



El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el derecho

Jorge Reinaldo Vanossi (*)

→ La palabra final, en nuestro país, la tendrán que dar las dos realidades políticas que tenemos ante nosotros: pueblo y poder, poseedores y destinatarios del poder, que se suponen recíprocamente y de los que no podemos prescindir. Cualquiera que sea la tónica que se tome, en definitiva, tenemos que presuponer que no hay sistema constitucional que no tenga asegurada una vigencia, si el pueblo se la presta.

Hablar de la vigencia institucional supone comprender varios temas, no solo el de la Constitución en sí, sino también lo atinente a los instrumentos que han de implementar a la Constitución, es decir, la Constitución en un sentido material, y no meramente formal. De modo que no hemos de centralizar la exposición en el tema de la reforma de la Constitución. Debemos también decir (porque es necesario para el encuadre o ubicación del punto de vista propio), cuáles son las miras con que ubicamos este problema en el actual contorno institucional argentino. Nuestro país, hoy y en vista al tiempo futuro, tiene varios caminos que se le ofrecen por distintos sectores para la solución o para el intento de solución de su encrucijada. Y de esos caminos, puede afirmarse que hay los que tienen un carácter netamente autocrático y uno que tiene pretensión de tipo democrático, utilizando las expresiones autocracia y democracia como sistema de creación del derecho o como forma de engendrar la voluntad colectiva del pueblo argentino políticamente organizado. Las soluciones autocráticas son aquellas que parten de la idea del predominio o hegemonía de ciertos detentadores del poder como solución indefinida para supuestas profundizaciones o correcciones del proceso histórico que vive el país. En ese sentido parecen tan autocráticas las salidas propiciadas por los secto-

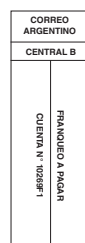
res adscritos a la “ley de la selva” como las tesis propiciadas por aquellos que pretenden eludir una confrontación electoral. La otra solución es el camino que pretende llegar a un esquema de funcionamiento democrático, para el cual necesariamente tiene que admitirse una confrontación con el titular de la soberanía popular, es decir, una verificación de tipo electoral con *fair play* y libre participación de los distintos sectores que pretendan representar a la voluntad popular. Es decir, que en definitiva, en esa opción entre autocracia y democracia, está siempre presente aquella famosa aseveración de Sieyès, que decía que el poder viene de arriba pero la legitimidad viene de abajo. Una legitimidad de tipo democrático supone necesariamente una salida de tipo eleccionario, vale decir, un retorno al principio mayoritario.

¿Cómo podemos visualizar a la Constitución dentro de este esquema? La Constitución debe ser conceptualizada como un medio, y no como un fin en sí mismo. Hemos vivido durante muchísimo tiempo la impresión generalizada desde el enfoque místico y mítico al mismo tiempo, de la Constitución como un fin o como una panacea. Debemos rectificar el punto de partida del análisis para pensar en la Constitución como un medio, y no como un fin en sí misma. La Constitución, en nuestra acepción, es un instrumento que determina mediante un reparto de competencias cuáles han de ser las reglas del juego de la organización política de nuestro país. Insistimos en la expresión “reglas del juego”, porque es un instrumento básico para poder determinar cuál es el desenvolvimiento político e institucional de un Estado. Precisamente, si nos referimos a esas reglas del juego, también tenemos que acotar que el consenso sobre tales reglas del juego es lo que va a dar legitimidad a la Constitución y a la organización constitucional que el país quiera darse. De donde viene a resultar, entonces, que la legitimidad es, como decía Max Weber, la creencia en una cierta legalidad. Hay creencias en determinados tipos de legalidad, y la legitimidad es la creencia generalizada sobre determinado tipo de legalidad que puede imperar en un Estado. Las creencias, además, se alimentan con imaginación, y la imaginación es lo último que pueden perder las clases políticas o las elites de un pueblo. Un índice de la declinación imaginativa puede estar dado por las insistencias en querer aplicar dispositivos que la experiencia visualiza ya con fuertes síntomas refractarios a su acatamiento, es decir, con una indicación acerca de su impracticabilidad o una resistencia a su real y efectivo cumplimiento. Si no se ha cumplido, entonces, la pregunta es: ¿para qué seguir probando con esas recetas? Las enmiendas frecuentes, las reformas que pueden introducirse en los mecanismos funcionales del poder, es decir, en aquellas reglas del juego que están establecidas en el ámbito constitucional, no empecen, no obstan, a la estabilidad constitucional. Es el caso de Suiza, por ejemplo, que es un país que ha tenido más de un centenar de reformas constitucionales, y en ningún momento ha significado eso una alteración o una interrupción violenta del sistema en sí. Pero también hay que tener presente que la obcecación conservadora induce o estimula alteraciones en esa continuidad a la cual nos estamos refiriendo. Es el caso de la Argentina y de algunos países de América Latina y el gran número de alteraciones y vicisitudes que ha sufrido el sistema en su funcionamiento. Es decir que algo parecido a lo que ocurre con las llamadas cláusulas pétreas de la Constitución ocurre también con esta obstinación: funciona a la postre no como un factor de conservación del sistema, sino como una verdadera incitación al cambio revolucionario, a la alteración de las normas.

De todos modos, la aptitud para el cambio no es por sí sola el reaseguro infalible frente a las crisis de la legitimidad en los regímenes políticos. Afirmaba Gustav Radbruch que “...lo único que desafía la evolución histórica cruzada constantemente por el rayo de la guerra y de la revolución, es la continuidad de la jerarquía católica, la cadena ininterrumpida de imposiciones de mano que abarca desde los apóstoles hasta el último de los sacerdotes católicos de nuestros días”. La aseveración de este filó-

sofo del derecho sigue en pie, a pesar de las agudas manifestaciones contestatarias a que asiste la fe de ciertos contemporáneos. Todas las demás instituciones humanas no pueden soportar un severo examen de la “validez” de sus normaciones presentes a tenor de un orden racionalista de continuidades.

Hay dos mitos que se han ido alimentando, que han ido creciendo y desarrollando en torno de la Constitución, y que en alguna medida podemos observar que son algo contradictorios entre sí. Por un lado el mito alimentado por aquellos que piensan y que parten del supuesto de que la Constitución nacional ha sido la causa de todos los males y desencuentros que el país ha sufrido, es decir, que ven en la Constitución el origen o la etiología de un prolongado desencuentro. El fundamento o la raíz de esta idea es variada, pero por lo general, piensan algunos sectores que como la Constitución fue en cierta medida la adaptación de un modelo extranjero, trajo para la Argentina los defectos, y no las virtudes, del original, y no pudo suplir esa diferencia, esa abismal separación entre la realidad económica, social y política de nuestro país y la de aquel o aquellos países que habían servido de modelo al esquema constitucional, y de ahí en más habría un proceso de desajuste que vendría a culminar en los tiempos actuales con un total desencuentro o divorcio entre el plexo normativo y la realidad viviente. El otro mito que está en la vereda de enfrente al que acabamos de mencionar, es el de la intocabilidad o de la irreformabilidad de la Constitución. Es decir, la Constitución es sagrada, es un símbolo nacional, igual que el himno, la bandera o la escarapela, y de ninguna manera se la puede tocar. Dentro de esta segunda posición, que también es ideológica como la primera y además tiene una connotación emotiva, hay matices que varían desde la mera negativa a admitir retoques en la Constitución invocando razones de oportunidad o de necesidad, hasta la posición ya abiertamente perfectista de aquellos que piensan que la Constitución es una especie de arcano que puede ser permanentemente adaptado por la vía de la interpretación.



DOCTRINA

El cuidado y control de las instituciones del Estado mediante el derecho

Jorge Reinaldo Vanossi..... 1

Pero lo interesante del caso es que ninguna de estas dos posiciones fue la de Alberdi en el momento en que inspiró a los constituyentes, ni la de estos y las clases gobernantes en el período de la organización constitucional y la época posterior. Por ejemplo, Alberdi distinguía muy claramente dos tipos de constituciones: las que llamaba “constituciones de creación o de iniciación” y las “constituciones de conservación”, que eran constituciones para una segunda etapa. Pensaba que la Constitución de 1853 era una ley fundamental del primer tipo y que de ninguna manera podía entenderse como una norma permanente o definitiva para la organización institucional del pueblo argentino. Sin embargo, está muy en boga en la actualidad la cita de un párrafo de Alberdi donde dice que hay que evitar las reformas porque son dolorosas para el organismo social y político, pues se las puede equiparar a lo que es una verdadera amputación para el organismo físico de las personas. Esa cita fragmentaria de Alberdi hay que entenderla dentro de un contexto. Alberdi dice allí, en ese párrafo, que la Constitución puede *perfectamente adaptarse mediante la interpretación, o por la reforma*; pero lo que hay que entender en la lectura de Alberdi —porque no podemos pensar que Alberdi haya querido ser tan absoluto, dada la genialidad política e intelectual que tenía— es que se refiere necesariamente nada más que a la parte dogmática de la Constitución, a la parte preceptiva, es decir, al capítulo inicial de “Declaraciones, derechos y garantías”, y no a la parte orgánica o funcional, que se refiere a la estructuración de los poderes.

Si hacemos esta distinción, vemos claramente cómo la historia y la evolución política le han dado la razón a Alberdi, en el sentido de que para fijar un nuevo alcance a los derechos o para establecer un límite a la extensión de ciertas prerrogativas o para precisar y perfeccionar nuestras garantías a esos derechos, no ha sido necesario reformar la Constitución, porque la Corte Suprema, al decir de Wilson, como una especie de convención constituyente que está en reunión permanente, mediante la jurisprudencia ha impreso un sentido actualizado, un sentido de permanente connotación al tiempo que vivimos, a esa parte dogmática de la Constitución. Por eso tiene tanta sabiduría la afirmación de Hughes, referida a la Constitución norteamericana, aunque también vale para la nuestra, quien expresaba que estamos regidos por una Constitución, pero esa Constitución es lo que los jueces dicen que es. Pero eso no vale para la otra parte de la Constitución, porque una cosa es interpretar el derecho de propiedad que se consagra en su primera parte, o el derecho de entrar, permanecer y salir, o la libertad religiosa, o la libertad de prensa o cualquiera de los otros aspectos vinculados con el haz de derechos referentes a la libertad individual, en la cual los jueces pueden acoger las valoraciones que la comunidad vivencia en el momento actual e interpretarlas, no ya con el sentido que tenía en 1853, cuando no conocíamos la revolución industrial, ni habíamos alcanzado la integración territorial del país, ni habíamos tenido el fenómeno de la inmigración, ni el de la capitalización, ni el de la conquista del desierto. Esto es lo que se denomina la interpretación “dinámica” de la Constitución, que permite emancipar a la norma de las condiciones imperantes al tiempo de su sanción.

Una cosa era interpretar en 1853 y otra cosa es interpretar en plena era atómica y la actual o la nueva revolución industrial y tecnológica, con todas las transformaciones que social y políticamente ha sufrido la humanidad y, por lo tanto, nuestro país, que está inmerso en esa humanidad. Pero no podemos pretender lo mismo con respecto a la parte orgánica de la Constitución. Es decir, que hay un conjunto de regulaciones procesales sobre el trámite del funcionamiento de los poderes del Estado, donde no hay interpretación que pueda trasponer los límites que establece la propia norma positiva y donde la única forma de poder adaptar esa norma a una realidad cambiante es modificando la norma, y no forzándola más allá de lo que la interpretación pueda permitir realizar.

Además, no está fuera de lugar que recordemos hoy que la irreformabilidad de los textos constitucionales no fue en ningún momento la divisa de los grandes partidos políticos argentinos; y por grandes partidos políticos argentinos me refiero a las fuerzas que nacieron a partir de 1890, cuando se organizan los partidos políticos modernos. Ninguno de ellos tuvo en su plataforma o en su declaración de principios el postulado de la irreformabilidad del texto constitucional. Al contrario, todos ellos han incluido y en algún momento han postulado abiertamente la reforma de la Constitución para la adaptación de *algunos* de los mecanismos que aquella prevé. ¿Quiénes son entonces los que resisten la idea de otra reforma de la Constitución? Son núcleos que están adscritos a determinada filiación y que en este momento enarbolan y encabezan la campaña favorable o contraria a la enmienda de algunas partes del texto constitucional. En ellos, veremos que hay claramente definidas dos líneas o dos alineamientos. Por un lado un sector que teme a la reforma constitucional porque supone que los cambios a introducir pueden superar parte de la inoperancia que se ha registrado en el funcionamiento de los órganos del poder político, y por ese camino se puede alcanzar mayor eficacia desde el punto de vista funcional en la actividad de los organismos del Estado, lo cual quitaría el caldo de cultivo en el cual asientan su prédica y en donde encuentran su clientela electoral. Hay también otro sector proveniente del liberalismo económico y que apunta a la derecha, que ve con gran temor la posibilidad de una reforma, porque teme que so pretexto de cambiar algunos aspectos vinculados con el mecanismo del poder, se introduzca de contrabando —es decir, clandestinamente— algún ajuste a la declaración de derechos.

Pero también se advierte la peligrosidad o el riesgo del advenimiento de la acumulación del poder legislativo y del poder ejecutivo en las mismas manos, la ausencia de un Congreso en pleno funcionamiento, la anulación total o violaciones de la Constitución vigente decretada autocráticamente por medio del acatamiento de esa situación por parte de una nueva Corte Suprema de Justicia y, por último, la eventual convocatoria de una Convención al margen del art. 30 de la Constitución preexistente.

Pero vayamos a la rectificación del proceso. Lo esencial es la participación del pueblo sin exclusiones, cualquiera que sea el proceso de reordenamiento del régimen electoral con el cual sea convocado el país. Ese proceso requiere dos condiciones mínimas ineludibles: una, la existencia de un pluralismo político, es decir, de una libre

intervención de las agrupaciones que pretenden ofertar alternativas a la ciudadanía; y segundo, la proscripción de toda trampa que pueda alterar el *fair play* o juego libre de la ciudadanía.

Entrando ahora en algunas cuestiones vinculadas con el proceso de la enmienda constitucional, cabe advertir que se nota algún error básico en el tratamiento de la cuestión. Vamos a tratar de demostrar que esto es un error, para lo cual debemos acudir a argumentos de tres órdenes o líneas de pensamiento. Primero, la relatividad que tiene que invocar el art. 30, como una norma absolutamente rectora, ineludiblemente rectora o inexcusablemente gobernante del proceso de reforma de la Constitución. Pues hay que hacer presente que la única vez que se cumplió el art. 30 al pie de la letra, ha sido con la reforma de 1994; sin olvidar de la restricción al poder constituyente con motivo del “núcleo coincidencias básicas” nacido del llamado “Pacto de Olivos” (entre Menem y Alfonsín). En todos los demás casos, el art. 30 no fue cumplido, parcial o totalmente, legal o ilegalmente: no fue cumplido en 1860, no fue cumplido en 1866, no fue cumplido en 1949 y no fue cumplido en 1957. En todos esos casos hubo graves vicios procesales (para esa época la única oportunidad en que no hubo un defecto procesal que pudiera viciar el trámite de la reforma, fue la reforma de 1898). El caso de 1860 es quizá el que tiene mayor fuerza paradigmática. En 1860 no se antepuso el art. 30 al imperativo de la unión nacional. La alternativa era, o hacer la unidad nacional incorporando a Buenos Aires, que se había separado del Estado argentino, o cumplir al pie de la letra el art. 30, con lo cual debía postergarse la unión nacional por lo menos tres años más (pues la Constitución no admitía su reforma por diez años). La actitud que tomaron las clases dirigentes, tanto de la Confederación como del Estado de Buenos Aires, no fue vacilante. Apartaron el art. 30 y realizaron la unión nacional, y no caben dudas de que la posteridad les ha quedado agradecida, porque de la otra forma hubiéramos seguido con una duplicidad de Estados argentinos. Apartarse del art. 30 fue en 1860 el precio de esa conquista preciada que es la unión nacional, que es un fin proclamado en el preámbulo. También hubo un precio semejante, es decir, el sacrificio de las normas procesales, en Filadelfia en 1787, cuando crearon el Estado federal dejando de lado a una fracasada confederación de Estados. También fue el precio en la Francia de 1789. En todos esos casos hubo defectos formales, hubo vicios procesales, pero la historia ha sido bastante concluyente en su juicio acerca del valor del sacrificio que importó.

Si lo que el país necesita para sus veinte o treinta años futuros es una rotación de gobiernos civiles estables y eficientes, bajo los cuales se cumplan las reglas del juego y se opere la legitimidad en la etapa de transferencia del poder. Así lo entendieron los colombianos, cuando en 1957 se valieron de un plebiscito no previsto en la Constitución para dar jerarquía suprema al acuerdo bipartidario de alternancia en el poder, solución heterodoxa que —sin embargo— ha significado para ese país lustros de paz y de continuidad institucional. Los colombianos tuvieron que optar entonces entre la ortodoxia constitucional con riesgo de prolongar la guerra civil, y una salida política al margen de las previsiones constitucionales preexistentes: al decidirse por esto último, pagaron un precio por el apartamiento de la legalidad formal (que bastante deteriorada estaba desde antes), pero evitaron la prolongación indebida de un desencuentro que amenazaba con la extinción nacional. Y optaron bien.

La segunda línea de pensamiento consiste en que tenemos que advertir que la

Constitución, precisamente en el art. 30 tan invocado en la actualidad, habla de *necesidad*, y no de *oportunidad*, cuando se refiere a la reforma de la Constitución. Hoy, casi toda la prédica adversa a la solución vía reforma, pues se invoca como un elemento de juicio importante la falta de oportunidad, la inexistencia de condiciones objetivas que harían aconsejable y prudente la reforma de la Constitución. Pero la Constitución habla de la *necesidad*: si es necesaria se hace, aunque no sea oportuna. Nunca fueron condiciones oportunas las que presidieron el acto de reforma. No hubo oportunidad en el año 1860 (peores condiciones, imposible). El país estaba anarquizado, dividido, había falencia de poderes nacionales, etc. No había oportunidad en Filadelfia.

La tercera advertencia que debemos hacer es una precisión de tipo técnico, ya que la totalidad de las opiniones que se refieren a la reforma en las actuales circunstancias, presuponen la vigencia del art. 30 de la Constitución, pero también suponen que nos estamos refiriendo a una puesta en funcionamiento del poder constituyente *en su etapa derivada o de continuidad*.

No debemos insistir demasiado en el debate de estos aspectos porque es exagerar la importancia de cierto enfoque o de cierta tónica. La reforma, por lo mismo que dijimos de la Constitución al comienzo, es un medio, y no un fin en sí mismo; o sea, que la reforma es un medio para alcanzar otros fines que le trascienden a ella. En el fondo de la cuestión, si se requiera una definición de tipo conceptual acerca de la titularidad de los poderes que están en juego, creemos que es otra norma de la Constitución la que tiene que orientarnos y a la cual tenemos que dirigirnos. Desde este punto de vista, el principio que más interesa preservar es el que trasunta el art. 33 de la Constitución, cuando reconoce como fuente y origen de los derechos, a “la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno”. La República exige y supone la Democracia, la independencia o separación de los Poderes, la Igualdad ante la Ley, la Publicidad de los actos públicos, el funcionamiento de los órganos y mecanismos de Control, y la Responsabilidad consiguiente. Y la Libertad por encima de todo y para todos los hombres de bien que habitan en el suelo argentino.

Si de cuidar la legitimidad se trata, nosotros hemos estimado que existen dos vías igualmente factibles y decorosas para llevar adelante la reforma: o bien se convoca a una convención constituyente o bien se convoca a referéndum popular con simultánea elección de los poderes constituidos. Este último procedimiento fue previsto en la Constitución uruguaya de 1966 (art. 331, inc. E), que a pesar de su aparente complejidad fue aplicado exitosamente en dos oportunidades: “Cuando las reformas se refieran a la elección de cargos electivos, al ser sometidas al plebiscito, simultáneamente se votará para esos cargos por el sistema propuesto y por el anterior, teniendo fuerza imperativa la decisión plebiscitaria”. Esto quiere decir que la ciudadanía decide en un mismo acto, aunque con boletas separadas, la suerte de la reforma constitucional y la consiguiente elección de los mandatarios políticos: la única diferencia consiste en que debe votar dobles candidaturas, ya que en una irán los candidatos que se postulan según los cargos a cubrir en caso de aprobarse la reforma y en otra deben ir los candidatos para los cargos preexistentes en la Constitución, para el caso de que no prospere la aprobación popular de la reforma. Si se aprueba la reforma, resultarán elegidos los candidatos a los cargos previstos conforme a la citada reforma, y si se rechaza la reforma, quedarán consagrados los

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Académico titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(**) La presente comunicación corresponde a la se-

sión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 3 de diciembre de 2020 realizada por la plataforma Zoom.

candidatos que fueron postulados para los cargos ya existentes en el régimen constitucional vigente. Desde el punto de vista técnico, es predecible un mayor esfuerzo en el escrutinio de los votos, ya que será mayor la cantidad de boletas a computar; pero no cabe pensar en dificultades para los votantes, siempre que las reformas sometidas a referéndum formen un conjunto de disposiciones fácilmente comprensibles para el entendimiento popular, a la vez que una alternativa genuina y franca con relación a la posibilidad válida de elegir gobernantes, en el mismo acto, según el régimen de la Constitución.

Ningún derecho nacido del principio de la soberanía del pueblo puede resultar lesionada con la aplicación de este sistema, que evita dilatar el momento de la elección de un gobierno de origen popular y al mismo tiempo permite consagrar —también popularmente— una reforma institucional destinada a fortalecer ese gobierno. Es por ello que estimo necesario que entre todos los sectores y la sociedad misma propiciemos tanto la supresión de las elecciones “intermedias” (las “mitacas” colombianas), como también la duración del período presidencial durante cinco años, sin reelección inmediata, aunque admitiendo un retorno en el período subsiguiente; a semejanza del sistema que tiene el Uruguay.

Del mismo modo creo y estimo lo afirmado por Arthur Schlesinger cuando señala (respecto de EE. UU.) que la Vicepresidencia “es una oficina condenada al fracaso”: solo puede aguardar la cesación o muerte del presidente. Muchos presidentes han tenido situaciones conflictivas con “los vices”, hasta el extremo de procurar sus alejamientos. Sobran los ejemplos (sic), incluso en nuestro país. Es sabido que el presidente Eisenhower respondió —ante una pregunta sobre qué decisiones había compartido con el vice— que “si me dan una semana, podría pensar en una”.

En el fondo, hay elementos para creer que lo que hoy está cuestionado es un concepto de constitución, un concepto que se llama “racional normativo” de constitución (en la famosa tipología de García Pelayo). Y más allá de ese concepto de constitución y del concepto sociológico (pero más allá de eso, o tras ello), está también en crisis todo un criterio de concepción del fenómeno jurídico. Es decir, todo un criterio de formalismo en redor de la manifestación o expresión del fenómeno jurídico. Es preferible contraponer a la opinión que acabamos de trascribir, el juicio más lejano de Hermann Heller, el gran teórico alemán que en su *Teoría del Estado* señalaba lo siguiente, que es aplicable a la aspiración que pueda tener todo legislador constitucional en su criterio de normación de las reglas de juego en un país: “La creación de normas por el Estado, no crea un derecho válido sino solo un plan; el plan de un derecho que se desea para el futuro. Esta oferta que el constituyente o el legislador hace a los destinatarios de la norma, solo produce derecho vigente en la medida en que las normas salen de su existencia en el papel para confirmarse en la vida humana como poder. Puede faltar esa confirmación por diversos motivos —observaba Heller—, ya porque la vida no precise de tales normas, ya porque las rechace, y en tales casos, la normatividad pierde su fuerza normalizadora. En última instancia, siempre veremos confirmarse la tesis de que la Constitución real consiste en las relaciones reales de poder” (ps. 277/278).

Estos párrafos de Heller nos proporcionan una herramienta de extraordinario vigor para comprender el signo de un proceso mental y político. Son algo así como una

vacuna que inmuniza frente al prejuicio derivado de los módulos intelectuales de una formación que reunió promiscuamente a la retórica. Pero, claro está, nada nos indica que debamos arrinconarnos en la tesitura opuesta; y por eso es sabia la advertencia de Cueto Rúa: “Una cosa es atacar la técnica jurídica que hace caso omiso de la realidad humana, para encerrarse en especulaciones racionalistas, gramaticales o en indagaciones históricas...; y otra muy distinta, la destrucción sistemática de la normatividad, al amparo de nociones puramente fácticas, políticas, propias del conocimiento sociológico, que se niega a reconocer toda virtud operante a la estructura normativa”.

Hay mil contradicciones en el enfoque de este problema. Están los que se rasgan las vestiduras, pero consintieron la subversión total del sistema constitucional. Acá es menester “poner delante el bosque y no el árbol”, es decir, evitar que el árbol no nos deje ver el bosque. Por un lado, creemos que una constitución no rige o no podemos decir que rija porque se respeta tal o cual artículo cuando se cumpla sacrosantamente la norma que dice que el primero de marzo se hace la apertura del Congreso; y digamos que dejó de regir porque en vez de hacerse el primero de marzo se hizo el primero de la semana siguiente debido a cualquier acontecimiento extraordinario. Pero tampoco hay que pensar que una constitución ha dejado de regir porque haya en ella determinadas normas que nunca se han cumplido, como por ejemplo, la norma que en nuestra Constitución prescribió el juicio por jurados nacional y que nunca se aplicó. De tal modo, entonces, que hay que buscar cuál es el módulo o cuál es la pauta que nos permite determinar si una constitución rige o una constitución ha dejado de regir. Desde nuestro punto de vista creemos que la Constitución rige en cuanto crea un régimen político que alcanza a funcionar en la etapa de la transferencia legítima del poder. Interesa más que el origen la transferencia legítima del poder. Es decir, un régimen que asegure que los vencidos de hoy puedan ser los triunfadores de mañana, cumpliendo y respetando las mismas reglas del juego. Desde este punto de vista, la realidad nos indica que en la Argentina solamente en pocas oportunidades, a partir de la organización nacional, en términos de gobierno-oposición y oposición-gobierno, ha funcionado legítimamente esa transferencia del poder. Esas dos oportunidades fueron aquellas en las cuales se registró un cambio en los partidos gobernantes e incluso en la clase social gobernante, dentro de las reglas del juego. Fue en 1916 cuando Victorino de la Plaza le entregó la presidencia a Hipólito Yrigoyen, y en 1958 cuando Aramburu le entregó la presidencia a Frondizi (un caso quizá menos típico, pero que igual vale como ejemplo). En casi todos los demás casos, la transferencia del poder se ha hecho, o de Juan a Pedro y de Pedro a Diego, es decir, dentro del mismo núcleo político y social gobernante, o al margen de las reglas del juego, es decir, por una vía revolucionaria de quebrantamiento constitucional. También es cierto que en la historia argentina únicamente se registran tres casos en que la espada triunfante respaldó plenamente la consagración del poder civil. Fue también en 1853 con Urquiza, en 1860 con Mitre y en 1958 con Aramburu. Omito los casos recientes. El sistema constitucional, entonces, debe crear reglas de juego que puedan aplicarse y que a la vez se consiga comprometer en su cumplimiento a los principales protagonistas del momento político. Con sabia razón bien afirma el maestro Hans Kelsen que “lo importante en una democracia no es la mayoría del presente, sino la minoría de hoy en cuanto posible mayoría del mañana”.

Para ello hay que darse cuenta de que el retorno al pasado ya no vale más como apelación. Hoy no es una apelación válida invocar el pasado por el pasado mismo, nos guste o no nos guste. Y además, aunque nos desconsuele, se impone reconocer que dentro de ese pasado también están incluidas en su caducidad algunas reglas del juego establecidas en la Constitución. Son las que podríamos llamar las “ficciones constitucionales”, cuya apelación no conmueve a nadie ni puede servir para encabezar un nuevo proceso institucional.

En primer lugar, el constituyente argentino que tiene que encontrar un nuevo punto de equilibrio entre los dos principios que componen nuestro sistema de gobierno: el principio liberal y el principio democrático. Como es sabido, el primero de ellos procura la limitación de poderes y el equilibrio de sus órganos por medio de la separación, con miras a la mejor defensa de los derechos individuales. En vez, el segundo, como su raíz semántica lo sugiere —el *demos*—, tiende a consagrar el gobierno de la mayoría sobre la base del sufragio universal: es el principio de la mitad más uno, del cincuenta por ciento más uno. Cuando se sancionó la Constitución de 1853, en el equilibrio logrado hubo un predominio —explicable en esa época por élites, y no de masas— del componente liberal sobre el “demos”. La concepción mecanicista predominó —a pesar del colectivo historicista que influyó en la formación de muchos de los congresistas— sobre la fe en la soberanía popular sin límites; y entonces, se puede explicar así el desequilibrio que se observa en la actualidad entre nuestra normatividad y nuestra normalidad constitucional: tenemos una tensión enorme entre las pretensiones de las normas y los dictados de la realidad. Y los estallidos son frecuentes. Es que la visualización de las cosas ha cambiado con la óptica de las generaciones: mientras los hombres de aquella época hacían todo por el pueblo y para el pueblo, pero sin el pueblo; en la exaltación del “demos” que caracteriza las postrimerías del siglo XX, los dos ingredientes que se combinan en el recetario político son: participación con liderazgo. Veamos algunos correctivos que parecen ineludibles.

Uno de esos casos es el de la elección indirecta del presidente y vicepresidente de la Nación, por electores que se han de reunir en cada provincia para deliberar quién va a ser el presidente que ellos eligen por encargo del pueblo. El pueblo hoy vota directamente pensando en su líder, y no en su determinación por los electores, a los que el pueblo ni conoce ni le interesa.

En otro orden de cosas, también debemos tener presente que es una aspiración colectiva que la mayoría pueda gobernar, es decir, que pueda asegurarse mediante los mecanismos constitucionales el real desempeño del partido consagrado por el pueblo; porque las minorías no están para gobernar ni para cogobernar, sino para controlar. En la ciencia política muchos autores repiten el concepto de que la minoría cogobierna. La minoría no gobierna ni gobierna, sino que controla a la mayoría, aunque debe ayudar y estimular, y está expectante, para ofrecerse como una alternativa o como un recambio, que el pueblo podrá elegir al término del mandato anterior si está disconforme con el plan y la ejecución de él desarrollada por el partido gobernante. Entonces, tenemos que armonizar esto con un sistema electoral que nos permita cubrirnos del riesgo de que la mayoría no esté capacitada para gobernar, y también, por supuesto, del riesgo de que la minoría quede inerme para poder controlar. Ya hace más de un siglo y medio se debatieron en Inglaterra las virtudes y desventajas del sistema electoral que ese país tenía que adoptar, después de

las grandes reformas introducidas en materia de derechos políticos. Y dos grandes teóricos del liberalismo, como eran John Stuart Mill y Bagehot, expusieron los pros y contras de la representación proporcional. John Stuart Mill partía del axioma de que un hombre vale un voto, y defendía la representación proporcional al ver en ese sistema una equivalencia aritmética o matemática del espectro político en que estaba dividida la opinión del país. Pero Bagehot, que era adverso a ese sistema, contraargumentaba señalando que la actitud psicológica del votante de mayoría y del votante de minoría, es distinta. El que vota para la mayoría, es decir, el que vota por quien va a ganar o por quien gana, quiere acción, ejecución, desempeño, cumplimiento de promesas, realización de un plan. En una palabra, quiere acción de gobierno. El que vota por la minoría o por quien resulte minoría, está pensando en que si no gana, en su expectativa quiere dilación, quiere demora, quiere discusión, quiere debate. Y es tan respetable un derecho como otro, pero ambos derechos deben ser armonizados, porque el derecho de la minoría de ninguna manera llega a ser tal que impida el derecho de la mayoría, o sea, el derecho a una efectiva acción de gobierno. Los ingleses, que son un pueblo muy práctico o pragmático, le dieron la razón a Bagehot, y de ninguna manera han aplicado el sistema de representación proporcional, que nosotros, en cambio, hemos adoptado como precaución ante las hegemonías.

Por otra parte, tenemos que erradicar un cierto prejuicio liberal contra las formas semidirectas de ejercicio de la democracia. Debemos vacunarnos frente al temor de que el pueblo pueda decidir en forma directa algunos problemas de gobierno, o ser consultado en torno de determinadas cuestiones políticas. Esto quiere decir que tenemos que admitir la institucionalización de consultas populares directas y periódicas, o mediante un referéndum o un plebiscito o, incluso, la revocatoria, para ciertas cuestiones. También en esto hay un equívoco histórico y doctrinal. La norma que generalmente se citaba para oponerse a la alternativa de que pueda institucionalizarse el referéndum, es el art. 22, que dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de los representantes elegidos según la Constitución. Esa norma no fue introducida para impedir la práctica de determinadas formas de democracia semidirecta, sino que tuvo un origen histórico muy concreto y definido: el propósito del art. 22 fue el de erradicar las dos deformaciones patológicas que aquejaban a la democracia política incipiente, o sea, la pueblada y la asonada; es decir, la reunión tumultuaria que pretendía descalificar a los representantes y el levantamiento armado que permitía o que pretendía reemplazar a los representantes. De ninguna manera, la consulta popular como elemento integrativo de un proceso democrático de toma de las decisiones políticas.

En segundo lugar, tenemos que buscar también un punto de equilibrio (así como recién nos referíamos al equilibrio entre el principio liberal y el principio democrático), otro punto de equilibrio, entre poderes y garantías. Si se va a aumentar la dosis de atribuciones o se agiliza el desenvolvimiento funcional de los órganos del poder, también hay que acrecentar la eficacia de las garantías: es una “regla de oro”. Es decir que a mayores poderes tenemos que procurar mejores garantías constitucionales. Para esto es válida aquella distinción de los poderes que ha hecho Loewenstein y que pretende actualizar o adecuar en alguna medida a la vieja distinción de Montesquieu, entre poder ejecutivo, legislativo y judicial. Loewenstein distingue en el Estado moderno tres poderes esenciales, que son el poder de decisión, el poder de ejecución de las decisiones y

el poder de control de esa ejecución. En este último, tenemos que poner también la mirada para obtener el acierto de un hallazgo que nos permita brindar también mayor eficacia en el control de los poderes políticos.

En tercer lugar, tenemos que procurar otro equilibrio o armonización, que es entre dos valores importantes en el Estado moderno: los valores de libertad y de eficacia o eficiencia gubernamental. Tradicionalmente, el Estado antiguo era un Estado de eficiencia en el uso del poder. El Estado liberal trató de asegurar y garantizar sobremanera la libertad individual. El Estado totalitario pretende ser puramente eficiente. El Estado democrático social tiene que ser un Estado que armonice y equilibre en dosis igualmente ponderables, la eficiencia

con las libertades individuales. El juego de los resortes del poder con el juego de la actividad y el desenvolvimiento de los individuos, teniendo además en cuenta que ha aparecido en este mundo una nueva temática o un nuevo tema de nuestro tiempo, como diría Ortega, que nos sacude y nos compromete, y que no es ya la mera invocación de la libertad, cuando la liberación aparece como una actualización imprescindible al tema-mito del desarrollo, pues en los términos enunciados por Paulo VI al expresar que hoy se debe procurar *no solo el desarrollo de todos los hombres sino principalmente el desarrollo de todo el hombre*. El concepto adquiere así una integridad e integralidad que lo proyecta como verdadera pauta de toda acción social y estatal: la opresión del hombre puede provenir de lo económico o de lo político, pero también de

lo cultural, de lo sexual, o de cualquier otro orden que lo tenga sometido; y la liberación como acción hacia la libertad es —precisamente— la lucha contra toda forma de opresión, aún más allá de la que nace de la necesidad de satisfacer las requisitorias de la existencia vital. Ahora, todo es vital para el hombre, que tiene derecho a ejercer su “libertad contra la opresión”, como ha dicho la Corte Suprema (caso “Prattico”, “Fallos”, 246-345, año 1960) basándose en un precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos.

Se necesitan, pues, estructuras constitucionales que permitan canalizar adecuadamente esa “liberación”. Es decir, que no propicien o no aumenten el grado de “alienación” al cual se ve sometida la sociedad en esta etapa de desarrollo industrial en que se halla la humanidad. Es decir, un Estado, no solamente para el desarrollo, sino también para el bienestar y felicidad del hombre.

Hoy puede decirse que los argentinos estamos viviendo, no en una hora de ortodoxia, sino en una hora de heterodoxia, porque el mundo entero está sacudido por heterodoxias. Hay heterodoxias en la Iglesia, hay heterodoxias que conmueven a la economía, hay heterodoxias que sacuden a la política, hay heterodoxias que están trastrocando las bases mismas de nuestra política exterior (y no solo la nuestra). También hay algunas heterodoxias en materia constitucional y también en la organización del pensamiento jurídico. La ortodoxia pura o el aferramiento, quedó ya ridiculizado en la respuesta que dio el anciano jurista Valette a quien fueron a visitarlo en la víspera del golpe de Luis Napoleón Bonaparte, en diciembre de 1851. A este profesor de la Facultad de Derecho de París, que presidía el órgano constitucional encargado de velar por el respeto de la superlegalidad en la Segunda República Francesa, los diputados fueron a verlo y le dijeron: “Señor, hay que hacer algo; el presidente está por dar un golpe de Estado, barrerá la Constitución, pretenderá instaurar un imperio como el de Napoleón Primero”. Entonces, este anciano jurista, sentado en su lecho y con un pompón en la cabeza reflexionó un instante y les dijo: “No se preocupen, vayan a dormir tranquilos porque si produce el golpe, todo lo que haga Napoleón será inconstitucional y no tendrá ninguna validez”. La historia es conocida: el golpe tuvo lugar y Napoleón Tercero se quedó veinte años en el poder, hasta la batalla de Sedán, que la perdió y tuvo que abdicar.

La palabra final, en este tema, en nuestro país, hoy y acá, la tendrán que dar las dos realidades políticas que existencialmente hablando tenemos ante nosotros: pueblo y poder, poseedores y destinatarios del poder, que se suponen recíprocamente y que no podemos prescindir de ninguno de los dos. Cualquiera que sea la tónica que se tome, cualquiera que sea el punto de vista del cual se parta, en definitiva, tenemos que presuponer que no hay sistema constitucional que no tenga asegurada una vigencia si el pueblo se la presta. Si el pueblo no se la presta, si hay índices de resistencia, la vigencia se erosiona y llega un momento en que el deterioro provocará la caída del sistema. No hay norma constitucional, pues, y no hay por lo tanto, reforma alguna, que pueda prescindir de un contorno de acatamiento. Es el pueblo quien presta la apro-

bación final, al no ensayar la resistencia. Como advierte Esteban Imaz en su contribución al tema del poder constituyente, la participación de la colectividad se presenta como la nota común necesaria a toda normación constitucional. ¿Cuál es la esencia genérica —como preguntaría Husserl— de las normas constitucionales? Está dada por la intervención necesaria de la colectividad. Así como la norma constitucional “espontánea” es originada por la colectividad, la norma “reflexiva” no es tal sin el acatamiento colectivo.

O sea que la normación constitucional reflexiva no llega a término sin participación de la sociedad; y en consecuencia, estamos otra vez como en Sieyès: itodo depende de la Nación...!, que es como decir que todo depende del pueblo.

Por eso, para poder edificar una democracia, es menester buscar el acuerdo con los grandes protagonistas de la hora, con los hombres que manejan el proceso político, nos gusten o no nos gusten. Con las fuerzas, que encauzan el ciclo, con los partidos, nuevamente reorganizados, que hayan sido buenos o malos, con los líderes genuinos, con los principales sectores de opinión económica, social, política, religiosa, nos gusten o no nos gusten. Porque la generación que está comprometida y emplazada a participar en esta salida no tiene derecho a *retornar a, sino un deber de ir hacia*.

No seamos tan ilusos de creer que la Constitución por sí sola proveerá el milagro de la salvación colectiva. No creemos tampoco en un supuesto poder demiúrgico de las normas jurídicas. Hemos superado la visión utópica y feliz del racional-normativismo. Algo nos ha quedado de la lectura de Dworkin en cuanto al valor de *los principios* y de la *ética*.

Pero creemos que la Constitución vigente puede erigirse en un factor que haga menos dolorosa la situación que Ortega y Gasset describía como “subitaneidad del tránsito”. No debemos temer al cambio por los riesgos que él implica: los anticuerpos funcionarán si esa “subitaneidad” excede las normas que nuestro pueblo vivencia hoy y aquí.

Como hombres del derecho debemos contribuir a la solución institucional del país, pensando como Gastón Jèze, que “una solución jurídica debe valorarse en la medida en que contribuya a la paz social”. ¡Sea por la paz! Y todo depende de dos momentos, a saber: el del *andamiento* como una acción del andar hacia adelante, marchando con movimientos positivos; más la *viabilidad* como vía por donde se puede transitar y que tenga probabilidades de poderse llevar a cabo.

Cita on line: AR/DOC/4015/2020

MÁS INFORMACIÓN

Manili, Pablo L., “El orden público y el derecho constitucional”, LA LEY 27/10/2020, 1, AR/DOC/2753/2020

Vanossi, Jorge R., “Los derechos humanos y su efectiva tutela estatal”, LA LEY, 2019-A, 662, AR/DOC/2708/2018

Pérez Corti, José M., “Procesos electorales en contextos de pandemia”, LA LEY 22/09/2020, 1, AR/DOC/2219/2020

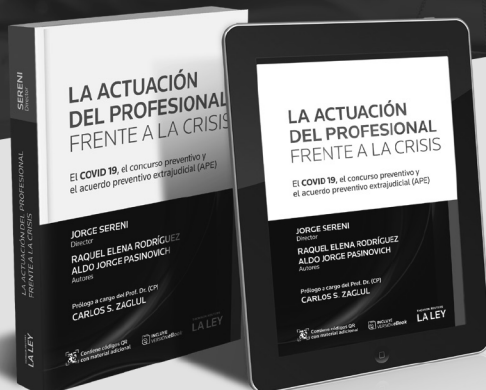
THOMSON REUTERS
LA LEY

Información confiable
que avala tus argumentos.

LANZAMIENTO LA ACTUACIÓN DEL PROFESIONAL FRENTE A LA CRISIS:

El COVID 19, el Concurso Preventivo y el Acuerdo Preventivo Extrajudicial (APE).

Director: **Jorge Sereni**



Raquel Elena
**Rodríguez • Aldo
Jorge Pasinovich**

1 Tomo + eBook

Contiene códigos QR
con material adicional.

En esta obra se desarrollan —a nivel teórico— los aspectos jurídico-contables vinculados con la actuación del síndico en el proceso concursal, apertura, verificación de créditos, informe individual y general, período de exclusividad, homologación, *cram down* y su conclusión y cumplimiento. Es una publicación elaborada por **abogados y contadores** y destinada a ambos profesionales, asesores de empresas concursadas y síndicos concursales.

Se abordan modelos que comprenden la presentación en concurso y los aspectos prácticos que requieren la función de contadores y abogados. En el contexto actual, la obra cobra una enorme importancia debido a que el concurso preventivo sería una solución muy beneficiosa para un empresario en dificultades, dados los grandes beneficios que produce la presentación en concurso preventivo.

Adquirí la obra llamando al **0810-266-4444**
o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

the answer company™
THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra nueva página
de **LinkedIn** con **contenido
específico** para contadores.

[f ThomsonReutersLaLey](https://www.facebook.com/ThomsonReutersLaLey)
[@TRLaLey](https://twitter.com/TRLaLey)
[in ThomsonReutersLatam](https://www.linkedin.com/company/thomson-reuters-latam)