

CAPÍTULO VI

El Poder Constituyente

"En materia de constituciones y de ordenación política de un país, nada sólido puede edificarse a espaldas del pueblo"

Jorge R. Vanossi

6.1.- Concepto de Poder Constituyente. Diversas interpretaciones en doctrina. Su titularidad y ejercicio.

Uno de los conceptos medulares de la teoría constitucional resulta ser el del Poder Constituyente, que ya hemos conceptualizado como la relación social de mando y obediencia a través de la cual la sociedad establece la distribución y el modo de ejercicio monopólico de la fuerza en ella.

La cuestión puede reformularse en términos más simples, si nos preguntásemos en el punto lo siguiente: ¿Quién hace y como se hacen las constituciones?

Ello nos sitúa precisamente en la génesis, el origen del sistema constitucional. Se discute desde allí en qué consiste ese poder que sin haber sido constituido antes, constituye a los demás del sistema.

Aún así, no solamente su ubicación es discutida en doctrina, sino además si el mismo tiene algún tipo de límite, o si puede distinguirse entre su titularidad y su ejercicio.

En suma, debemos preguntarnos además - y principalmente - como se vincula el Poder Constituyente al sistema constitucional.

Para ello, ensayaremos una breve tipología de las posiciones en doctrina que intentan - desde diversas ideologías - explicar el sentido y la génesis del concepto, según el siguiente orden:

1. Concepto racional-ideal: Según la doctrina que en modo brillante expuso Emmanuel Sieyès (1748-1836), el hombre es libre antes y por encima del Estado. De allí deriva por inferencia que la nación también lo es, al estar compuesta de seres humanos, y si ambos son libres, pues será el rol fundamental del Estado, el de proteger esos espacios de libertad, evitando las

posibles obstrucciones a su ejercicio.

Sieyès presenta entonces a la noción de poder constituyente para así identificar al autor y responsable de la formación de los poderes constituídos.

Su razonamiento parte del concepto de la representación política, y de allí arriba a los conceptos de poder constituyente y constitución.

De allí que la propuesta de constitución emanada de Sieyès aparece mezclada con lo que Vanossi denomina "una multitud de precauciones políticas" ideadas en el interés que tiene la Nación en que el poder público delegado no pueda llegar jamás a ser nocivo para sus comitentes.

Dando por sentado que para Sieyès el concepto de constitución implicaba solamente su parte orgánica, reservando a la enunciación de las declaraciones, derechos y garantías para la regulación de la ley común, el concepto de poder constituyente debía ser arbitrado para generar una adecuada limitación a los poderes constituídos.

En suma el concepto racional del poder constituyente, lo supone como pre-requisito de la existencia de un texto fundamental, aclarando que el mismo lo puede todo en esta materia, que jamás será sometido de antemano por una constitución dada

2. Concepto fundacional-revolucionario: Maurice Hauriou, principal sostenedor de esta postura, parte de la conceptualización de una "superlegalidad constitucional" que incluye todos los principios fundamentales del régimen. Desde una filiación jusnaturalista, pretende superar los contenidos "positivistas" del concepto "supremacía de la constitución"

Analiza la existencia de una dualidad entre el derecho del Estado y el derecho de la libertad primitiva, y sin establecer prioridad alguna, se conforma con reclamar para la libertad primitiva su calidad o condición de derecho.

Para el autor citado, el Poder Constituyente pertenece a la Nación, y es una operación fundacional que ejercen los representantes en nombre de esta última, aclarando que en tiempos de normalidad predomina el poder Estatal, y en tiempos de anormalidad resurge el derecho de la sociedad, que se rebela contra el predominio abusivo del Estado.

3. Concepto existencial-decisionista: Herman Heller actúa en el campo liso y llano del "ser", y es éste el criterio que sustenta Carl Schmitt, quien entiende que lo político y el momento de la decisión implican la circunstancia política en que anida todo derecho.

Exalta el concepto de poder en cuanto "poder de decisión", que lo

conduce inexorablemente a la reprobación del contexto del liberalismo político y sus tendencias de fragmentación del poder. Por ello condena todo atomismo representativo, personalizando el Poder y avalando la generación de una dictadura a partir de la instauración de un nuevo orden (lo que implica brindar cobertura filosófica a los fundamentos del Estado totalitario).

En este esquema desaparecen la separación de los poderes y garantía de los derechos humanos en cuanto notas tipificantes de la organización política universalizada a partir de las revoluciones francesa, inglesa y norteamericana.

Respecto de la idea de desconfianza natural del hombre, propugna frente a ello la decisión autoritaria, que define y crea al orden y la seguridad.

La decisión política fundamental es para Schmitt neutral a los valores (tanto puede servir para el bien, como para el mal), negando que el derecho natural sea condicionante del derecho positivo.

El Poder Constituyente es para Schmitt la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y la forma de la propia existencia política, indicando de este modo la existencia de la unidad del sistema político concebido como un todo.

4. Concepto materialista: Para esta postura, la verdadera constitución de un país solo reside en los factores reales y efectivos de Poder que rigen en esa Nación, y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan la fiel expresión a los factores de poder imperantes en esa realidad social.

Ningún marxista llega a profesar confianza o fe en las normas constitucionales, cualesquiera sean éstas, desde el momento en que - desde esa concepción - la libertad del ser humano nunca queda asegurada por la instancia constitucional misma, sino que depende del nivel de las relaciones sociales del poder representadas por la infraestructura y superestructura de la sociedad.

Todos los modos de Estado de corte marxista tienden a lograr la dictadura del proletariado, así como el Estado liberal consagra la dictadura de la burguesía.

Sólo el comunismo, en este contexto, suprime absolutamente la necesidad del Estado, al admitir que no existe nadie - en el sentido de clase - a quien reprimir, agregando que mientras existe el Estado, no es posible suponer la existencia de espacios de libertad.

5. Concepto dialéctico-plenario: Heller expresa, desde esta posición, que la Constitución solamente puede ser entendida con rigor en una acepción

totalizante.

Gráficamente la concepción de totalidad puede representarse del siguiente modo:

TOTALIDAD= CONSTITUCION NO NORMADA + CONSTITUCION NORMADA

La primera pertenece al plano del ser o la normalidad. Es objeto de la ciencia de la realidad y está formada por motivaciones naturales comunes.

La segunda pertenece al ámbito de la normatividad, o deber ser. Es objeto de la ciencia cultural que la estudia mediante la dogmática del derecho.

Para Heller es Poder Constituyente la voluntad política cuya poder y autoridad esté en condiciones de determinar la existencia de la unidad política del todo, pero sin normación, la masa humana no tiene ni una voluntad capaz de decisión, ni un poder capaz de acción y mucho menos autoridad.

De este modo, estatuye que en el concepto de Poder Constituyente el elemento normativo no puede ser separado en modo alguno del concepto de autoridad.

Nosotros creemos, siguiendo a Quiroga Lavié, que el Poder Constituyente es una relación social, que como tal, integra el sistema constitucional, dotándolo de las bases esenciales para generar sus articulaciones recíprocas.

En síntesis, el Poder Constituyente es:

1. Poder: en cuanto relación de mando y obediencia, y
2. Constituyente: en tanto relación social de mando y obediencia, que sin estar constituida, da forma o determina a la constitución

Como esta relación social resulta ser en nuestro sistema democrática, el pueblo no puede dejar de intervenir cuando actúa este poder (por vía de plebiscito, referendum o elección directa, conforme lo establezca la Constitución).

Para el caso en que ello no sea así, el Poder Constituyente será revolucionario, ya que quebrará la lógica de sus antecedentes, y desarticulará por ello, la esencia del sistema

Respecto del sistema constitucional argentino, basado en la concepción racional-ideal, la titularidad del Poder Constituyente radica en el pueblo, y su ejercicio, en los representantes del mismo.

Resumiendo, y sobre la base del contexto antes narrado, el Poder Constituyente posee las siguientes características:

- Es supremo: al no depender de un poder anterior, y constituir al sistema
- Es ilimitado: respecto de posibles contenciones jurídicas. Sus limitaciones serán en su caso, meta-jurídicas (tradiciones, historia de los pueblos, etc.)
- Es extraordinario: ya que se ejerce en situaciones de excepción, aunque la normalidad de la interpretación constitucional puede imponer ciertos cambios interpretativos en la cotidianeidad de la marcha del sistema
- Es único e indivisible: porque sea cual fuese el modo en que se ejerza, estamos hablando del mismo Poder Constituyente. De allí deriva su intransferibilidad
- Al ser una relación social, no es soberano. No puede predicarse de él que derive o no de una norma superior. Es una relación social que constituye el sistema o lo modifica.

6.2.- Los límites del Poder Constituyente. La superación de una vieja distinción conceptual: el Poder Constituyente originario o derivado. El Poder Constituyente fundacional, de reforma y revolucionario.

Cierto es que los analistas del derecho constitucional sostienen la existencia de límites en el poder constituyente. Y ello es así, toda vez que ni la mismísima libertad, garantizada por el sistema constitucional es absoluta.

Al ser una realidad social, el poder constituyente fundacional está ciertamente condicionado por el propio proceso político en que se genera; y es en esa confrontación que se encuentra el real límite de nuestro Poder Constituyente.

Fuera de esta connotación sociológica, es dable decir que respecto de este primer tipo de poder constituyente (el constitutivo de un sistema constitucional) se ha predicado la total ilimitación, tanto formal como sustancial (esto es, de procedimientos y de contenidos).

En realidad el Poder Constituyente originario o fundacional puede estructurar al sistema como quiera, sin restricción alguna respecto de las organizaciones que le precedieron, y con una amplia discrecionalidad en la

elección del diseño en el sistema a ser implantado.

Enfatizamos entonces que este contexto de ilimitación es positivo, y no sociológico

A fin de sintetizar la presente cuestión, presentamos el siguiente diagrama:

<u>MODALIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE</u>	<u>TIPO DE LIMITACIÓN</u>		<u>EJEMPLO</u>
Fundacional u originario	<u>Jurídica</u> (no posee)	<u>Meta jurídica:</u> Ideológica Material	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Ideológica:</u> conjunto de valoraciones de un sistema social determinado, que efectivamente condicional al constituyente originario. Así, este último no puede apartarse de las valoraciones o conocimientos vigentes en la sociedad que lo genera • <u>Material.</u> Conjunto de condicionamientos determinantes de la infraestructura social del sistema, como por ejemplo: la lucha de clases, el sistema de producción, la situación geográfica o el desarrollo económico

A diferencia de lo expuesto respecto del Poder Constituyente fundacional, el de reforma se ubica en el plano conceptual de la normatividad, porque actúa según las pautas que le ofrece el sistema constitucional ya articulado.

En este caso entonces, el derecho positivo ofrece numerosos supuestos de limitación a su accionar. Así, los límites habituales propuestos a la existencia y accionar del Poder Constituyente de reforma, pueden ser formales (en la faz procedimental) y en algunos casos también sustanciales (cuando se estipula la petrificación de determinados contenidos).

Haciendo gala de una mayor sistematización, Jorge Vanossi los divide en *autónomos* (cuando provienen de la propia constitución positiva) y *heterónomos* para el caso de derivar de normas jurídicas ajenas a la Constitución en sí misma (son los que siendo originariamente externos, son incorporados por la propia constitución).

Los límites autónomos pueden a su vez clasificarse en *procesales*, que serán formales en tanto y en cuanto se refieran al trámite a seguir para

efectuar el proceso de reforma, y serán temporales cuando se refieran a plazos de prohibición dispuestos por el sistema constitucional, de cumplimiento indispensable para proceder a la enmienda

En cuanto a los límites heterónomos, pueden estar referidos a Pactos federales que limitan al órgano constituyente, a los alcances del poder constituyente de las Provincias en un Estado federal, la supremacía federal en cuanto limita al poder constituyente de las provincias, y a las disposiciones de instrumentos internacionales, en cuanto condicionen las resultantes del sistema.

Resumiendo lo expuesto, tenemos lo siguiente:

<u>MODALIDAD DEL PODER CONSTITUYENTE</u>	<u>TIPO DE LIMITACIÓN</u>		<u>EJEMPLO</u>
Derivado, o de reforma	<p><u>Meta Jurídica</u></p> <ul style="list-style-type: none"> • Ideológica • Material 	<p><u>Jurídica</u> (es de su esencia)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Interna <ol style="list-style-type: none"> 1. Procesal <ol style="list-style-type: none"> 1.1. Formal 1.2. temporal 2. Sustancial <ul style="list-style-type: none"> • Externa <ol style="list-style-type: none"> 1. Pactos federales 2. Supremac. Federal 3. Instrum. Internac. 	<ul style="list-style-type: none"> • <u>Límite interno jurídico procesal formal:</u> Caso del trámite a seguir para general el proceso constituyente en la Argentina • <u>Límite interno jurídico procesal temporal:</u> Caso de la especificación de un plazo por el que no se puede reformar la Constitución (Argentina entre 1853 y 1860) • <u>Límite jurídico interno sustancial expreso:</u> Caso de existencia de cláusula o contenido pétreo • <u>Límite jurídico autónomo sustantivo implícito:</u> La especificación de que el trámite de reforma debe requerir la modalidad democrático-participativa de actuación.

Nosotros agregaremos en este punto que para una cabal interpretación del problema, de la existencia de límites en el poder constituyente, hemos de separar su etapa de *primigeneidad*, de sus modalidades al momento de articular su *continuidad*.

Como se advierte de lo ya expuesto, el primer concepto debe ser estudiado por la ciencia política, la filosofía y la sociología, al constituir una

idea meta jurídica. El poder constituyente fundacional no es un elemento creado por el derecho, pero al instituir un sistema jurídico, el derecho constitucional debe circunstancialmente, estudiarlo.

Es en este contexto que nosotros abordamos su análisis, abrazando la conceptualización que propiamente ofrece Jorge Vanossi, cuando interpreta adecuadamente que el Poder Constituyente primigenio o fundacional es *poder* no por referirse a competencias o jurisdicciones del derecho, sino que es potestad en cuanto fuerza social o energía política.

Así, descartaremos las ambiguas e impropias definiciones de Poder Constituyente originario y derivado, para utilizar las de:

- Poder Constituyente fundacional (cuando hablamos de la creación de un sistema constitucional),
- Poder Constituyente reformador (cuando hablamos de modificación del sistema constitucional en modo acorde a las disposiciones del sistema)
- Poder Constituyente revolucionario (cuando hablamos del cambio de su estructura, sin seguir las pautas que orgánicamente ofrece el sistema constitucional para ello).

Ello así, pues no resulta conceptualmente claro estimar de donde deriva el poder constituyente derivado. Obsérvese que con específica referencia al poder constituyente de las Provincias en una federación, no alcanzamos a definir si es originario y de él derivan las sucesivas reformas provinciales, o si es derivado del orden federal, y de allí existen sucesivas derivaciones en el específico ámbito de las provincias.

Creemos que tal modo de clasificar, motiva una entelequia difícil de digerir al momento de interpretar el contexto del esquema en estudio. Aclara la cuestión Quiroga Lavié al sostener que el poder constituyente no puede ser consecuencia de las normas jurídicas, sino fuente de ellas.

Por ello enfatiza que carece de sentido distinguir entre poder constituyente originario y derivado.

Respecto del concepto *poder constituyente revolucionario*, este se sucede cuando - desde un punto de vista jurídico - las manifestaciones del poder constituyente no se ajustan a las reglas y condiciones estatuidas en el sistema constitucional vigente, quebrándose en consecuencia, la lógica de los antecedente.

Ello puede ocurrir por haberse generado vías de hecho, insertando insumos prohibidos en el sistema (caso del golpe de Estado) o por haber incurrido en alteraciones o demasías el órgano o los órganos encargados de la reforma (omisiones o extralimitaciones en el obrar de la Convención Constituyente).

Solamente en el segundo de los supuestos puede el Poder Judicial, en su rol moderador del sistema, habilitar por omisión la demasía constitucional. En tal caso, la extralimitación ú omisión se integrará al sistema.

Para el caso de ejercicio de poder constituyente revolucionario como consecuencia de la actuación de un gobierno de facto, ello no podría convalidarse en el sistema, tan siquiera por omisión del Poder Moderador, ya que opera en el punto en nuestro derecho la norma de defensa del orden constitucional y la vida democrática (art. 36 de la C.N.), que declara jusfundamentalmente prohibidos estos insumos como alimentadores del sistema.

Cabe también abordar ahora, teniendo en cuenta la forma federal de Estado en relación al territorio que adopta el sistema constitucional argentino, cuáles son las características que asume el poder constituyente en las provincias

No hay duda de que la federación argentina deja en poder de los Estados provinciales, cierto poder de autodeterminación constitucional. Aún así, debemos considerar que nuestro sistema constitucional se encuentra en constante funcionamiento armónico de todos sus componentes (para el caso, la federación y las provincias).

Por ello solo podemos hallar en las provincias un poder constituyente organizativo de sus Estados, aunque siempre condicionado y determinado por el orden federal reformador, expresado en la etapa de continuidad del sistema.

Es decir, que el poder constituyente de las provincias en un sistema federal no puede ser "originario" o "fundacional", porque las provincias son unidades componentes de otra estructura mayor que las abarcan (la federación). Su existencia jurídica se viabiliza (más allá de su preexistencia histórica o sociológica, declarada en el Preámbulo de la Constitución Argentina), por imperio del texto supremo federal.

Será entonces la Constitución federal la que determine la existencia y dimensiones del poder constituyente en las provincias, estableciendo además los límites adecuados para la coexistencia armónica cada provincia en el sistema constitucional.

Ello no obsta a que las provincias posean en la realidad, cierto nivel de determinación, que en el texto de 1853 (luego modificado en 1860) sometía al Poder Constituyente provincial a un control político que efectuaba el Congreso Federal antes de que el texto entrase en vigencia.

En la actualidad, y según lo dispone el texto supremo nacional, el poder constituyente de las provincias tiene las siguientes limitaciones:

1. Actuación dentro del marco de la democracia representativa y republicana
2. Concordancia con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional.
3. Garantizar su administración de justicia
4. Garantizar su régimen municipal
5. Garantizar la educación primaria
6. Garantizar las autonomías municipales

6.3.- La reforma de la Constitución Nacional Argentina: Análisis del articulado del texto fundamental.

El Poder Constituyente fundacional de nuestro sistema constitucional, puede válidamente situarse en 1853. Aún así, existen problemas respecto de la *calidad* de tal poder constituyente.

Para algunos autores (Germán Bidart Campos) el mismo fue abierto, ya que se cierra con el acto reformador de 1860, pues en tal circunstancia se integra la federación argentina con la incorporación definitiva de la Provincia de Buenos Aires a la misma

Otros (Carlos Sanchez Viamonte) sostienen que tal poder constituyente

fue múltiple, o sea, estiman que la etapa de primigeneidad del sistema se integró con las dos convenciones indicadas. En esta línea de pensamiento, sostiene Spota que un requisito para que la exteriorización del poder constituyente sea genuina (vigente), es el de la durabilidad y eso solamente ocurre si vinculamos la Constitución de 1853 con su reforma en 1860.

Nosotros creemos, siguiendo aquí a Vanossi, que el acto constituyente de 1853 se integró *en forma revolucionaria* con la reforma de 1860, ya que desde el punto de vista jurídico, esta primera reforma a la Constitución Nacional presenta todas las características de un acto de ejercicio revolucionario del poder constituyente originario, por no haberse adecuado a las reglas y condiciones que establecía el texto vigente al momento del cambio en el sistema.

Aclarado lo que antecede, hemos de analizar ahora las manifestaciones del poder constituyente reformador en el sistema constitucional argentino, al haber ya situado la etapa primigenia o fundacional del mismo.

Esta modalidad de ejercicio del poder constituyente encuentra su fuente en nuestro derecho constitucional, en lo dispuesto por el art. 30 del texto supremo vigente (sin cambios luego de operada la reforma constitucional de 1994.)

De allí deriva que nuestro sistema constitucional siga siendo ahora *rígido* aunque quizá hemos de dar razón a quienes enuncian con la reciente enmienda constitucional, el grado de tal rigidez se encuentra hoy atenuado por dos factores, a saber:

1. La débil contextura del actual sistema propugnado por la Constitución, que requiere contar con leyes especiales (también llamadas orgánicas) que otorgan al Congreso de la Nación la potestad de concluir el diseño de ciertas estructuras fundamentales de la Constitución (v.gr. Consejo de la Magistratura, Ministerio Público, Defensor del Pueblo) que sólo se consolidan a partir de la actuación de los poderes constituídos.
2. El otorgamiento de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, enunciados en el art. 75 inc. 22. De la Constitución Federal

Aún así, es indudable que pese al contexto de la reforma

constitucional, la redacción del art. 30 del texto fundamental nos presenta un sistema constitucional de indudable rigidez formal, tanto en lo que hace al *trámite* a seguir para producir la enmienda, cuanto a la indicación de un *órgano especial*, encargado de realizarla.

Dice el art. 30 de la Constitución textual:

Art. 30: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto

Esta modalidad de rigidez se patentiza desde que torna para ello al Congreso de la Nación en *órgano preconstituyente*, requiriendo la actuación de una *Convención Constituyente* para efectuar la reforma en sí.

6.4.- La cuestión de la existencia de "cláusulas" o "contenidos" pétreos en la Constitución: discusiones en doctrina.

Dando por sentado que el poder constituyente reformador implica una competencia reformadora excepcional o extraordinaria del sistema constitucional, creemos que este poder de reforma está en condiciones (si la constitución así lo prevé, ya que si no es así, estaríamos hablando de poder constituyente revolucionario), de producir tanto una modificación total cuanto una enmienda parcial del texto supremo.

Por tal razón, nosotros entendemos que:

1. el sistema constitucional, atento su carácter de abierto y democrático ya enunciado, no habilita implicitudes de las que deriven que alguna estipulación de su texto no pueda ser reformada
2. Resulta técnicamente poco propicio, y jurídicamente lesivo de la "movilidad y carácter democrático del sistema" regular en las Constituciones cláusulas o contenidos pétreos expresos
3. El sistema constitucional argentino, atento la formulación del art. 30 de la Constitución Nacional y sus concordancias, no regula expresamente contenidos pétreos, tampoco los tolera implícitamente, dada la formulación

de los arts. 33 y 43 de la Constitución Federal, ni impide la reforma total de la Constitución, por la vía dispuesta en el mencionado artículo 30.

Germán Bidart Campos es entre nosotros el principal cultor de la tesis de la existencia de contenidos pétreos en el sistema constitucional argentino.

Sin perjuicio de rescatar nosotros la vocación democrática del maestro al propugnar tal postura (ya que su intento es el de preservar las características esenciales del mismo), no creemos que tal posición pueda - en definitiva - generar las condiciones de continuidad democrática que según el distinguido jurista la petrificación ofrece al sistema.

Sostiene Bidart Campos en el punto, desde una posición jusnaturalista teísta, que si bien la Constitución no incluye en su texto cláusulas pétreas explícitamente establecidas, afirma que algunos de sus contenidos adquieren implícitamente tal carácter, por constituir ingredientes existenciales que identifican un modo existencial de ser.

Ellos serían:

- La democracia
- El federalismo
- La confesionalidad del Estado
- La reforma republicana de gobierno

Respecto de ellos, y aún teniendo presente que el artículo 30 de la Constitución textual indica que ella puede reformarse *en todo o en cualquiera de sus partes*, Bidart campos acepta la posibilidad de reforma de tales contenidos, aunque no la de supresión. O sea, que en el sentir del querido maestro, podríamos variar (como se lo hizo) la magnitud o grado de confesionalidad de nuestro Estado, por vía de reforma, aunque no podíamos pasar a ser un estado (por ejemplo) laico.

Aún así, asume el jurista argentino que al estar tales contenidos condicionados por la estructura social subyacente de nuestra comunidad, si ella cambia, el carácter pétreo indicado desaparecería también.

Pero de todas maneras, la argumentación nos sigue generando reparos, que sustancialmente se circunscriben a los siguientes:

- Respecto del contenido pétreo implícito, el sistema genera a partir de su existencia focos de incertidumbre respecto de quién los

determinará, y cuales son ellos, ya que su existencia dependerá de cada propugnador, o más propiamente, de su ideología.

- Respecto de los contenidos pétreos expresos, diremos que tales formulaciones conspiran contra el cambio pacífico y democrático del sistema constitucional. Ya que si desechamos la vía democrática del cambio, solo le queda a los propugnadores del mismo, el intento autocrático. Esto es, la vía revolucionaria del proceso reformador.

Finalmente, hemos de sostener aquí una reflexión esencial, derivada del desarrollo que antecede: la democracia es el único sistema que permite salir (democráticamente) de él. Por ello los espacios del sistema constitucional deben cuidarse día a día, a partir de su continua revitalización y transformación homogénea y participativa.

Aún reconociendo las buenas intenciones del maestro, creemos nosotros aquí, que el camino de la consolidación del sistema, pasa por homogeneizar sin dogmas, sin petrificaciones, con la recreación de los espacios participativos y la docencia democrática.

Como de alguna manera, también Bidart Campos nos ha enseñado desde su docencia cotidiana y ejemplo de vida: a partir del *pensar distinto* construiremos una sociedad realmente homogénea, consolidando así sus contenidos esenciales.

Sin necesidad de petrificarlos.

6.5.- El procedimiento de reforma a la Constitución Nacional: sus fases. La actuación de las Convenciones Constituyentes en el ciclo histórico argentino: composición, convocatoria, atribuciones, duración y límites.

Respecto al proceso reformatorio, estipulan por lo general los sistemas constitucionales tres fases o etapas para realizarlo, a saber:

- Fase de iniciativa: O de declaración. También llamada preconstituyente. En ella se establece que es necesario proceder a la reforma, se indican las cuestiones a reformar y se impulsa el proceso.

- Fase de revisión: o reforma propiamente dicha. Allí la reforma se lleva a cabo, o no, por el órgano indicado por la Constitución
- Fase ratificatoria: también llamada "de eficacia". En ella se ratifica la virtualidad del cambio, para que el mismo surta sus efectos

Nuestro sistema constitucional solamente regula en el orden federal dos de las tres etapas antes enunciadas: la de iniciativa y la de revisión, ya que no se estipula modalidad ratificatoria alguna del proceso de reforma, ni se lo requiere como requisito para su validez.

Respecto de la etapa de iniciativa, la Constitución se la encomienda al Congreso de la nación, que de este modo se transforma a estos fines, en órgano preconstituyente. No aclara la Constitución como debe trabajar el Congreso, ni cual ha de ser la forma de tal acto administrativo, limitándose a regular para ello un quórum de votos.

Ha sido en este sentido nuestro derecho espontáneo el que ha integrado esta omisión constitucional, e lo que se sigue que:

- El Congreso cumple este rol actuando con cada una de sus cámaras, por separado
- La coincidencia de ambas cámaras, implica la generación del consenso que el sistema requiere para declarar la necesidad de reforma

Respecto de esta segunda cuestión, ella ha merecido un interesante debate en doctrina, ámbito en que se ha discutido si el acto declarativo de necesidad de reforma tiene naturaleza legislativa, o de otro tipo.

Cierto sector sostiene esa posición, y por lo tanto, afirma que la declaración de la necesidad de la reforma constitucional debe necesariamente instrumentarse por medio de una Ley del Congreso. Para tal caso, el proceso debería necesariamente guardar las pautas instrumentales que la propia Constitución prevé respecto del trámite de formación y sanción de las leyes, y además, podría ser vetada.

Aún cuando en el tránsito del sistema constitucional argentino siempre la declaración de necesidad de reforma se instrumentó por vía de un acto legislativo (Ley, o Decreto-Ley en supuestos de gobiernos de facto en que

generaron procesos reformadores), creemos nosotros siguiendo aquí al maestro Bidart Campos, que al tener el acto de declaración de necesidad de reforma carácter y naturaleza política, el mismo es *preconstituyente* y no legislativo.

Por ende y desde la técnica constitucional, no debiera tomar el carácter de un acto legislativo, sino emitirse como una declaración por parte de las cámaras del Congreso, respetando el quórum de votos que la Constitución especifica a tal fin. Ello consolida además la imposibilidad de veto del Ejecutivo respecto de tal acto.

De todas formas, si es que el Congreso de la nación, en su rol preconstituyente decide instrumentar tal acto de declaración de necesidad de reforma con la vestimenta legislativa, no hay duda de que no podrá obviar seguir los trámites que a tal fin dispone el texto fundamental para la formación y sanción de las leyes, con el riesgo de motivar un válido veto presidencial del acto.

En suma, es éste un acto político cuya decisión y responsabilidad incumbe al poder de Estado a quién la Constitución encomienda su dictado.

Otro problema que ha suscitado la norma constitucional en este punto, es el referido a cual es el modo de computar el quórum especial exigido por la Constitución (dos terceras partes, al menos, de sus miembros).

La pregunta es ¿sobre qué total de miembros de adopta el quórum constitucional?. Ello merece al menos, tres respuestas posibles, a saber:

1. Sobre el total completo de miembros de cada cámara del Congreso
2. Sobre el total de miembros "en ejercicio" de cada cámara del Congreso.
3. Sobre el total de miembros "presentes" de cada cámara del Congreso.

Creemos nosotros, que aún para el caso de que las dos cámaras del Congreso sesionaran a tal fin reunidas en asamblea, el quórum constitucional para declarar la necesidad de la reforma del texto fundamental, debe integrarse por las dos terceras partes del total de los miembros de cada cámara, ya que como bien dice Bidart Campos, cada vez que la Constitución ha querido que un quórum en particular se determine sobre los miembros presentes, así lo ha indicado expresamente.

Y ello no sucede en el art. 30, lo que se compadece con el grado de

rigidez que nuestro sistema constitucional posee.

También puede el Poder Legislativo en su rol preconstituyente, fijar un plazo al órgano reformador, que es la Convención a la que luego nos referiremos. Ello no siempre ha sucedido, pero para el caso de estipularse, el mismo debe ser cumplido por la Convención.

Otra cuestión que fue objeto de controversia - esta vez en el marco del proceso reformador de la Constitución nacional en 1994 - es la referida a cuál es el marco de competencia que posee el Congreso de la nación, al momento de establecer el temario de la reforma.

Ello pues en el proceso gestado por la Ley 24.309, se dispuso, respecto de un núcleo temático que se denominó "de las coincidencias básicas" fruto de un acuerdo entre los dos partidos políticos mayoritarios en ese entonces (U.C.R. y Partido Justicialista), que el mismo debía votarse en la Convención sin posibilidad de división temática (en bloque) y por la afirmativa o la negativa.

La ley de declaración de necesidad de reforma a la Constitución Nacional, resultó ser la plasmación jurídica del *hecho político* que significó el denominado "Acuerdo de Olivos", y es de destacar que su contenido ha ratificado el concepto de "soberanía limitada" que deben detentar las Convenciones que son llamadas a provocar una reforma parcial de la Constitución Nacional.

Así, tratándose - como se trató - de un caso de poder constituyente reformador no revolucionario, resulta ser la propia Carta Magna la que a la postre, impone las características y modalidad del cambio.

En el caso, fue ardua la discusión referida a las fuertes pautas de limitación que el Congreso impuso en su rol preconstituyente a la Convención Reformadora, al definir un modo específico de votación respecto de una cantidad de puntos, a los que genéricamente se denominó " el núcleo de las coincidencias básicas".

Tal estructura jurídica resultó ser la previsión técnica que permitió asegurar el cumplimiento del acuerdo habido entre radicalismo y justicialismo a modo de estrategia bipartidista que indicó (como se dijo), *la votación conjunta obligatoria* de los contenidos que lo integraban, de modo tal que el voto afirmativo, aprobaría toda la cuestión, y el voto negativo, la desecharía también en su totalidad. El acuerdo implicó también la prohibición de alteración de la parte dogmática de la Constitución, sin perjuicio de que existieron 16 temas de libre tratamiento.

Tal <i>novedad</i> meritúa una toma de posición: entendemos que el
--

Congreso, en su rol " preconstituyente" puede condicionar a la Convención, y también creemos que la manera de condicionamiento que se eligió en esta oportunidad, fué un " corset" demasiado ajustado. Pero la Convención poseía la última palabra, pues tenía la potestad de negar tal cambio constitucional, votando negativamente a los contenidos del núcleo de coincidencias básicas.

Hubiésemos preferido menos condicionamiento, y más libertad para el tratamiento temático. Evidentemente la situación política de la Argentina en 1994 no lo permitió. Pero de ello no derivamos la ilegitimidad del proceso, sino más bien marcamos la circunstancia real de que el último cambio del sistema constitucional argentino producido en este milenio, se gestó en un acentuado marco de decadencia ética y moral de la sociedad que lo generó.

En relación a la etapa de reforma en sí, ella es encargada en nuestro derecho, a un órgano distinto, que no por ello deja de ser constituido y limitado por el sistema constitucional.

Este órgano *ad hoc* se llama convención reformadora, quien ejerce en la circunstancia el poder constituyente reformador. El juego armónico del sistema indica la necesidad de precisar (aunque el texto constitucional no lo diga) que sea el cuerpo electoral el que deba ser convocado para elegir a los convencionales constituyentes.

Sostiene Bidart Campos que aún así, el Congreso podría arbitrar otra modalidad de selección de los convencionales (por ejemplo, determinar en forma directa quienes serán los Convencionales).

Diremos para concluir este punto que el derecho a la autodeterminación constitucional, a integrar el sistema constitucional, es básicamente, derivado de la soberanía popular, así que más sustancialmente democrático será el sistema en la realidad, cuanto más cerca haya estado el pueblo de la conformación del mismo.

Para el caso en que el Congreso hubiese estipulado un plazo para que la Convención desarrolle su tarea, expirado el mismo, esto genera la automática disolución de la Convención. Creemos aún así, que el Congreso podría, a pedido de la propia Convención, prorrogar razonablemente tal período. Lo que no resulta admisible en este caso es la próroga automática de un plazo vencido.

Si por el Contrario, el Congreso no estipula plazo, es la Convención la que lo estimará (siempre sujeta a la regla constitucional de la razonabilidad)

¿Cuales son los límites de las convenciones reformadoras?

1. Para quienes propugnan su existencia, los contenidos pétreos
2. El temario, y las condiciones de votación que el Congreso fijó en su rol preconstituyente.
3. El plazo, si es que el Congreso lo fijó

Respecto del temario y las condiciones de votación, cabe aclarar que la Convención tiene autonomía dentro del marco de su propia competencia. Con ello queremos decir que la Convención podría no tratar alguno de los temas que le indicó el Congreso, pero no podría tratar algún tema ajeno a los indicados por el Poder Legislativo.

Es ejemplificativo el caso de la Convención Constituyente de 1994, que no podía votar el "núcleo de coincidencias básicas", sino en bloque y por la afirmativa o negativa, pero podía tratar o no los temas habilitados para debate.

Con lo dicho rechazamos que las Convenciones Constituyentes pudiesen ser consideradas como "soberanas". Si ello allí sucediera, habría interversión de título, y el poder reformador se tornaría en revolucionario.

Respecto de la composición de las Convenciones, sólo en una ocasión el sistema constitucional argentino utilizó el criterio igualitario. Fue en 1853, en que la misma se integró por dos representantes por provincia. De allí en más, el utilizado fue el criterio proporcional.

La Convención reformadora de 1994 se integró con igual número que el total de legisladores que el distrito Capital y las provincias envían al H. Congreso de la Nación

6.6.- Las reformas de 1860, 1866, 1898, 1949, 1957, 1972 y 1994. Sus contenidos y alcances.

La Convención "ad hoc" de 1860: Esta fue la primera que modificó el sistema constitucional argentino, con la peculiaridad de que lo hizo en ejercicio de un poder constituyente revolucionario, toda vez que no se atuvo a las previsiones del art. 30 de la ley fundamental que le tocaba reformar, sino a las disposiciones del Pacto de San José de Flores (11 de noviembre de 1859) con el que se selló la incorporación de la Provincia de Buenos Aires al Estado de la nación Argentina.

En realidad, la única norma constitucional que en ese entonces se aplicó,

es la referida al número de convencionales por cada provincia (se dejaba de lado el sistema del acuerdo de San Nicolás para la elección de diputados de la Convención de 1853, como se dijo, adoptándose por analogía con el Congreso, el criterio de la representación proporcional)

El 5 de enero de 1860 comenzó a deliberar la Convención porteña, revisora de la Constitución Nacional, conforme lo pactado en el "acuerdo". En ella, surgen dos posiciones antagonicas :

- Los Convencionales que exigen las reformas dentro del espíritu que anima a Buenos Aires desde el 11 de setiembre (MITRE, ALSINA, VELEZ SARFIELD, SARMIENTO, JOSE MARMOL, PASTOR OBLIGADO, RUFINO DE ELIZALDE).
- Los Convencionales que proponen la incorporación lisa y llana de la Provincia a la Confederación, sin condicionar este paso a las reformas (BERNARDO DE IRIGOYEN, MARCELINO UGARTE, FELIX FRIAS y ROQUE PEREZ)

Finalmente, la mayoría se pronuncia en favor del "mitrismo", decidiéndose - en consecuencia - la reforma constitucional. La comisión encargada del plan de reformas, trabajó desde el 6 de febrero y hasta el 3 de abril, fecha en que el dictamen es puesto a consideración de la Asamblea.

Las reformas tendieron, sin lugar a dudas, a afirmar la autonomía provincial, con otros aditamento de importancia menor, que le dieron cauce definitivo a nuestro texto constitucional. Con duras críticas a la labor de los Convencionales de 1853, el miembro informante (VELEZ SARFIELD) presentó el proyecto a consideración de la Asamblea

Según indica José María ROSA, en 40 días se debatieron las reformas a las que nadie se opuso verbalmente, siendo que los convencionales federales se limitaban a votar en silencio, por la negativa.

Un grupo "conservador", con FRIAS a la cabeza, propuso un artículo estableciendo al catolicismo como religión oficial, que fue rechazado. La comisión encargada del estudio de las reformas, quedó integrada con: Velez Sarsfield, Mitre, Sarmiento, Obligado y Mármol. Sus trabajos quedaron registrados en ocho ejemplares de *"El Redactor de la Comisión Examinadora"*, correspondientes a otras tantas sesiones habidas. Se trató, en definitiva, de 25 reformas, comprendiendo el agregado de 3 artículos nuevos

La misma comisión, se encargó de señalar, pese a los iniciales dichos de VELEZ, que había seguido un método "esencialmente conservador y

experimental", conteniendo "solo" las reformas absolutamente necesarias, las que tienen ya "la sanción de la experiencia, o eran consecuencia del Pacto de noviembre.

A raíz de estas reformas, el texto fue objeto de: supresiones, sustituciones y agregados, según el siguiente detalle:

Se eliminó el art. 51, que reservaba al Senado la iniciativa de reforma constitucional, y en la atribución del Congreso para revisar las Constituciones Provinciales, y efectuar juicio político a los Gobernadores de Provincias, como la competencia que se otorgaba a la Corte Suprema de Justicia para entender el los conflictos entre Poderes de una Provincia.

Se eliminó además la facultad del P.E.N. para decretar Estado de Sitio, aún encontrándose en sesiones el Congreso, por solo 10 días, y restricciones en los Ministros del P.E.N. para tomar decisiones sin el consentimiento presidencial. También se suprimió la determinación de un número fijo de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Las circunstancias impusieron que se dejara sin efecto el plazo de DIEZ AÑOS a los fines de declarar la necesidad de reforma constitucional, dispuesto en el art. 30.

Respecto de las sustituciones, y según enseña Padilla, la más explicable es la referida al cambio del art. 3ro, a fin de que Buenos Aires no quedara automáticamente como Capital de la República. Se modificó también, ampliándose, al art. 6to. permitiendo una aplicación de la intervención Federal que evidentemente, desvirtuó el principio Federal que la informó, en 1853. La sustitución del art.86, obedece a motivaciones técnicas (se concordó el texto con la Constitución norteamericana).

Respecto de los agregados, las *palabras intercaladas* tendieron a afirmar la uniformidad de las aduanas, limitando hasta 1866 los Derechos de Importación. En otros casos, tendieron a conseguir que los Diputados y Senadores estuvieran consustanciados con las Provincias a las que representaban (requisito de la residencia). Fue importante el agregado, luego reflejado en la Ley Nro.346, referido al principio de la "ciudadanía natural"

Se agregaron cuatro artículos nuevos (32 a 36). El primero mencionado, tendió a reafirmar el principio de la libertad de imprenta, alejando la acción del Gobierno Federal sobre ella.

El segundo, referido a derechos no enumerados (autoría de SARMIENTO), refleja el contenido de la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos. Fue posteriormente repetido y ampliado en la totalidad de las constituciones provinciales, y habilitó la incorporación de nuevos derechos a la

Constitución, por medio - principalmente - de la interpretación dinámica que hizo de él, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El tercero tuvo una motivación puramente práctica, ya que como manifestó VELEZ SARSFIELD en la sesión del 1ro. de mayo de 1860, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Paraná no tenían nada que hacer, y aceptaban ser miembros del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos. Tal situación resulta actualmente anacrónica, pues ningún juez del alto tribunal, o aún de otro, podría alegar "poco trabajo" en su despacho.

El cuarto, propuesto en la última sesión por SARMIENTO tiene importancia, no sólo por las motivaciones históricas que le informaron, sino porque además reserva el de "Nación Argentina" para la formación y sanción de las Leyes.

Todas las reformas anunciadas quedaron incorporadas al texto aprobado por la Convención Nacional "Ad-Hoc". La Constitución, que fue firmada el 1ro. de mayo de 1853, quedó "concordada" el 25 de setiembre de 1860.

La tarea de referencia, fue realizada por Dalmacio VELEZ SARSFIELD.

La Convención Nacional de 1866. Aquí fue en realidad preponderante la labor preconstituyente del Congreso, ya que en este ámbito se establecieron las reglas de que las Convenciones son soberanas, pero dentro de la órbita de competencia que les asigna el Congreso, y se indicó también la regla de los límites a la competencia reformadora de la Convención

Una característica de esta Convención reformadora es que cumplió su cometido según las previsiones formales de la ley de convocatoria, definiéndose allí también el criterio de que la actuación de las Convenciones no está sujeta a ninguna modalidad de ratificación ulterior.

Los cambios se limitaron al examen del art. 4º y del entonces art. 67 inc. 1º en la parte referida a los derechos de exportación.

La Convención Nacional de 1898: la ley de convocatoria precisó cuidadosamente las reformas a introducir: número de habitantes base para la elección de diputados al Congreso Nacional, regulación referida al número de ministros del Poder Ejecutivo y el art. 67 inc. 1º en cuanto establecía la instalación de aduanas libres en los territorios del sur de la república.

En esta Convención se enfatizó que el cuerpo no está obligado a reformar todos los puntos que se someten a su consideración, y que ella no tenía mayor competencia que la indicada en el objeto de su convocatoria.

La Convención Nacional de 1949: Esta reforma fue convocada en un modo tan amplio que ha sido considerada para un importante sector de la doctrina como un supuesto de reforma total de la constitución.

Si bien no modificó la estructura básica de la Constitución, la impregnó de un profundo contenido social y económico, girando en relación a los derechos sociales, a la función social de la propiedad y a la regulación de las fuentes de energía por parte del Estado.

Se mantuvo en vigor desde su proclamación y hasta su supresión por la proclama de la denominada Revolución Libertadora de 1955.

Fue objeto desde su gestación, de múltiples objeciones de inconstitucionalidad.

Cabe aclarar que entre sus normas transitorias, incluyó las siguientes:

1. la necesidad de juramento de la nueva Constitución por parte de todos los ciudadanos que ejercían la función pública, sancionando la falta de cumplimiento de esa obligación con la pérdida del cargo
2. Necesidad de solicitar nuevo acuerdo senatorial para todos los jueces, embajadores y ministros en ejercicio y demás funcionarios para quienes las leyes exigían tal requisito en su nombramiento (puesta "en comisión" de determinados funcionarios)
3. Autorizar a las legislaturas provinciales a adaptar sus constituciones a la recientemente reformada (transformaron a los órganos legislativos comunes en órganos constituyentes)

La Convención Nacional de 1957: Se llevó a cabo sobre el texto de la Constitución de 1853. Aunque la Convención reformadora fue electa popularmente, tuvo igualmente serios vicios de legitimidad, a saber:

1. La convocó un gobierno de facto
2. Existió proscripción del justicialismo, (que entonces era fuerza política mayoritaria, y pese a ello, no pudo presentarse a elecciones)
3. La Convención se desintegró antes de concluir su trabajo, no respetando ni su plazo ni su temario.

Como resultado del funcionamiento de esa híbrida convención solo nos queda el art. 14 "bis" que incorporó en forma irregular al texto supremo los denominados "derechos sociales" (del trabajo, de los gremios y de la seguridad social). Y modificó el artículo 67 inc. 11.

La Convención Nacional de 1972: Se trató de una enmienda transitoria destinada a intentar reencauzar jurídicamente la vida política luego de la retirada del gobierno de facto, que usurpó el poder en Argentina entre 1966 y 1973. De todas maneras su vigencia fue interrumpida por el advenimiento del sangriento golpe de Estado de 1976.

Fue totalmente realizada por el gobierno de facto que la convocó, y reincorporó (como también lo había hecho la fallida reforma de 1949), la elección directa de Presidente y Vicepresidente, con "doble vuelta"

La Convención Nacional de 1994: Luego de variados e infructuosos intentos de reforma constitucional, sucedidos a partir del año 1983, tanto durante el gobierno del Dr. ALFONSIN como durante el gobierno del Dr. MENEM, el Decreto Nacional Nro.2754¹ ratifica un camino irreductible hacia la ansiada enmienda, en el marco de la ley Nacional precedente, génesis de su dictado, que llevó el Nro. 24.309²

No hemos de olvidar aquí, a los fines de la crónica, la *discutida y discutible* convocatoria a consulta popular voluntaria, implementada por Decreto del P.E.N. Nro.2181³ y dejada sin efecto, antes de su realización, en los albores del denominado "*Pacto de Olivos*", también por Decreto del P.E.N. Nro.2393⁴

Así, historiando acerca de los antecedentes de producidas y frustradas convocatorias a reforma de la Constitución Nacional, cabe mencionar los siguientes:

<u>ACTO LEGISLATIVO</u>	<u>CIRCUNSTANCIA POLÍTICA LEGISLADA</u>
Ley 254	Convención "Ad Hoc" de 1860
Ley 171/172	Convención reformadora de 1866

1 30/12/93, Publ. 1/4/94

2 EDLA 1994,Bol,5-13, Sanc. 29/12/93, Promulgación 31/12/93

3 22/10/93, Publicación 26/10/93

4 15/11/93, Publ. 16/11/93

Ley 1030	Proyectada (y no realizada) reforma constitucional de 1881
Ley 3057	Convención reformadora de 1898
Ley 13.322	Convención reformadora de 1949
Ley 13.262	Dispone la realización simultánea de la elección de Convencionales para la reforma constitucional y la de Diputados Nacionales para llenar vacantes extraordinarias y de electores de Senador por la Capital Federal
Dec. Nacional 29.146/48	Fija el día 5 de diciembre para que se realicen elecciones de Convencionales para la reforma constitucional de 1949.
Ley 14.404	Frustrada convención reformadora de 1955
Ley 14.424	Amplía el término de la Ley Nacional 14.404 para la convocatoria a Convencionales Constituyentes
Dec. Nacional 3838/57	Convención reformadora de 1957
Dec. Nacional 4300/57	Convocatoria para la elección de Convencionales Constituyentes
Dec. Nacional 6809757	Número mínimo de candidatos a Convencionales Constituyentes
Ley Nacional 16.808	Convención reformadora (de facto) de 1972
Dec. Nacional 2466/85	Crea el Consejo para la Consolidación de la Democracia (que emitió dos dictámenes en referencia a la reforma de la Constitución)
Ley Nacional 24.309	Convención reformadora de 1994
Ley Nacional 24.430	Integra irregularmente la reforma constitucional de 1994 agregando el denominado "artículo perdido"

Retornando al proceso de 1994, resulta evidente que el Gobierno nacional intentó generar a "toda costa" el acuerdo necesario para el *básico consenso* que la reforma de la Constitución Nacional requiere. Y finalmente, lo consiguió.

En principio cabe preguntarse, a esta altura del desarrollo, Por qué consenso?

Bueno, porque como ya explicamos antes, el propio artículo 30 de la Carta Magna así lo requiere, cuando indica que la *necesidad de reforma* debe ser declarada por el Congreso, con el voto de sus *dos terceras partes*.

No abriremos aquí debate acerca de cuál es la mayoría que se requiere para acceder a tal importante habilitación, circunstancia que ha merecido a lo

largo de nuestra historia constitucional, variadas respuestas, según el correr de los tiempos históricos y políticos, y sobre la cual hemos profundizado párrafos más arriba, pero no cabe duda - al menos a los fines de este desarrollo - de que aún la interpretación más permisiva (dos terceras partes de los miembros presentes de ambas cámaras legislativas), implica la generación de un necesario *consenso* para habilitar el cambio de nuestro texto fundamental, que *formalmente* debe generarse en el Congreso.

Y la intención del Gobierno Federal fue, en todo momento, la de *generar tal consenso*, y así lo explicitó, en su tiempo, al emitir los considerandos del Decreto Nacional Nro.2181 de Convocatoria a Consulta Popular no vinculante, cuando enunció que:

"existe el convencimiento de que esa reforma debe concretarse con consenso[...] y que para una reforma de tanta trascendencia no es posible entender por "consenso" el acuerdo a que puedan arribar los dirigentes de las diversas corrientes políticas, aunque estos ejerzan la representación del pueblo"

Enfatizando tal argumentación interpretó el P.E.N. que es coherente con nuestro sistema de gobierno, propender a la participación de la ciudadanía en la toma de una decisión caracterizada por su trascendencia, como es la *modificación de la Constitución Nacional*, intentando entonces canalizar esa participación del Pueblo a través de la mentada consulta popular, que invitaría a la ciudadanía a expresarse por sí o por no a la enmienda, y en caso afirmativo, en qué momento debería llevarse a cabo.

Cerraban los considerandos de tal Decreto Nacional, por el mes de setiembre de 1993, indicando que la modalidad propuesta tenía por fin, el hecho de que los cuerpos *constitucionalmente habilitados para tomar la decisión, lo hiciesen con el debido conocimiento de la opinión popular*

En fin, sin perjuicio de tomar partido al respecto de tal convocatoria, refiriendo su *"dudosa constitucionalidad"*, cabe enunciar que su finalidad, pretendidamente garantista de una posición que privilegie la participación popular, *aún consultivamente*, como termómetro previo a la toma de decisión política por parte del órgano competente, *tampoco fue cumplida*.

De ello dio cuenta la fundamentación del dictado del Decreto Nacional Nro. 2393, del 15/11/93, en cuanto *suspende* tal consulta por la existencia de

una solicitud de la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista en tal sentido, con fundamento en la posibilidad cierta de establecer coincidencias nacionales sujetas a aprobación popular mediante la convocatoria a elecciones de Convencionales Constituyentes, aclarando que tales fuerzas políticas constituyen las dos primeras minorías de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, y también del Honorable Senado de la Nación.

Por lo tanto, el pueblo no fue consultado al efecto. Pero obviamente, la "convocatoria a Consulta Popular" generó sus efectos. El "Pacto de Olivos" constituyó, a su modo, la "Moncloa" argentina.

Lo que antecede no ha sido ocioso, sino por el contrario, en nuestro sentir, claramente demostrativo de la naturaleza política que una reforma constitucional posee. Ello así, pues todo lo posteriormente acordado por Ley del H. Congreso Nacional (aun con su evidente error de factura y concretamente, la actuación de la Convención Nacional Constituyente convocada a tal fin, se encontró acotado y enmarcado por tal acuerdo político previo, generado hábilmente por el Poder Ejecutivo Nacional, negociando y presionando a la vez a la oposición política, para acceder al fin querido, para muchos, y sin ambages, la consecución de la posibilidad de reelección inmediata del actual presidente de la República.

Así, la relación de Convencionales, fue la siguiente, de conformidad a lo dispuesto por Decreto Nacional Nro.2754: Capital Federal (27), Buenos Aires (72), Catamarca (7), Córdoba (20), Corrientes (9), Chaco (9), Chubut(7), Entre Ríos (11), Formosa (7), Jujuy (8), La Pampa (7), La Rioja (7), Mendoza (12), Misiones (9), Neuquén (7), Río Negro (7), Salta (9), San Juan (8), San Luis (7), Santa Cruz (7), Santa Fe (21), Santiago del Estero (9), Tierra del Fuego (7), Tucumán (11).

También, según la ley de declaración de necesidad de reforma constitucional, la elección de Convencionales Constituyentes se estableció en forma directa (sistema D'Hont), la edad mínima para serlo fue de 25 años cumplidos, 4 años de ciudadanía en ejercicio, debiendo ser natural de la Provincia que lo elija, o con dos años de residencia inmediata en ella.

La incompatibilidad del cargo solo se relacionó con la pertenencia del candidato al Poder Judicial de la Nación o de las Provincias.

Tuvo también la Convención lugar determinado para sesionar (las ciudades de Santa Fe y Paraná) y plazo para cumplimentar su cometido (noventa días a partir de la fecha de su instalación, que fue de sesenta días posteriores a las elecciones generales de Convencionales Constituyentes).

De esta manera cumplimentó el P.E.N., con el dictado de este Decreto,

con la manda del art. 8vo. de la ley Nro. 24.309, convocando a elecciones de Convencionales Constituyentes para el día 10 de abril de 1994 (art. 1ro.) y adoptando los mecanismos necesarios para armonizar la convocatoria con el acto comicial ordenado, tanto para la Capital Federal como para cada una de las Provincias.

Se dispuso a esos fines (art. 4to.) que en las Provincias en que se concurriera en forma simultánea a elegir Convencionales Constituyentes para la reforma de las respectivas Constituciones provinciales, ambas secciones de boletas debían ir separadas entre sí, por medio de líneas negras, que permitiesen el doblar del papel.

En definitiva, y a partir de la actividad desplegada y reseñada, se configuró (no sin reales tropiezos y fundadas impugnaciones), el camino definitivo hacia la *reforma parcial de nuestra Constitución Nacional* que, como hecho de la realidad, no deja de tener una genuina *connotación histórica*.

A partir de lo antes relatado, y descartada ya la convocatoria a consulta popular, el Poder Legislativo de la Nación, declaró la *necesidad de la reforma constitucional* en el marco del dictado de la Ley Nro.24.309

- Cabe indicar aquí que según creemos nosotros, la Ley Nro. 24.309 ha sido dictada en violación al procedimiento de formación y sanción de las leyes establecido por la Constitución, antes de su reforma en 1994, ya que en este caso, el Senado debió volver a girar el proyecto que le remitiera Diputados, y al que le introdujo una modificación, rechazando la reducción del plazo de duración de sus mandatos. De todos modos, la situación anómala fue *convalidada* por actuación de la regla de la habilitación constitucional, en Autos CSJN POLINO, Héctor y otro c/PEN, abril 7-1994, LL. 1994-C-291. Se recomienda la lectura de tal fallo y el posterior "ROMERO FERIS, Antonio c/PEN s/Amparo" julio 1-1994 por el que se convalida la actuación de la Convención Constituyente Nacional al dictar su reglamento. En particular, es relevante a nuestro criterio la postura asumida en ambos casos por el Ministro disidente FAYT.

Los contenidos de la reforma constitucional de 1994, pueden ser desgranados en los siguientes ítems:

a) Las propuestas globales de la ley de convocatoria: Sobre la base de lo dispuesto en el "núcleo de coincidencias básicas" y "temas habilitados por el Congreso nacional para su debate por la Convención Constituyente", el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones *preconstituyentes*, ha configurado dos modalidades de trabajo posibles para la Convención Constituyente.

La primera, referida al "Núcleo...", indica expresamente que los temas allí incluidos deben ser votados en bloque, y por la afirmativa o negativa

Ello implicaba que de votarse (como se votó finalmente) *por la afirmativa* , la totalidad del "Núcleo..." sería incorporado a la Constitución Nacional, y de votarse *por la negativa* se hubiese mantenido en estos aspectos, el texto hoy vigente.

El "Núcleo..."se integró con los siguientes temas:

- A) Atenuación del sistema presidencialista.*
- B) Reducción del mandato del Presidente y Vicepresidente de la Nación a cuatro años, con reelección inmediata por un solo período, considerando al actual mandato presidencial como un primer período.*
- C) Coincidentemente con el principio de libertad de cultos, se eliminará el requisito confesional para ser Presidente de la Nación.*
- D) Elección directa de tres Senadores, dos por la mayoría y uno por la primera minoría, por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, y la reducción de los mandatos de quienes resulten electos.*
- E) Elección directa por doble vuelta del Presidente y Vicepresidente de la Nación.*
- F) La elección directa del Intendente y la reforma de la ciudad de Buenos Aires.*
- G) Regulación de la facultad presidencial de dictar reglamentos de necesidad y urgencia y procedimientos para la agilización del trámite de discusión y sanción de las leyes.*
- H) Consejo de la Magistratura.*
- I) Designación de los Magistrados Federales*
- J) Remoción de los Magistrados Federales*
- K) Control de la Administración pública*
- L) Establecimiento de mayorías especiales para la sanción de leyes que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos.*
- M) Intervención Federa*

Respecto de la segunda modalidad de trabajo indicada a la Convención Constituyente, que se reunió a partir del 25 de mayo de 1994 en Santa Fe, ella refiere a una cierta cantidad de temas que fueron *habilitados* por el Congreso Nacional para el debate en tal sede, y que a continuación se indican:

- A) Fortalecimiento del régimen federal*
- B) Autonomía municipal.*
- C) Posibilidad de incorporación de la iniciativa y de la consulta popular como mecanismos de democracia semidirecta.*
- D) Posibilidad de establecer el acuerdo del Senado para la designación de*

ciertos funcionarios de organismos de control y del Banco Central, excluida la Auditoría General de la Nación.

- E) Actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los arts. 67 y 86 respectivamente, de la Constitución Nacional.*
- F) Establecer el Defensor del Pueblo.*
- G) Ministerio Público como órgano extra-poder*
- H) Facultades del Congreso respecto de pedidos de informes, interpelación y comisiones de investigación.*
- I) Institutos para la integración y jerarquía de los Tratados Internacionales.*
- J) Garantías de la democracia en cuanto a la regulación constitucional de los partidos políticos, sistema electoral y defensa del orden constitucional.*
- K) Preservación del medio ambiente*
- L) Creación de un consejo económico y social con carácter consultivo.*
- LL) Adecuación de los textos constitucionales a fin de garantizar la identidad étnica y cultural de los pueblos indígenas.*
- M) Defensa de la competencia, del usuario y del consumidor.*
- N) Consagración expresa del habeas corpus y del amparo.*
- O) Implementar la posibilidad de unificar la iniciación de todos los mandatos efectivos en una misma fecha.*

Aclara luego el art. 6to de la ley Nro. 24.309, que serán *nulas de nulidad absoluta* todas las modificaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida por los arts. 2 y 3.

En definitiva, el marco de prohibiciones estatuido por el Congreso en la Ley de declaración de necesidad de la reforma constitucional, fue el siguiente:

- A) veda de votación de los temas incluidos en el art. 2do. de otro modo que no fuese EN BLOQUE y por la AFIRMATIVA o NEGATIVA*
- B) Veda de realizar modificaciones, derogaciones y/o agregados, APARTANDOSE DE LA COMPETENCIA establecida en los arts. 2 y 3 de la Ley*
- C) Prohibición de introducir MODIFICACION ALGUNA a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el capítulo único de la Primera Parte de la Constitución.*

b) El trabajo de la Convención Nacional Constituyente: Señalado que fue

con precisión el marco de actuación de la Convención Constituyente, y luego de reunida esta última en Santa Fe se generó una discusión acerca del carácter vinculante o no de algunas de las disposiciones de la ley de convocatoria, lo que se resolvió de algún modo, en forma salomónica, pues sin expedirse sobre la idoneidad del dictado de la ley por parte del Congreso de la Nación, la Convención Constituyente, al votar su reglamento, hizo suyas las pautas de la controvertida ley de convocatoria, legitimando así el accionar del grupo "pactista"

Las autoridades de la Convención, según lo resuelto por ella en su sesión del 25 de mayo de 1994, fueron las siguientes:

- **PRESIDENTE :** *Eduardo Menem*
- **VICEPRESIDENTE:** *Alberto R. Pierri*
- **VICEPRESIDENTE 1ro:** *Ramón B. Mestre*
- **VICEPRESIDENTE 2do:** *Fernando Solanas*
- **VICEPRESIDENTE 3ro:** *Roberto A. Etchenique*
- **VICEPRESIDENTE 4to:** *María Cristina Guzmán*
- **SECRETARIOS:**
- **Secretario Parlamentario:** *Edgardo René Piuzzi*
- **Secretario Administrativo:** *Juan Estrada*
- **Secretario de Coordinación operativa:** *Luis Brasesco*

El tratamiento del reglamento de la Convención Nacional Constituyente, se realizó entre el 30 de mayo de 1994 y hasta el 9 de junio de 1994. La aprobación en general se efectuó el 8 de junio, y en particular, el día 9 de junio. Una vez aprobado el reglamento, se comenzó el trabajo de las diversas "comisiones" que evaluaban, agrupados temáticamente, a los diversos proyectos ingresados

Tratados los temas en las respectivas comisiones, ellas giraban sus dictámenes a la de "Redacción" que luego de la revisión pertinente, la remitía al Recinto para su final debate.

Todas las formulaciones, luego de tratadas en la Comisión de Redacción, retornaron al Recinto a fin de su público debate y aprobación o rechazo.

Dentro de tal marco normativo, es que se discutió la reforma a la Constitución Nacional, que finalmente, se plasmó en el texto definitivo, dado en la Sala de sesiones de la ciudad de Santa Fe, a los 22 días del mes de agosto de 1994, y que tuvo que ser (irregularmente) integrado luego por la Ley 24.430.

6.7.- Una peculiar doctrina: la viabilización de las "mutaciones constitucionales" en el derecho constitucional argentino. Nuestra posición.

La "mutación constitucional" puede ser conceptualizada como un cambio en la normalidad del sistema constitucional, que - por sus efectos - afecta a su normatividad.

La mutación constitucional podría también ser concebida como una variante de lo que conocemos como la costumbre constitucional.

Si bien este tipo de situaciones no pueden ser negadas como insumos (no queridos) o fenómenos de la propia dinámica constitucional, sólo pueden ser concebidas en el esquema que concibe el texto fundamental, si las asumimos como:

- Cambios en la constitución material, de carácter permanente o transitorio, que no son objeto de reglamentación alguna, y se realizan sin que se altere la normatividad constitucional, dejándola de lado, aunque formalmente vigente.

Elas pueden ser generadas por los habitantes de la Nación (cuando no producen alteraciones en el sistema constitucional y se denominan usos constitucionales), o por los poderes de estado (en este caso, producen convenciones constitucionales y generan efectos en el sistema al modificar la constitución material (aunque sin alterar a la constitución formal).

Elas pueden ser clasificadas en la siguiente forma:

Son mutaciones por adición (también llamadas "praeter legem"), aquellas que incorporan a la constitución formal, nuevas disposiciones que carecen que norma constitucional que las prevea (situación de los Partidos Políticos en el sistema constitucional antes de operada la reforma de 1994). En cambio son mutaciones por sustracción (también denominadas "por desuso") las que definen el fenómeno contrario al anterior. Se trata de normas de la constitución formal que pierden vigencia sociológica (por caso, la siempre postergada obligación constitucional dada al Congreso de la Nación por la constitución textual para que instaure el juicio por jurados)

Las mutaciones por interpretación diversa se dan cuando los preceptos de la constitución formal adquieren vigencia en un modo no indicado por la norma que los instauró (para el caso, cuando la Constitución habla en su artículo 25, de fomentar la inmigración europea, debe leerse, fomentar la inmigración útil, sea o no europea). Las mutaciones por desconstitucionalización son en

cambio, aquellas que se dan cuando toda la constitución, o alguna parte de ella, pierde vigencia sociológica, ante un contenido opuesto no incorporado normativamente

Son mutaciones por incumplimiento aquellas que actúan en contra de una disposición expresa de la constitución que no se encuentra formalmente derogada (es el caso de la necesidad de requerir autorización del Congreso por parte del Presidente, para ausentarse de la Capital Federal, antes de que tal norma anacrónica se derogara en 1994). Otra modalidad es la de mutación por imposibilidad de cumplimiento (cuando se pretenda formar el tesoro nacional con el producido de la venta de tierras de propiedad Nacional, y no existan ya más en poder del Estado nacional).

También encontramos el caso de la mutación por abuso constitucional, que se da cuando se ejerce una potestad constitucional reiteradamente en contra del espíritu que la inspira (es el caso de las prórrogas sucesivas de las contribuciones directas, cuando la Constitución establece que el Congreso sólo puede disponerlas por tiempo determinado (art. 75 inc. 2° C.N.). Finalmente, se da el supuesto de mutación por interpretación constitucional en el caso de que los órganos encargados de aplicar o interpretar el sistema constitucional eligen una de entre varias opciones existentes que ofrece el texto (ello se da por ejemplo con los nombres de la República Argentina, o cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha interpretado el modo de estabilidad del empleado público, indicada por la Constitución federal, como impropia y no como propia)

El siguiente cuadro⁵, grafica los diversos supuestos, en la doctrina de relevantes doctrinarios nacionales:

<u>AUTOR</u>	<u>GERMAN BIDART CAMPOS</u>	<u>HUMBERTO QUIROGA LAVIÉ</u>	<u>MIGUEL EKMEKDJIAN</u>
<u>CLASIFICACIÓN</u>	Mutaciones por adición	Mutaciones "praeter legem"	Mutaciones por adición
<u>CLASIFICACIÓN</u>	Mutaciones por sustracción	Mutaciones por incumplimiento	Mutaciones por sustracción
<u>CLASIFICACIÓN</u>	Mutaciones por interpretación	Mutaciones por imposibilidad de cumplimiento	Mutaciones por interpretación diversa

⁵ No sería justo cerrar el análisis de esta interesante cuestión, sin agradecer de veras al aporte que ha efectuado mi ex alumno de la cátedra Teoría Constitucional, Sr. Sebastián Villegas, quien sistematizó en forma adecuada esta cuestión, en una monografía que representa ahora la base de mi desarrollo. Al estudiante Sebastian, entonces, le rindo con la presente, un merecido agradecimiento por su aporte

<u>CLASIFICACIÓN</u>	Mutaciones por desconstitucionalizac.	Mutaciones por desuso	
<u>CLASIFICACIÓN</u>		Mutaciones por abuso constitucional	
<u>CLASIFICACIÓN</u>		Mutaciones por interpretación constitucional	

Para finalizar, hemos de tomar partido respecto del punto. Descreemos de la tendencia a viabilizar doctrinariamente el concepto de mutación constitucional. Lo adecuado es que si la normalidad marcha a contrapelo de la normatividad, la sociedad democrática cubra normativamente esos desfases, afianzando al sistema constitucional desde el aporte participativo.

Todo uso puede degenerar en abuso, y bien alerta Miguel Angel Ekmekdjian acerca de la posibilidad de que a partir de esta inadecuada tendencia, las mutaciones constitucionales se tornen en las reformas del próximo milenio, a partir de la usurpación del ejercicio del poder constituyente; base y esencia del sistema constitucional.

La constitución prevé un medio idóneo para revitalizar los insumos desgastados del sistema: es la reforma constitucional, que lo revitaliza y realimenta democrática y participativamente.

Quizá sea engorroso, de alto costo y hasta por demás lento. Pero ése es el precio que el sistema debe pagar para subsistir en modo eficiente, evitando las soluciones mágicas y rápidas que proponen desde siempre los cazadores de ratas...

6.8.- Preguntas, notas y concordancias.

Las preguntas que se formulan a continuación, son para motivar el espíritu crítico e investigativo del alumno, que podrá consultar con su profesor las respuestas a las mismas. Ellas - por supuesto - no serán unívocas; y en esa circunstancia radica la riqueza conceptual de este apartado, cuyo objetivo es el de generar un marco de debate abierto y democrático entre alumnos y profesores.

1. ¿Qué implicancia cree Ud. que tiene la circunstancia de concebir al poder constituyente como una relación social?
2. ¿Concuerda Ud. con la afirmación de que es problemática la distinción entre poder constituyente originario y derivado? Fundamente su respuesta
3. ¿Qué opina Ud. de la existencia de contenidos o cláusulas pétreas en las constituciones?
4. ¿Cree Ud. que es posible, en nuestro sistema constitucional la reforma total de la Constitución
5. ¿Qué opina la cátedra acerca del modo en que se generó y desarrolló el proceso constituyente de 1994?
6. ¿Considera Ud. adecuada la viabilización de la doctrina de las mutaciones constitucionales en el derecho constitucional argentino?

Anotaremos a continuación, cierta bibliografía específica que consideramos de importancia a fin de profundizar en los contenidos del capítulo

1. Bidart Campos, Germán: Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Edit. EDIAR, Buenos Aires, 1995 (T.VI/La reforma constitucional de 1994)
2. Jiménez, Eduardo: La reforma constitucional de 1994 (Aspectos históricos y labor de la Convención Nacional Constituyente). Edit. Suárez, Mar del Plata, 1998
3. Jiménez, Eduardo: La reforma constitucional de 1994 concebida como "sistema". En la revista jurídica "El Derecho" Suplemento de Temas de reforma constitucional, del 29/6/1995, pag.34 y ss.
4. Jiménez, Eduardo: La reforma de la Constitución Nacional. En la Revista jurídica "El Derecho" del 1/7/1994, pag. 2 y ss.
5. Loñ, Félix: Constitución y democracia. Edit. Lerner, Buenos Aires, 1987 (En particular, Libro II)
6. Midón,, Mario: Temas de Derecho Constitucional. Edit. Del Centro, Buenos Aires, 1992 (en particular, su capítulo IV)
7. Spota, Alberto: Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente. Edit. Plus Ultra, Buenos Aires, 1993.
8. Vanossi, Jorge: Teoría Constitucional. Edit. Depalma, Buenos Aires 1976, Tº1

Respecto de las concordancias de este capítulo, ellas vincularán lo expuesto, con los contenidos esenciales de los instrumentos internacionales jerarquizados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, en la siguiente forma:

EL PROCEDIMIENTO DE REFORMA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL.

Ya hemos explicado el procedimiento de reforma de la Constitución Nacional, basado en su artículo 30, y ahora nos abocaremos a analizar someramente, en el cuadro siguiente, las normas de los tratados internacionales con jerarquía constitucional referidas a su reforma.

Desde ya adelantamos, que los países signatarios, en forma unilateral, no pueden realizar enmiendas en los tratados de los cuales son parte - en todo caso podrán formular reservas, las cuales no implican de ninguna manera una reforma -, sino que cada reforma propuesta es puesta en consideración de todos los estados parte para su estudio, firma, y posterior ratificación, en su caso.

Dicho esto, tenemos también que tener en cuenta, que los instrumentos internacionales de derechos humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, han adquirido jerarquía constitucional "*en las condiciones de su vigencia*", surgiendo entonces el interrogante de si una eventual reforma a alguno de ellos, pasa inmediatamente a gozar de jerarquía constitucional, o si es necesaria su jerarquización por parte del Congreso Nacional en la parte reformada, mediante el procedimiento previsto en el último párrafo del art. 75 inc. 22.

Respecto al tema existen básicamente dos posiciones encontradas:

1. Aquella que sostiene que "las condiciones de su vigencia" de un tratado son equivalentes a las condiciones de su vigencia internacional. En virtud de esta postura, una enmienda adquiere jerarquía constitucional una vez aceptada por nuestro país - con la consecuencia de que nuestra constitución dejaría de ser rígida y suprema, ya que habría una preeminencia del derecho internacional sobre nuestro derecho interno - dado que "las condiciones de la

vigencia" del instrumento internacional cambiarían, y dicho cambio debe ser aceptado por nuestro ordenamiento; y

2. Otra posición, para la cual "las condiciones de su vigencia" son las existentes al momento de constitucionalizar los tratados, y en caso de que cambien, ello en modo alguno afecta la estructura constitucional interna, siendo necesario para ello una reforma a través del procedimiento regulado en el artículo 30 de nuestro texto fundamental

También diremos, que otra manera prevista para incluir derechos no enumerados, es la creación de Protocolos adicionales, los cuales no implican una reforma al tratado, y se aplican sólo en los Estados partes del mismo.

En el orden regional americano encontramos dos protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos: el "Protocolo de San Salvador", en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual todavía no entró en vigencia debido a que faltan ratificaciones, y el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, que entró en vigor en el año 1991. El primero fue firmado pero no ratificado por la Argentina, y el segundo no fue firmado por nuestro país. Esperamos que en el corto plazo ello suceda.

Dicho esto, veremos en el siguiente cuadro las normas referidas a la posibilidad de introducir modificaciones en los instrumentos internacionales jerarquizados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional

<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>	<p>Art. 76: 1. Cualquier Estado Parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General, pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes de esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación.</p> <p>Art. 77 : 1. De acuerdo con la facultad establecida en el Artículo 31, cualquier Estado Parte y la Comisión</p>
--	---

	<p>podrán someter a la consideración de los Estados Partes reunidos en ocasión de la Asamblea General, proyectos de protocolos adicionales a esta Convención, con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades. 2. Cada protocolo debe fijar las modalidades de su entrada en vigor, y se aplicará sólo entre los Estados Partes en el mismo.</p> <p><i>Asimismo, el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, regula en su artículo 19 las atribuciones de dicho órgano en materia de enmiendas al tratado :</i></p> <p>Art. 19 : En relación con los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión ejercerá sus funciones de conformidad con las atribuciones previstas en aquella y en el presente Estatuto y, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, tendrá las siguientes : e) Someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y f) Someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>
<p><i>Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.</i></p>	<p>Art. 29 : 1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará</p>

	<p>una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales. 3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.</p>
<p><i>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.</i></p>	<p>Art. 51 : 1. Todo Estado Parte en el presente Pacto podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes en el presente Pacto, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia bajo los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 2. Tales enmiendas entrarán en vigor cuando hayan sido aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptadas por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes en el presente Pacto, de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales. 3. Cuando tales enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las</p>

	disposiciones del presente Pacto y por toda enmienda anterior que hayan aceptado.
<i>Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.</i>	<p>Art. 16 : Una demanda de revisión de la presente Convención podrá ser formulada en cualquier tiempo por cualquiera de las Partes contratantes, por medio de notificación escrita dirigida al <i>Secretario General</i>. La <i>Asamblea General</i> decidirá respecto a las medidas que deban tomarse, si hubiere lugar, respecto a tal demanda.</p> <p>Art. 17 : El <i>Secretario General</i> de las Naciones Unidas notificará a todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas y a los Estados no miembros a que se hace referencia en el artículo 11: ...f) Las notificaciones recibidas en aplicación del artículo 16.</p>
<i>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.</i>	<p>Art. 23 : Todo Estado Parte podrá formular en cualquier tiempo una demanda de revisión de la presente Convención por medio de notificación escrita dirigida al <i>Secretario General</i> de las Naciones Unidas. 2. La <i>Asamblea General</i> de las Naciones Unidas decidirá sobre las medidas que deban tomarse, si hubiere lugar, respecto a tal demanda.</p> <p>Art. 24 : El <i>Secretario General</i> de las Naciones Unidas comunicará a todos los Estados mencionados en el párrafo 1 del artículo 17 <i>supra</i>: c) Las comunicaciones y declaraciones recibidas en virtud de los artículos...23.</p>
<i>Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.</i>	<p>Art. 26 : 1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al <i>Secretario General</i> de las Naciones Unidas. 2. La <i>Asamblea General</i> de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en caso necesario, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.</p>
<i>Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas</i>	<p>Art. 29 : 1. Todo Estado Parte en la presente Convención podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del <i>Secretario General</i> de las Naciones</p>

<p><i>Cruels, Inhumanos o Degradantes.</i></p>	<p>Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio al menos de los Estados se declara a favor de tal convocatoria, el Secretario General convocará una conferencia con los auspicios de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados presentes y votantes en la conferencia será sometida por el Secretario General a todos los Estados Partes para su aceptación. . 2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando dos tercios de los Estados Partes en la presente Convención hayan notificado al Secretario General de las Naciones Unidas que la han aceptado de conformidad con sus respectivos procedimientos constitucionales. 3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.</p>
<p><i>Convención sobre los Derechos del Niño.</i></p>	<p>Art. 50 1. Todo Estado Parte podrá proponer una enmienda y depositarla en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará la enmienda propuesta a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar la propuesta y someterla a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos de los Estados se declara a favor de tal conferencia, el Secretario General convocará una conferencia con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados Partes, presentes y votantes en la conferencia, será sometida por el Secretario</p>

General a la Asamblea General para su aceptación. . 2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes. 3. Cuando las enmiendas entren en vigor serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado, en tanto que los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones de la presente Convención y por las enmiendas anteriores que hayan aceptado.

Debemos agregar que tanto la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, no contienen normas que prevean su reforma.

Algunas breves conclusiones:

Del cuadro que antecede podemos extractar al menos las conclusiones siguientes:

Quienes se encuentran legitimados para promover reformas en los instrumentos indicados son:

- Los Estados Parte. (en todos los instrumentos internacionales estudiados).
- Los Estados Partes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, únicamente).

Los órganos que participan en el proceso de reforma son:

- El Secretario General de las Naciones Unidas, la Asamblea General de las Naciones Unidas, y podemos mencionar a las Conferencias de Estados Partes, en los casos en que se las prevé a efectos de estudiar y votar las reformas propuestas (en todos los instrumentos internacionales, salvo para el caso de la Convención Americana).
- El Secretario General de la O.E.A., la Asamblea General de la O.E.A.,

y la Comisión Americana de Derechos Humanos (en la Convención Americana).

Su entrada en vigencia se produce:

- En la Convención Americana, y para los Estados Partes en ella, al presentarse los dos tercios de ratificaciones necesarios para su entrada en vigencia. Para los Estados no partes, al depositar sus respectivos instrumentos de ratificación.
- Para otros instrumentos internacionales, al aprobarse la enmienda por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y alcanzar los dos tercios de las ratificaciones de los Estados Partes (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención sobre los Derechos del Niño).
- Cuando dos tercios de los Estados Parte hayan comunicado la aceptación de la enmienda al Secretario General de las Naciones Unidas. (Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes).

6.9. Autoevaluación.

1. Desarrolle el concepto racional-ideal del Poder Constituyente:

.....

2. ¿Cuáles son los límites del poder constituyente? Explíquelos.

.....

3. ¿Cuáles son los caracteres esenciales del poder constituyente en las provincias argentinas?

.....

.....
.....
.....
.....

4. Desarrolle las fases del procedimiento de reforma a la Constitución Nacional:

.....
.....
.....
.....

5. ¿Cuál es la relación que existe entre las reformas y las mutaciones constitucionales? Desarrolle su respuesta.

.....
.....
.....
.....