonistas de la redacción del denominado “Núcleo de coincidencias básicas” como Alberto García Lema<sup>7</sup>.

Con posterioridad a dicho primer pacto, el acuerdo político se profundizó en una segunda etapa, que los medios de comunicación pública denominaron “Pacto de la Rosada” —firmado en la Casa de Gobierno el 13 de diciembre de 1993— por el cual se habilitaron para su tratamiento por la Convención Constituyente *ad hoc* una serie de temas para la modernización de ambas partes de nuestra Constitución, la dogmática y la orgánica, sin alterar el contenido de la primera.

Los acuerdos políticos alcanzados por ambos partidos, al que se sumaron otras fuerzas políticas, fueron posteriormente puestos a consideración del Congreso de la Nación, que sancionó así la ley 24.309<sup>8</sup> que declaró la necesidad de la reforma en perfecto ejercicio de su poder preconstituyente, tal cual la tradición constitucional que concluyera con procesos reformadores exitosos en el siglo XIX, y rompiera el maleficio que al respecto pareció dominar el siglo XX hasta ese momento. La regla procedimental se impuso finalmente a las imposiciones de facto de simples mayorías coyunturales.

<sup>4</sup> No en vano el Dr. Carlos Menem obtuvo finalmente su reelección para un segundo período en las elecciones de 1995 con el 49.7% de los votos.

<sup>5</sup> Fue la primera vez que el Poder Legislativo se arrogaba dicha facultad en nuestra historia constitucional.

<sup>6</sup> Es muy interesante confrontar la influencia que estos hechos tuvieron en la decisión de avanzar hacia un acuerdo con el oficialismo por parte de Alfonsín en su obra *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

<sup>7</sup> En su libro *La reforma por dentro* se puede ampliar las alternativas políticas de dichos acuerdos.

<sup>8</sup> Publicada en el Boletín Oficial el 30/12/1993.

### 3. LOS CONDICIONAMIENTOS AL EJERCICIO DEL PODER CONSTITUYENTE DERIVADO EN 1994

Mucho se ha escrito en la doctrina constitucional y se ha debatido en múltiples foros sobre los límites que los acuerdos políticos arriba indicados impusieron al ejercicio del poder constituyente reformador, en particular al momento de condicionar la aprobación del denominado “núcleo de coincidencias básicas” (art. 2º) en un solo acto refrendatario de la totalidad de su contenido bajo pena de nulidad (art. 5º). Esto es lo que se conoció como “cláusula cerrojo”, impugnada judicialmente en el caso “Polino”. Cabe aclarar que esta cláusula procedimental sancionada por el Congreso de la Nación fue posteriormente adoptada por los miembros de la Convención Constituyente como propia de su reglamento interno (art. 129 del mismo), con las mayorías necesarias para esta instancia en el órgano reformador. La impugnación judicial de dicha decisión del cuerpo por parte de uno de los integrantes de la Convención —caso “Romero Feris”— corrió la misma suerte que la anterior pretensión indicada: la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó ambas. Estas decisiones de nuestro máximo tribunal, en un claro ejercicio de su rol como cabeza del Poder Judicial, convalidaron de ese modo —a mi entender— la totalidad del procedimiento seguido.

Más allá de esta postura adoptada por la propia Convención, es necesario destacar que no existieron condicionamientos prácticamente de ningún tipo en el tratamiento de los llamados “temas habilitados” (art. 3º, ley 24.309), y es en estos donde sin lugar a dudas el debate y el aporte del proceso reformador de 1994 fueron más enriquecedores.

Por ello, y sin rehuir las razonables críticas arriba señaladas, estimamos que la dinámica propia del ejercicio del poder constituyente reformador en los noventa días en que sesionó la Convención Constituyente a partir de su inauguración el 25 de mayo de 2004 hizo que los temores y los prejuicios originarios devinieran abstractos. La mejor evidencia de esto es que el texto final de la totalidad de las reformas introducidas fuera votado en forma unánime en la sesión del 22 de agosto de 1994 y jurado el 24 de agosto de 1994, poniendo así un digno broche final a la construcción del consenso político que aquí se destaca<sup>9</sup>.

### 4. EL CONSENSO COMO VALOR CONSTITUCIONAL, EL MAYOR LOGRO DE LA REFORMA DE 1994

Tal como indicara al inicio del presente trabajo, estoy persuadido que el principal valor que tiene la reforma de 1994 es justamente su carácter consen-

<sup>9</sup> En el mismo sentido: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “Un requisito fundamental en el ejercicio del poder constituyente de reforma: el consenso constitucional”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bueno Aires, Editorial Hammurabi, 2009, t. I.

sual. Como hemos visto, nuestra historia constitucional está plagada de intentos reformistas que pretendieron ser impuestos por un sector sobre otro de la sociedad sin el necesario debate previo. En el proceso de 1994, dos líderes políticos marcaron un hito que cualquier sociedad civilizada se da al momento de reformar sus instituciones fundamentales que es el acuerdo político<sup>10</sup>. Resulta evidente que sin pacto o sin acuerdo político es imposible vivir en sociedad de manera civilizada. Reivindicar este carácter racional que debe tener la dinámica política para su posterior juridización es —y debe ser— uno de los elementos centrales del derecho constitucional.

Si el producto de la validación social de dicho acuerdo es el consenso, “lo político pasa a ser jurídico y se constitucionaliza”, tal como lo enseñara el maestro Alberto Antonio Spota<sup>11</sup>. He aquí una de las “claves de bóveda” de cualquier sistema institucional exitoso que esté basado en el Estado de Derecho como regla de convivencia, y un elemento central que debe ser recuperado por la teoría del poder constituyente como condición para una mayor eficacia de la norma suprema.

## CONCLUSIONES

No pretendo en esta oportunidad realizar un balance exhaustivo de la reforma de 1994, pero me interesa resaltar los resultados a partir de alguno de los ejes que se señalaron desde el inicio del proceso constituyente antes descripto.

### a) La ampliación del garantismo constitucional:

Transcurrido un cuarto de siglo desde la entrada en vigencia de la reforma de 1994, queda claro para la inmensa mayoría de la doctrina que el aporte fundamental de la reforma analizada se dio claramente en el ensanchamiento del marco garantista de nuestra Ley Fundamental, tanto con la incorporación del capítulo de “Nuevos derechos y garantías” como con la ampliación del sistema de fuentes que se produce a partir de la jerarquía otorgada a los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, en concordancia con la ideología democrática y progresista de la mayoría de quienes integraron la Convención Constituyente de 1994. Por ello, estimo que nadie podrá desconocer a partir de dicha premisa de qué manera cambió el ideario constitucional<sup>12</sup> de nuestra Carta Magna a partir del 24 de agosto de 1994. Tomamos como ejemplo esta cuestión tan debatida en la doctrina constitucional e internacionalista<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> Está claro que las ambiciones de ambos dirigentes eran muy diferentes, tal como se señala en el presente trabajo.

<sup>11</sup> Cfr. nota 1. Cabe aclarar que dicho autor fue un fervoroso crítico del proceso aquí analizado.

<sup>12</sup> Cfr.: DALLA VIA, Alberto R., *El ideario constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 1995.

<sup>13</sup> Cfr.: MANILI, Pablo L., “La aplicación del Derecho internacional en el derecho interno argentino”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argenti-*

La expansión del derecho internacional de los derechos humanos a través de las interpretaciones de las cláusulas convencionales por parte de los órganos internacionales de protección establecidos por los tratados ha aportado gran valor al reconocimiento de los derechos humanos. Ya sea que se adopte la teoría del “bloque de constitucionalidad” o se privilegie en la interpretación constitucional el clásico principio de supremacía como un elemento propio de los Estados nacionales, queda evidenciado que la doctrina del “margen de apreciación nacional” se presenta cuando no es posible verificar la existencia de consenso internacional respecto a la cuestión a resolver y, al mismo tiempo, cuando las circunstancias del caso ameritan una deferencia hacia las autoridades estatales para que interpreten el sentido dado a la norma internacional. En aquellos casos, los tribunales regionales han entendido que las particularidades propias del país donde fue invocado el derecho juegan un papel trascendental al momento de interpretar el alcance del mismo. En este sentido, se tiene en cuenta el contexto social, económico y jurídico nacional, valorando el lugar de subsidiaridad que debe guardar el derecho internacional de los derechos humanos frente a la soberanía estatal.

Sin embargo, no debe perderse de vista que este margen de apreciación no es absoluto, y se verá condicionado tanto por las obligaciones asumidas por el Estado en virtud del tratado del que es parte, como por la vigilancia que ejercen los organismos de control a partir de un estricto test de proporcionalidad. Además de ello, deberá tenerse en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate, siendo que debe reconocerse que la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales da un cierto margen de apreciación más flexible a los Estados sobre la forma de implementarlos, debido a la estrecha relación con el contexto político, económico y social del momento. No obstante, esta particularidad no lo deja exento de superar el test de razonabilidad. Es decir, con respecto a los medios para la garantía de dichos derechos, se permite con frecuencia un ámbito discrecional, aunque está reglado el fin al que debe dirigirse la política estatal, esto es a la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, de modo que se llegue a garantizar un nivel esencial de los derechos, debiéndose llegar en forma progresiva a la plena efectividad de los derechos reconocidos.

Se observa hoy después de esta ampliación de fuentes en materia de derechos fundamentales el conflicto que existe entre la tendencia universalista de los derechos humanos como posiciones morales con pretensiones universales y el relativismo moral que de una manera u otra define a una determinada comunidad política. Ante la posible inexistencia de una solución absoluta, el margen de apreciación nacional viene a ser ese espacio o válvula de escape en la cual se le da un determinado peso a la posición estatal, en cuanto a la apreciación del interés nacional preponderante que influye en la interpretación, delimitación,

---

*na y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. I.

restricción y protección de un derecho convencional. Tal es así que en el repaso de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la propia Corte Interamericana es posible concluir que la defensa del principio de subsidiariedad y el reconocimiento de diversos órdenes y sistemas jurídicos constituyen los principales objetivos perseguidos al invocar el concepto del margen de apreciación nacional.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recurrido a antecedentes del mencionado Tribunal Europeo para hacer lugar al espacio discrecional que corresponde al Estado frente a sus obligaciones internacionales. Sin embargo, consideramos que el Alto Tribunal debiera adoptar una postura más progresista, acorde a los estándares establecidos por la jurisprudencia europea. Debe tenerse presente que el margen de apreciación nacional no da lugar a una reserva de inmunidad a favor de los Estados, sino que refleja el principio de subsidiariedad y permite que el Estado actúe para responder a su realidad. El margen de apreciación es, de esta forma, la deferencia a favor del Estado respecto a tensiones generadas por realidades jurídicas-sociales, una especie de contracara de la teoría de la “identidad constitucional” desarrollada por la Corte Constitucional italiana.

La Corte Suprema —en su actual composición— “estrenó” la doctrina del margen de apreciación en el caso: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” el 14 de febrero de 2017, en especial a partir del voto de Horacio Rosatti que compartimos<sup>14</sup>.

b) El fortalecimiento del federalismo:

En relación con el fortalecimiento del federalismo —otro de los objetivos reformistas— es indudable que el balance tiene claroscuros. Entre las “luces”, destaco, en primer lugar, la trascendencia del reconocimiento a las provincias del dominio originario de los recursos naturales existentes en sus territorios (art. 124 CN). Desgraciadamente, el desarrollo constitucional posterior no estuvo a la altura de este logro, valga como ejemplo el tema hidrocarburos y su regulación legislativa que a continuación expondré.

El 4 de agosto de 1994 el pleno de la Convención Constituyente comenzó a considerar el dictamen de la Comisión de Redacción en los despachos originados en las comisiones de Competencia Federal y del Régimen Federal, sus Economías y Autonomía Municipal bajo el Orden del Día nro. 8. En el mismo, como dictamen de mayoría luce el texto finalmente aprobado como el último párrafo del actual artículo 124. A continuación, aparecen distintos dictámenes de minoría, uno de ellos firmado en soledad por la convencional Fernández de Kirchner. En el mismo, en relación con este tema, proponía el siguiente texto

<sup>14</sup> Cfr.: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “En defensa del margen de apreciación nacional en el control de convencionalidad”, *Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 8/5/2019.

constitucional: “Las provincias tienen el dominio originario de sus territorios, su suelo, subsuelo, ríos interprovinciales, mar, costas, lecho, plataforma continental, espacio aéreo y de todos los recursos naturales, renovables o no, cualquiera sea su origen, que en ellas se encuentren, ejerciendo la jurisdicción en todas las materias que no han delegado expresamente a la Nación en esta Constitución. La administración y explotación de los recursos naturales existentes en el mar más allá de las primeras doce millas marinas serán realizadas por las provincias y la Nación en forma conjunta”. Veamos de qué forma argumentó la citada convencional su propuesta en el debate de esa fecha. Señala en su exposición: “Cuando abordamos la cuestión prevista por el art. 3º de la ley 24.309, esto es la cuestión federal, antes de entrar en los proyectos presentados y en los dictámenes emitidos, corresponde analizar qué significado la asignamos a la cuestión federal. Si no caracterizamos correctamente el problema del federalismo en nuestro país es posible que no entendamos el porqué de esta pelea por coparticipación, por recursos y por regiones. (...) En consecuencia, la cuestión federal es una problemática que tiene que ver con el cuestionamiento al modelo de país. (...) Sería injusto de hablar únicamente desde la consigna o desde la mera crítica sobre el modelo. Debemos reconocer también sus logros. No podemos obviar que cuando recibimos el gobierno en 1989 éramos un país fragmentado, al borde de la disolución social, sin moneda, y con un Estado sobredimensionado que como un Dios griego se comía a sus propios hijos. Entonces hubo que abordar una tarea muy difícil: reformular el Estado, reformarlo; reconstruir la economía; retornar a la credibilidad de los agentes económicos en cuanto a que era posible una Argentina diferente. Se hizo con mucho sacrificio, pero se logró incorporar definitivamente pautas de comportamiento en los argentinos, estabilidad, disciplina fiscal; todos ellos son logros muy importantes, pero no podemos agotar el desarrollo en ellos”.

Con esta plataforma política e ideológica, la convencional incursiona en materia de recursos naturales e hidrocarburos con consideraciones que hoy podemos calificar también de premonitorias. Pero antes de abordarlas, veamos el cierre de su intervención: “Esto era lo que estábamos discutiendo, y a nuestro juicio esto era también una oportunidad única para diseñar un nuevo país federal. Era única además porque en esta Convención Constituyente hay un expresidente argentino, diez gobernadores, varios senadores y diputados nacionales, legisladores provinciales y todos los líderes de los principales partidos de la oposición. Si mañana salimos de esta Convención Constituyente con una definición de federalismo light, de cubrir solamente las apariencias en el sentido que hemos federalizado muchas cosas, no le vamos a poder echar la culpa a nadie, ni a Menem ni a Cavallo, porque no son convencionales constituyentes. Los que sí somos convencionales constituyentes somos nosotros... y somos nosotros los que de una buena vez por todas tenemos que fijar reglas de juego diferentes. Nadie nos va a regalar lo que no seamos capaces de defender para las provincias, y vamos a ser responsables ante la historia por haber estado en un momento único

para discutir y debatir madura y seriamente —sin consignas ni panfletos, pero con medidas instrumentales— esta cuestión del federalismo”.

Sobre el tema recursos naturales e hidrocarburos, la convencional expresó: “Otra diferencia conceptual con el dictamen de la mayoría fue el enfoque que se le dio al tema de recursos. Entendemos que la mención que se hace en el dictamen de mayoría es una óptica light —por llamarlo de alguna forma— con respecto al dominio de los recursos. Repite la fórmula del Código Civil, no modifica absolutamente nada. Y además el dominio y la administración conjunta de los recursos, fundamentalmente ésta última, entre Nación y provincias, no lo conceptualizamos justamente desde una visión rentística, de obtener regalías a la manera de hidrocarburos, sino que también lo encaramos porque esto incide directamente en las políticas de empleo y en la economía de las provincias. (...) Por eso, sostenemos que es casi imprescindible que en esta materia exista una administración conjunta —al menos en lo que se refiere a los recursos naturales— entre la Nación y las provincias. Este fue el otro eje que nos separó del dictamen de mayoría, y es de carácter absolutamente conceptual”.

Esta “diferencia conceptual” es la que originó el desvío legislativo de la decisión constituyente de 1994 con la sanción de la ley 27.007 hoy vigente. La modificación a la Ley de Hidrocarburos responde acabadamente al dictamen de la minoría de una convencional en solitario y no al dictamen de la mayoría de la Convención Constituyente, finalmente aprobado luego de varias jornadas de debate. Esta verdadera estafa constitucional, sumada a una concepción ideológica más acorde con el art. 40 de la Constitución de 1949 que el fortalecimiento del federalismo que refleja el actual art. 124 es la razón de ser de la nueva ley, apartándose así de los mandatos constitucionales.

Es inevitable señalar esta pérdida de rumbo en el camino marcado por el constituyente de 1994. La sola mención al hecho que una provincia (Neuquén) otorgó concesiones en el año 2000 y menos de 15 años después acepta renunciar en un acuerdo hipócritamente denominado “federal” su propia facultad como poder concedente en la ley de hidrocarburos hoy vigente, habla a las claras de una defección política.

Es necesario volver a plantear los mandatos constitucionales con claridad. Y la exigencia primaria es la definición del rumbo. Para nosotros, la incorporación del último párrafo del art. 124 en la Ley Fundamental tiene un efecto derogatorio de toda norma anterior que se oponga a esa decisión constituyente, resguardando los derechos adquiridos bajo el anterior marco constitucional. La simple lectura de los debates de la Convención Constituyente aquí traídos demuestra a las claras que con la promulgación de la nueva ley se ha burlado no solo su espíritu sino la propia letra del texto fundamental.

Estoy persuadido que el giro copernicano que en esta cuestión se dio en 1994 no ha sido acompañado por los actores políticos, y hoy es una asignatura pendiente de un mejor desarrollo infraconstitucional. Por último, resulta palmario que la “sombra” en este objetivo de fortalecer el federalismo es, sin

duda alguna, la realización efectiva del pregonado federalismo fiscal, ausente en estos años casi sin excepción, y de lo cual basta con señalar el incumplimiento del mandato constituyente de la cláusula transitoria sexta en relación con la ley de coparticipación impositiva.

c) La atenuación del presidencialismo:

Mucho se ha escrito sobre los progresos y los retrocesos en materia del cuestionado hiperpresidencialismo argentino. Si pensamos que de las jefaturas que eran propias del Poder Ejecutivo se ha restado ni más ni menos que la designación del intendente de la Capital Federal con la consagración de la autonomía porteña (art. 129 CN), el cotejo entre el texto constitucional anterior y el vigente da palmariamente positivo. Ahora si ponemos el énfasis en el tratamiento dado por la reforma de 1994 a la delegación legislativa y a los decretos de necesidad y urgencia, entiendo que no hay casi nada que rescatar. La práctica política ha hecho que la lábil (o incorrecta) redacción de las normas que regulan estos institutos hagan hoy imposible determinar quién hace la ley, poniendo al borde del caos el *law making process*<sup>15</sup>.

En este punto, afirmo que se ha producido una verdadera “contrarreforma”, distorsionando el espíritu de nuestra Carta Magna y manipulando su articulado, que ha otorgado a los presidentes argentinos la potestad de vetar parcial o totalmente proyectos de ley, emitir decretos-ley, y de arrogarse para sí facultades propias del Poder Legislativo. Se ha convertido lo que debería ser excepcional en algo ordinario<sup>16</sup>.

Como explicara Guillermo O’Donnell, esta manera de concebir y ejercer el poder, esta lógica que entiende a la política como medio de acumulación de poder y no al poder como medio para hacer política, es una de las características más sobresalientes de la “democracia delegativa”, en la cual los líderes creen que los ciudadanos les delegan un poder absoluto y que todo control institucional es una injustificada traba. La reforma constitucional venía a sanear la larga tradición delegativa de nuestro país, reforzando no solo la *accountability vertical*, la cual está implicada a la rendición de cuentas que periódicamente los gobernantes experimentan en las urna, sino incorporando en nuestra constitución la *accountability horizontal*, que opera mediante una red de poderes relativamente autónomos (es decir, instituciones) que pueden examinar, cuestionar y, de ser necesario, sancionar actos irregulares cometidos durante el desempeño de los cargos públicos.

<sup>15</sup> Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “El *law making process* es el mayor déficit de la reforma de 1994”, *Revista Debates de actualidad - Eje temático: Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo*, año XXVII, nro. 205, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, enero-diciembre de 2012.

<sup>16</sup> Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo y SCHNITMAN, Ariela, “Salvataje a la reforma constitucional de 1994”, ponencia al X Congreso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 3 al 6 de septiembre de 2012.

Los constituyentes de 1994 tenían en claro que la representación y la *accountability* conforman la dimensión republicana de la democracia, sin la cual no existiría una clara distinción entre los intereses públicos y privados de los funcionarios, y avanzaron así hacia una “democracia representativa” dentro de un sistema presidencialista limitado. La contrarreforma a la que aludimos no solo ha resignificado la letra constitucional, sino que, además, la ha utilizado políticamente para el establecimiento de una “democracia delegativa” dentro de un sistema hiperpresidencialista<sup>17</sup>.

Este brevísimo balance no pretende ser dogmático ni mucho menos, aunque sí una toma de posición personal frente a un proceso constituyente que marca mi mirada constitucional. Puede resultar comprensible la actitud crítica al acuerdo político que puso en marcha la regla del art. 30 CN, pero mantener a 25 años la voluntad de simplificar los alcances de la mencionada reforma al “Pacto de Olivos”, y negar en consecuencia esta evidente capacidad transformadora que tiene el derecho constitucional desde su propia fuerza normativa resulta un reduccionismo que obliga a los operadores jurídicos y políticos, pero sobre todo a los académicos, a un renovado esfuerzo de honestidad intelectual.

Espero que el presente aporte a esta edición de la *Revista Jurídica de Buenos Aires* sea leído con esta perspectiva constructiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALFONSÍN, Raúl R., *Democracia y consenso*, Buenos Aires, Tiempo de Ideas y Corregidor, 1996.
- *Memoria política. Transición a la democracia y derechos humanos*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- DALLA VIA, Alberto R., *El ideario constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 1995.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo, “El *law making process* es el mayor déficit de la reforma de 1994”, *Revista Debates de Actualidad - Eje temático: Las facultades legislativas del Poder Ejecutivo*, año XXVII, nro. 205, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, enero-diciembre de 2012.
- “En defensa del margen de apreciación nacional en el control de convencionalidad”, *Revista La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 8/5/2019.

<sup>17</sup> Para ampliar: LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo y SCHNITMAN, Ariela, “Semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional de 1994”, ponencia al XI Congreso Nacional y IV Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 8 al 11 de septiembre de 2014. “Resenha Eleitoral”, *Revista Científica del Tribunal Eleitoral de Santa Catarina* (Brasil), vol. 20, nro. 1, julio de 2016.

- “Un requisito fundamental en el ejercicio del poder constituyente de reforma: el consenso constitucional”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. I.
- LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo y SCHNITMAN, Ariela, “Salvataje a la reforma constitucional de 1994”, ponencia al X Congreso Nacional y III Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 3 al 6 de septiembre de 2012.
- “Semipresidencialismo e hiperpresidencialismo en la reforma constitucional de 1994”, ponencia al XI Congreso Nacional y IV Congreso Internacional sobre Democracia, organizado por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 8 al 11 de septiembre de 2014. “Resenha Eleitoral”, Revista Científica del Tribunal Eleitoral de Santa Catarina (Brasil), vol. 20, nro. 1, julio de 2016.
- MANILI, Pablo L., “La aplicación del Derecho internacional en el Derecho interno argentino”, en SABSAY, Daniel A. y MANILI, Pablo L., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 2009, t. I.
- SPOTA, Alberto Antonio, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972.

Recepción: 24/9/2019

Aceptación: 12/12/2019