

## CONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN ARGENTINA

Raúl Gustavo FERREYRA \*

...el pueblo, si remontamos el origen del gobierno a lo que aconteció en bosques y desiertos, es la fuente de todo poder y jurisdicción, y voluntariamente, por amor de la paz y el orden, renunció a su libertad nativa y aceptó leyes de su igual y compañero. Las condiciones, conforme a las cuales estuvieron dispuestos a someterse, fueron, o bien expresas, o bien tan claras y obvias que bien pudo considerarse superfluo expresarlas. Si esto, entonces, es lo que se entiende por contrato original, no puede negarse que todo gobierno es, en principio, fundado en un contrato y que las más antiguas asociaciones burdas de la humanidad se formaron, principalmente, conforme a tal principio...

David HUME<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Punto de partida*. II. *Ejercicio del poder de reforma. Inconstitucionalidad*. III. *Significado y funciones*. IV. *Proceso de reforma*. V. *Iniciación*. VI. *Debate público. Elecciones*. VII. *Creación constitucional*. VIII. *Reforma inconstitucional. La más grave patología de la Constitución*.

\* Profesor de derecho constitucional. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Hume, David, *Sobre el contrato original*, (circa 1748) tomado de *Ensayos políticos*, México, Herrero Hermanos, 1965, pp. 47-68. Con omisiones. Véase [http://www.eu.mednet/cursecon/textos/hume\\_sobre\\_el\\_contrato\\_original.htm](http://www.eu.mednet/cursecon/textos/hume_sobre_el_contrato_original.htm).

## I. PUNTO DE PARTIDA

El poder<sup>2</sup> de reforma<sup>3</sup> que se ejercita para modificar un sistema constitucional es un poder eminentemente político porque crea derecho constitucional, sometido a reglas de competencia predeterminadas. El cambio constitucional, que produce variaciones sustantivas en el texto, tiene una peculiaridad: siempre forma algo nuevo, la Constitución reformada: por expansión o contracción o revisión del sistema, genera un nuevo conjunto de disposiciones.

Admitiéndose que las Constituciones no son eternas, sino tan sólo permanentes, esta ventana al futuro es abierta por el artículo 30 de la Constitución federal de la Argentina (en adelante CA o Constitución federal, indistintamente): “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”.

<sup>2</sup> Inteligentemente, observa Diego Valadés que en un sistema constitucional el poder debe: *a*) estar distribuido; *b*) ser regulado; *c*) estar limitado; *d*) ser accesible; *e*) ser predecible; *f*) ser eficaz, y *g*) estar controlado. Cada una de estas condiciones reclama niveles de equilibrio... Cuando estas condiciones se dan, procede constatar afirmativamente: es posible el control del poder. Todo poder, por ende, tiende a ser limitado, pues, con los límites al poder en realidad se trata de preservar una de las características de la soberanía: sólo el pueblo puede ejercer la plenitud de las funciones del poder. Véase Valadés, Diego, *El control del poder*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 9, 24 y 444.

<sup>3</sup> Quizá podría entenderse, no sin razón, que el cambio constitucional atraparía a todos los sucesos y procesos que pueden sufrir los textos constitucionales, en el tiempo. No obstante, rigurosamente, en esta “contribución”, el cambio sobre el que se teoriza es el “cambio formalizado” del sistema normativo constitucional, que implica la modificación de su texto producida por acciones voluntarias, intencionadas y regladas por la propia ley mayor. En tales condiciones, al hablarse de reforma constitucional ésta puede consistir en: *a*) expansión: cuando se agrega una disposición al conjunto; *b*) contracción: cuando se elimina alguna disposición normativa de la nómina de ese conjunto, y *c*) revisión: cuando se elimina alguna disposición normativa y luego se agrega otra incompatible con la eliminada (*cf.* Alchourrón, Carlos, “Conflictos de normas y revisión de sistemas normativos”, en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, CEPC, 1991, p. 301).

Por lo pronto, en este marco, la teoría del cambio constitucional es la teoría de la reforma constitucional, quedando fuera, luego de esta justificación, cualquier otra circunstancia que como una revolución, quebrantamiento o ruptura, o una mutación, no pueden ser objeto de proyección como un “procedimiento formal de aprobación”, tal como conceptúa Peter Häberle respecto de la reforma. Véase Häberle, Peter, “Desarrollo constitucional y reforma constitucional en Alemania”, *Pensamiento constitucional*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú-Fondo Editorial, 2000, año VII, p. 17.

En otro trabajo he planteado y desarrollado que la CA es nave insignia del sistema jurídico, a condición de que las garantías constitucionales tengan aptitud para respaldar las pretensiones de validez enunciadas en la ley mayor. En ese contexto, reforma y control judicial de constitucionalidad son definidas como paradigma de las garantías constitucionales.<sup>4</sup> No obstante —agrego ahora—, puede suceder que la reforma en lugar de defender sea la que ataque las disposiciones normativas originarias, porque se infrinjan los límites prefijados<sup>5</sup> o porque se generen contradicciones insalvables con disposiciones normativas predispuestas.

El análisis sobre el conflicto que puede suscitar la posible inconstitucionalidad de una reforma constitucional es un problema capital del derecho constitucional, y el consecuente análisis del órgano llamado o encargado que ha de resolverlo es un “problema secundario”, sencillamente, porque aunque deriva de aquél y es “segundo en orden” tiene anatomía propia. Fijar la dimensión del problema significa que se trata de una situación que no tiene un único significado o que incluye, de cualquier manera, alternativas de cualquier especie porque el carácter de indeterminación objetiva es lo que define un problema.<sup>6</sup> Gráficamente:

### Gráfico A

Juicio sobre la constitucionalidad de la reforma de la Constitución federal de la Argentina

I. Posibilidad o imposibilidad de aceptar la puesta en duda de la reforma por razones de naturaleza procesal y/o material de derecho constitucional y/o provenientes del derecho internacional.

II. Sobre qué órgano ejercerá el control de la enmienda.

<sup>4</sup> Véase Ferreyra, Raúl Gustavo, “Poder, democracia y configuración constitucional. Momentos de creación y momentos de aplicación del sistema constitucional argentino”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, julio-diciembre de 2004, pp. 94 y 95, y 123-130.

<sup>5</sup> El concepto de “límite” constitucional es una cuestión altamente discutida. En uno de los estudios más actualizados e ilustrados sobre la materia, Benito Aláez Corral sugiere que los límites serían, pues, los términos linderos dentro de los cuales debe discurrir la creación normativa constitucional jurídicamente reglada (Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 167).

<sup>6</sup> Abbagnano, Incola, *Diccionario de Filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 953-955.

*Gráfico B*

Problema primario

Análisis sobre el conflicto de la posible inconstitucionalidad.

Problema secundario

Análisis de la adjudicación de la potestad de control.

## II. EJERCICIO DEL PODER DE REFORMA. INCONSTITUCIONALIDAD

1. *Es posible la inconstitucionalidad de una reforma*

Habida cuenta la imposibilidad empírica de hallar un régimen constitucional que postule su filiación autocrática, los principales problemas que afronta la teoría constitucional, con relación al poder constituyente, no son ya sobre la titularidad. Es el ejercicio del poder constituyente el objeto principal, la fuente principal que puede suscitar problemas y lo que verdaderamente ha de inquietar al investigador, al político, al ciudadano.

Sí, como se ha sostenido en otra contribución,<sup>7</sup> sólo el poder del pueblo debe crear al derecho constitucional —que organiza al Estado, pero una vez creado, éste es el único que puede disciplinarlo—, los problemas respecto del ejercicio de ese poder constituyente, creo, no tardan en saltar a la vista. ¿Por qué ha de desatarse tal conflicto? A continuación se enuncian las proposiciones que se discuten en esta ponencia. Son explicación anticipada.

2. *Proposiciones capitales*

1. La Constitución federal de la Argentina, con aciertos y errores, se ha afirmado a nivel dogmático como la ley mayor del sistema que pretende canalizar las expectativas de la sociedad para estabilizarlas y brindarles permanencia. Manteniéndome en esta posición, sostengo, además, que aunque los padres fundadores diferían o no concebían entre ellos acerca de cuán democrática sería la Constitución, está fuera de duda que más de 150 años después, la ley mayor —garantizando la participación libre, igual y

<sup>7</sup> Ferreyra, Raúl Gustavo, *op. cit.*, nota 3, p. 93.

plural de todos los ciudadanos sometidos a ella— ha juridificado la democracia.

Defender que la CA es cauce de un poder constituyente democrático, cuyo sostén implica un diálogo intergeneracional, es una proposición que sirve de marco teórico general. Añado: hay dos clases de decisiones políticas: las que alumbran el nacimiento y/o reforma de la organización del Estado, por un lado, y las decisiones cotidianas del gobierno, por el otro. En los momentos constituyentes se debaten y adoptan cuestiones intrínsecamente políticas, porque se establece la última palabra respecto de la configuración constitucional. Consecuentemente, es un rasgo esencial del Estado argentino que en su Constitución se programen y regulen los poderes constituidos. En tales condiciones, si la Constitución es el paradigma que contiene a la autodeterminación política comunitaria, la decisión de reformarla pertenece a igual filiación, porque configura también las reglas que dan origen y fundamento a los poderes constituidos.

2. Sin embargo, el hecho, pues, de que la Constitución no es eterna y se pueda modificar, parcial o totalmente, no quiere decir que carezca de límites. Que el ejercicio del poder de reforma pueda desposeerse de la propia observancia de la regla democrática.

Por tanto, el proceso de definición de una reforma puede dar lugar a inconstitucionalidad, por quebrantamiento de la unidad del sistema previsto por la ley mayor, al caer en inobservancia las reglas que estipulan qué órganos se hallan facultados y/o qué actos deben cumplirse para que la modificación sea válida constitucionalmente.

3. La invalidez de una reforma constitucional también puede surgir por el incumplimiento de un límite material implícito y las irradiaciones de éste en la ley mayor. En efecto, aunque lo señalado en el apartado segundo pueda ser entendido como límite formal, que puede ser superado y modificado por una reforma posterior, y pese a que no sea de encaje muy simple, pero sí razonable, las decisiones adoptadas por el poder constituyente en 1994, sobre el nuevo artículo 36 de la CA, hacen que la constitucionalización de la democracia como regla de gobierno signifique que se ha cerrado la puerta para que la democracia acabe con sí misma, por más que se cuente con el grado de consenso social que se contare.

4. Esta posición para reconocer la posible inconstitucionalidad o patología de una reforma, me parece virtuosa, porque es congruente jurídico-positivamente a nivel dogmático. Tiene como propio fundamento la naturaleza garantista de la reforma constitucional. Si, entonces, las expectativas

de las garantías de la Constitución, como la reforma, han de ser que la política sea políticamente constitucional, tales perspectivas quedarían demostradas.

Las investigaciones solamente se concentran en lo conceptual, en el mundo constitucionalmente posible a partir de las letras constitucionales. Apoyo las afirmaciones sobre la expresa normativa del poder constituyente. La invención de los límites, por supuesto, no es inventada a partir de la nada.

### III. SIGNIFICADO Y FUNCIONES

#### 1. *Significado*

El emplazamiento de la regla sobre el proceso de reforma de la Constitución federal no es un accidente en la geografía de las letras constitucionales. ¿Qué quiero decir? Que al diseñarse la Constitución, la reforma, fue encuadrada, estrictamente, como “garantía” (*cf.* CA, Primera parte, capítulo primero. Declaraciones, Derechos y Garantías). Frente a esta magnífica decisión, dogmáticamente no se puede permanecer indiferente. Sin ceremonias: la posición de la regla, en la geografía del texto constitucional, fuertemente, implica su significado y la ulterior comprensión de su función.

Capturada como garantía de la Constitución, el proceso de reforma debe encargarse de los movimientos extraordinarios del desarrollo constitucional. La reforma constitucional como proceso de modificación va derechamente dirigida a la forma y contenido del texto de las disposiciones insertas en la Constitución federal. La reforma recibe una significación diferente respecto de otras modalidades que puede asumir el cambio constitucional, porque simple y sencillamente cambia el texto.

La Constitución federal, incluida la posibilidad de su propia reforma, genera un nuevo punto de llegada del proceso de construcción política del Estado. Es una decisión que emana del poder del pueblo, políticamente significativa porque, en todos sus planos expresa que la reunión de los ciudadanos es la que transmite legitimación sobre lo que ha de hacerse o sobre lo que debería hacerse en la comunidad estatal. Cuando una situación constitucional no puede ser resuelta a la luz de la interpretación, porque el límite infranqueable de actuación para el intérprete es precisamente la primacía sintáctica y semántica del texto constitucional, la reforma es mo-

vimiento idóneo para inspirar una nueva posibilidad de comprensión de la situación o relación, trátase del derecho constitucional del poder o del derecho constitucional de la libertad.<sup>8</sup>

## 2. La Constitución reformada en 1994

Por imperativo jurídico, el poder constituyente reformador que enmendó la Constitución federal en 1994 no tenía autorizado modificar la primera parte, capítulo único, de la Constitución federal. La Ley 24.309, que declaró necesaria la reforma parcial de la Constitución federal, estipuló la prohibición en forma bien explícita en el artículo 7o.: “La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”.

La cuestión está relacionada con la interpretación general de las disposiciones contenidas en el nuevo artículo 75, inciso 22, y su vinculación o no con el proceso de reforma constitucional. Recuérdesse la regla de la CA:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre... en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional...

Las reglas del derecho internacional de los derechos humanos que se describen en el artículo 75 inciso 22 constitucional, no han sido “incorporadas”, sino que poseen “jerarquía constitucional”. Integran el tejido del derecho constitucional federal argentino.<sup>9</sup> La narrativa expuesta se centra

<sup>8</sup> Hesse, Honrad, *Escritos de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, CEPC, 1992, p. 35.

<sup>9</sup> Bidart Campos, Germán, por ejemplo, piensa que por bloque de constitucionalidad puede entenderse, según cada sistema en cada Estado, un conjunto normativo que parte de la Constitución, y que añade y contiene disposiciones, principios y valores que son mate-

en distinguir, claramente, entre “raíz” y “jerarquía”. Todas las disposiciones, tanto permanentes como transitorias de la Constitución federal, poseen raíz y jerarquía constitucional; en tanto, el derecho internacional de los derechos humanos, descrito en el artículo 75, inciso 22 constitucional, estrictamente, jerarquía. El valiosísimo derecho descrito en el artículo 75, inciso 22, tiene en la propia CA su fuente de validación, la que, asegura y respalda su aplicación. Y si el análisis se ciñe a la letra constitucional, más allá de la inconveniencia jurídica y política que ocasiona, la fuente internacional, “hipotéticamente”, podría ser denunciada. Dicha circunstancia la aleja de una modalidad propia para reformar la Constitución. Repárese sobre el particular como en la propia regla objeto aquí de comentario se dispone que “podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de los dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Se ha ampliado el ámbito de competencias del poder (constituido) Congreso. Pero, paralelamente resultará incuestionable que el texto de la Constitución federal solamente sigue siendo reformable acudiendo al proceso dispuesto por el artículo 30 constitucional. Se encuentra prohibido reformar la Constitución por la vía de un mecanismo ajeno o distinto al preceptuado por el histórico artículo 30.<sup>10</sup>

rialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución escrita. El bloque de constitucionalidad federal argentino, con idéntica jerarquía constitucional y ocupando la cúspide del ordenamiento, está integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales del inciso 22 del artículo 75. Tales tratados no entran a formar parte del texto de la Constitución y quedan fuera de él, en el bloque de constitucionalidad federal, y comparten con él su misma supremacía (Bidart Campos, German, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 276, 342 y 345).

<sup>10</sup> En igual sentido, Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, 2000, t. I.A, p. 340. También en sentido análogo Gregorio Badeni: “el procedimiento para la reforma constitucional está regulado en el artículo 30 CA. La disposición contenida en el artículo 75 inciso 22, por la que se asigna al Congreso la facultad de otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por el voto de las 2/3 partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara, no significa que existan dos mecanismos para la reforma constitucional, porque conforme al artículo 75 inciso 22, los instrumentos sobre Derechos Humanos solamente pueden complementar los derechos y garantías que enuncia la Constitución, pero no derogar artículo alguno de su parte dogmática donde, precisamente están enunciadas las libertades consagradas por la Ley Fundamental”. Véase también, Badeni, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2000, pp. 2-153.

Se ha dicho que el juicio sobre la coherencia con las reglas contenidas en la primera parte de la CA ya lo hizo el poder constituyente al reformar propiamente la Constitución en 1994.<sup>11</sup> Eventualmente, en caso de conflicto que produjera contradicción entre lo prescrito por el instrumento de jerarquía constitucional y los principios contenidos en la primera parte de la CA, y siendo imposible la compatibilización, la inderogabilidad de la primera parte de la ley mayor impediría la prevalencia del derecho internacional sobre el derecho de la Constitución allí establecido. Hasta nuevo aviso.<sup>12</sup>

El artículo 27 de la CA dispone que “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Si, hipotéticamente, el Congreso otorgara jerarquía constitucional a un instrumento internacional de los derechos humanos, en las condiciones prescritas por el artículo 75, inciso 22, última parte, y una disposición generara una antinomia insalvable con una disposición normativa contenida en la primera parte de la CA, debería aplicarse la regla rectora descrita en la primera parte de la ley mayor. Desconocer ello implicaría que la Constitución pueda ser reformada por fuera del proceso previsto en el artículo 30 constitucional. Tal reforma a extramuros del artículo 30 citado no es competencia permitida por el texto de la CA.

### 3. *Función*

La CA, tal como se la concibe en este trabajo, es un pacto y diálogo entre generaciones, por intermedio del cual se canaliza la democracia, resolviéndose de manera tangible a favor del principio mayoritario, que en su selec-

<sup>11</sup> Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), *Fallos*, 319:3148, en especial, considerandos 20o. a 22o. (1996).

<sup>12</sup> Ineludiblemente, interpreto que el derecho internacional de los derechos humanos detallado en el artículo 75, inciso 22, es estrictamente “complementario” de la CA. Su significado más profundo: elementos que se añaden a un documento (la Constitución) para hacerla más perfecta y completarla. Faltando el complemento, no habrá totalidad. Ambas disposiciones normativas, las de raíz constitucional y las de jerarquía constitucional, comparten el mismo rango, aunque las segundas, ciertamente, vienen enlazadas por una condición: no derogar regla ninguna de la primera parte de la ley mayor, pero insisto, esta circunstancia no importa predicar que tanto uno como otro conjunto de disposiciones normativas no compartan el mismo nivel axiológico y normativo. En contra: Belluscio, véase CSJN, *Fallos*, 321:885, especialmente, considerando 7 de su voto disidente en la causa “Petric” (1998).

ción y ulterior ejecución jamás desposea de respeto a los derechos de las minorías. Por dicha razón, la garantía de reforma constitucional solamente puede operar en los sistemas democráticos.

La disposición normativa que regula la reforma constitucional tiene una peculiaridad: garantiza la continuidad de la regla democrática. Ciertamente, la reforma constitucional pone de manifiesto la tensión entre permanencia y cambio, pero es ella, precisamente, la llave que debería producir el desarrollo, el cultivo de la democracia.

La institución clásica encaminada a formalizar lo nuevo —señala Peter Häberle— y darle entrada directa en la Constitución es la modificación o reforma constitucional, es decir, el cambio del texto de la Constitución por intermedio de un determinado proceso, que requiere, por lo común, mayorías calificadas como base de un consenso más amplio. Observa también con agudeza el profesor alemán, que las modificaciones constitucionales pueden servir para adaptarse a cambios que ya han ocurrido en los hechos, pero también pueden tratar de producirlos. La distinción entre reformas de “adaptación” y de “creación” propiamente dichas permite,<sup>13</sup> paralelamente, advertir las dos funciones básicas de garantía que cumple la reforma constitucional.<sup>14</sup>

La permanencia de la Constitución en el tiempo, el aseguramiento de sus disposiciones, únicamente es posible a partir de la distinción entre el poder que crea la Constitución (constituyente), frente al que aplica cotidianamente sus disposiciones (constituido). Y, en principio, la pretensión de estabilidad y permanencia de las disposiciones constitucionales parecieran no estimular el cambio. La rigidez constitucional es una defensa que se provee la Constitución, provocando la intangibilidad del texto. La dificultad de la reforma constitucional es una garantía para la permanencia constitucional. Esta pretensión de la Constitución implica, en principio, que es la ley mayor la que aspira a que los cambios se adapten, y acomoden al texto constitucional, y no inversamente. Sin embargo, cuando el desajuste entre realidad política y normativa constitucional es muy grande debe evaluarse,

<sup>13</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, con estudio introductorio de Diego Valadés, México, UNAM, 2003, p. 65.

<sup>14</sup> También Karl Loewenstein advirtió en la reforma constitucional un método racional establecido de antemano para la adaptación pacífica del orden fundamental a las cambiantes condiciones sociales y políticas, evitando el recurso a la ilegalidad, a la fuerza o a la revolución. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 153.

con firmeza y seriedad, si no ha llegado el momento de producir la adaptación de las disposiciones constitucionales.

Por otra parte, la reforma constitucional puede servir para inspirar la transformación. Por intermedio de la reforma puede inducirse el proceso evolutivo constitucional, cuando el Congreso considere que el cambio auspiciado fuera políticamente significativo. Tiene razón Häberle cuando se refiere a este aspecto progresista de la reforma constitucional, observando que tan pronto como una Constitución se hace realidad y continúa su desarrollo sobre los rieles del tipo del Estado constitucional, no puede haber sino procesos evolutivos, precisamente, porque una teoría de la Constitución de cuño culturalista elabora la vía hacia una nueva Constitución ejemplar concreta.<sup>15</sup> Más allá del indudable refinamiento teórico, lo cierto es que en casos como el argentino, donde la “Constitución no se hace una realidad continua”, la afirmación vale como ello: una fuerte construcción teórica para ser tenida muy en cuenta.

Concluyendo. La reforma constitucional reviste la naturaleza de garantía de la Constitución. Desde una orilla, protegiendo, manteniendo, conservando su textura básica, al dificultar el cambio, pero precipitándolo, cuando la tensión entre realidad y normatividad es insostenible. Y desde la otra orilla, transformando, estimulando, promoviendo la evolución, es decir, el cultivo de la letra constitucional. Hete aquí, pues, significado y función básicas que debe cumplir la reforma constitucional.

#### IV. PROCESO DE REFORMA

El ejercicio del poder constituyente observa dos momentos: el fundacional o de nacimiento de la Constitución y el reformador.<sup>16</sup> En ambos momentos se ejerce el poder constituyente.

El poder constituyente reformador, cuya función propia es instaurar un nuevo conjunto de disposiciones constitucionales, tal como se encuentra diseñado por el artículo 30 constitucional, consta de tres etapas:

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>16</sup> Supone admitir que todo tiempo es significativo para el derecho constitucional, entendimiento que descansa, a su vez, en el presupuesto de que han de existir diversidades y por ende distintas calidades en los mismos.

- I) Iniciación.
- II) Deliberación pública y elección.
- III) Producción constituyente: creación constitucional.

No corresponde considerar aisladamente ninguna de estas etapas, porque una relación ontológica esencial las une nítidamente. Las tres conforman un todo: el proceso constituyente. Cada uno de los actos cumplidos tiene relevancia necesariamente superior a los actos cumplidos en la órbita de los poderes constituidos. No será asombroso, por tanto, cuando más adelante se examinen los límites al poder reformador, que lo expuesto no sean meras murmuraciones. Con discreción, anticipo que los resultados sobre las aludidas indagaciones tienen punto de conexión importantísimo con la caracterización del proceso constituyente, es decir, la naturaleza y sentido de cada una de sus etapas.

## V. INICIACIÓN

### 1. *Declaración del Congreso*

Se trata del momento en que se pone el motor en marcha del posible cambio en la ley mayor.

El artículo 30 constitucional dispone al respecto: "...la necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros...".

Indudablemente, la iniciativa constituyente corresponde al Congreso.<sup>17</sup>

Constitucionalmente, la declaración es, precisamente, una de las formas que tiene el congreso para expresar su voluntad. Reconocer que debe evitarse la ley implícita, necesariamente, que este acto preconstituyente que revela la existencia de un extraordinario momento de política constitucional no puede ser objeto de veto presidencial, el que se encuentra solamente reservado para la formación y sanción de las leyes —*cfr.* artículo 77 y 83 de la CA—.

El Congreso es el primero de los órganos que la Constitución describe al programar el gobierno federal, antes que el Poder Ejecutivo y que el Poder Judicial. Dicha ubicación en el texto constitucional se halla indisoluble-

<sup>17</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957, p. 508.

mente ligada a una preferencia política. Para reformar la Constitución se requiere el consentimiento autorizado de todo el pueblo; por eso el único modo de alcanzarlo es por intermedio de la cámara de diputados. La regla democrática queda asegurada. Además, apelando al consentimiento del senado, se tutela el principio federal.

El Congreso nacional representa la unión de democracia y federalismo. Hablando en términos de democracia representativa, ningún otro órgano constitucional es capaz de representar tan extraordinariamente la fusión mencionada como lo es el Congreso. Por de pronto, la “declaración” del Congreso es la forma constitucional por medio de la cual pueden obtenerse los consentimientos autorizados de los diputados y de los senadores, para promover el cambio constitucional, en pleno ejercicio de la función pre-constituyente. Es decir, pueblo y entes autónomos.

## *2. Reunión del Congreso. Apoyo a la reforma. Cómputo de las dos terceras partes*

Una primera cuestión que se discute es si la declaración debe ser aprobada sesionando ambas Cámaras en conjunto o, como es habitual, en forma separada.

Personalmente, por ende, me inclino por el funcionamiento separado de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores, en el tratamiento y ulterior decisión respecto de la declaración de la necesidad de la reforma.

¿Qué concurrencia es necesaria para producir la declaración de la necesidad de la reforma?

A mi juicio, la postura más adecuada es admitir que los dos tercios deben calcularse sobre la totalidad de los miembros de cada una de las Cámaras, pero miembros en ejercicio. No deben computarse los legisladores no incorporados, a los que el cuerpo autoriza abstenerse de votar, a los que han renunciado y la banca que todavía se halla vacante, a los excluidos, los fallecidos, y hasta quienes razonablemente han dado aviso de no poder concurrir por enfermedad grave.

## *3. Materia constitucional: alcance de la reforma*

Llamo de dicho modo al conjunto de objetos que son regulados por las disposiciones constitucionales.

Es inconcebible constitucionalmente una declaración de necesidad de reforma constitucional que carezca de fundamentos apropiados que justifiquen el cambio y la nueva línea demarcada por el Congreso. La racionalidad de todos los actos del gobierno republicano, proposición que surge del juego de los artículos 1o., 22, 28, y 33 de la ley mayor, no autoriza el paso de una declaración de necesidad de reforma que carezca, insisto, de fundamentación constitucionalmente adecuada.<sup>18</sup>

Pero cuando el Congreso declara la necesidad de la reforma, ¿se halla obligado a puntualizar, específica y concretamente, la materia constitucional sobre la que recaería la enmienda?

Nuevamente, la literalidad del texto constitucional no resuelve por completo la cuestión. El artículo 30 constitucional dice, recordemos, que la declaración de necesidad de reforma, total o parcial, debe ser declarada por el Congreso. Por de pronto, puede causar extrañeza que no aclare, no estipule, no determine, si el Congreso debe o no debe fijar inexorablemente la materia sobre la que se desarrollaría la enmienda. La letra constitucional tampoco hace ninguna referencia respecto de si la declaración de la necesidad de la reforma constitucional debe referirse puntualmente a una o varias disposiciones contenidas en un artículo o en diferentes.

Deseo dejar dos constancias:

*Primero.* Cuando el Congreso elige motorizar el poder de reforma, aunque se trata de poder preconstituyente, debe argumentar sobradamente cuáles son las razones que apoyan tal decisión.

*Segundo.* Quizá, el ciudadano/a, a la hora de elegir convencionales constituyentes como consecuencia de la declaración del Congreso, lo que más recuerde sea la quietud tediosa o la movilidad seria, según los casos, que puedan exhibir los diputados y senadores, cuando son llamados a cumplir sus cometidos preconstituyentes. Sin embargo, hay una pieza capital. Y no es mera hipótesis, porque se encuentra ligada con el propio significado democrático del proceso constituyente. Tal argumento fluye rápidamente de la Constitución nacional. En efecto, cuando el artículo 22 dispone que “el pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución” no está suscribiendo un cheque en blan-

<sup>18</sup> Badeni, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p. 166.

co.<sup>19</sup> Todos y cada uno de los ciudadanos/as, ilustradamente, deben saber cuál ha de ser la materia constitucional a reformarse, ya sea que el cambio programado fuere parcial o total. Son los representantes del pueblo, los servidores públicos, los legisladores en este caso, quienes deben presentar a la opinión de la ciudadanía cuáles han de ser las rutas constitucionales a modificarse. Si el Congreso, en el supuesto de declarar la necesidad de una reforma parcial (o total) de la Constitución no expone adecuadamente el itinerario aludido, no podrá existir deliberación democrática. Y, por de pronto, no podría entenderse cómo serían las campañas políticas para elegir convencionales constituyentes que hayan de reformar la ley mayor.

No alcanza, pues, con que el Congreso declare “el grito de batalla” típico para estos casos: es necesaria la reforma constitucional. La apertura del proceso constituyente debe fijar, lo más detallada o claramente posible, las materias constitucionales que pretendidamente serán objeto de modificación. Exigir que el Congreso estipule de este modo el alcance de la reforma no significa obstaculizar, en lo más mínimo, ni sustraer de su ámbito de competencia la posibilidad de hacerlo con la mayor libertad posible.

No hace falta decir que si el Congreso silencia indebidamente las materias a reformar o lo expone imprecisamente, el auditorio ciudadano no podrá saber de qué se trata.

#### 4. *Convocatoria al órgano constituyente*

La disposición contenida en el artículo 30 constitucional prescribe que la ley mayor puede ser reformada por el órgano (convención) por intermedio del proceso preconstituyente previsto. Respecto de la “Convención”, la Constitución es bien parca: “...no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto...”. Ciertamente, en este espacio, las letras constitucionales brindan una textura bien abierta. Quizá, demasiado.

Ahora bien. ¿Qué órgano convoca? Dogmáticamente no existen dudas que a la “Convención” la debe convocar el Congreso. El ejercicio del poder reformador se atribuye constitucionalmente a un órgano *ad hoc*, deno-

<sup>19</sup> Cuando los representantes actúan en la órbita constitucional, deben cumplir sus disposiciones. Y cuando quieran hacer una propuesta constituyente enderezada a cambiar el programa también, es exigencia que detalladamente indiquen lo que quieren hacer.

minado Convención Constituyente.<sup>20</sup> En el artículo 30 constitucional conviven dos órganos: uno constituido y el otro constituyente. Es a partir de tal distinción que sobran razones para argüir que sería absolutamente inconstitucional que el Congreso intentase erigirse en órgano constituyente. La defensa y sostén del proceso constituyente, como un verdadero proceso democrático, es incompatible con una interpretación que intentase erigir al Congreso en el órgano constituyente. Nunca sucedió, por otra parte.<sup>21</sup> En la CA se excluye a los poderes constituidos —Poder Ejecutivo y Judicial— de la función constituyente.<sup>22</sup> Queda, solamente, en el Congreso la función preconstituyente.

### *¿Cómo se integra la Convención Constituyente?*

Si ha de partir del axioma de que el poder constituyente pertenece a los ciudadanos que integran el pueblo, como función mediante la cual ejerce la autodeterminación de la política comunitaria, de sí mismos, necesariamente, la elección de los integrantes de la Convención debe ser por intermedio de votación popular. Porque son los ciudadanos los que fijan, estrictamente, con su voto, la dimensión de la función constituyente a desplegarse por los representantes.

Afirmo, por tanto, sin reservas, la proposición que señala que “no podría el Congreso, en consecuencia, convocar a una Convención no elegida por el voto popular, sin incurrir en una alteración revolucionaria del orden jurídico argentino”.

Si, eventualmente, el Congreso intentase erigirse a sí mismo como poder constituyente, estaría desmintiendo la letra constitucional.

Finalmente: ¿qué ocurre si fijado un plazo, la Convención se excede? En el marco de la teoría constitucional realizada sobre nuestra ley mayor, si una convención constituyente tiene atribuidas todas las potestades para realizar una Constitución, incluyendo su reforma total, no veo cómo la fijación de un plazo puede reglamentar el horizonte de proyección de su magna tarea.<sup>23</sup> Pe-

<sup>20</sup> Ekmekdjian, Miguel, *Tratado de derecho constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, t. III, p. 213.

<sup>21</sup> En igual sentido: Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional*, Depalma, 1976, t. I, p. 338.

<sup>22</sup> Sánchez Viamonte, Carlos, *El poder constituyente*, cit., nota 16, p. 591.

<sup>23</sup> En igual sentido, *Ibidem*, p. 440. En cambio, Germán J. Bidart Campos entiende que si el Congreso se abstiene de fijar el plazo al declarar la necesidad de la reforma, la

ro tampoco puede representarse la posibilidad de que funcione *sine die*, porque la forma de gobierno republicana desencadena la limitación de la función pública, como directa implicancia de su adopción.

## VI. DEBATE PÚBLICO. ELECCIONES

Finalizada la etapa en el Congreso, cumplidos todos los recaudos exigidos por la Constitución, la propuesta constituyente se traslada al escenario público. El Congreso declara la necesidad de la reforma por razones políticas, cuyo mérito, oportunidad u conveniencia sólo competen al órgano, comprometiendo el desempeño del cuerpo, en forma favorable o no. Luego, inmediatamente, la discusión, la campaña en pro o en contra va al escenario público. Al auditorio ciudadano, lisa y llanamente.

La reforma constitucional de 1994 edificó nuevos trazos respecto de esta cuestión, que se empalman con la figura básica de la soberanía popular, plasmada en el texto histórico. Estos nuevos aspectos no pueden ser desatendidos, si de manera erguida el proceso constituyente desea ser llevado a su finalidad específica. De ninguna manera deben quedar aislados del análisis las implicancias que provocan el nuevo escenario en materia de derechos políticos. Consecuentemente, hay que hacer referencia a dos consignas que lucen hoy en el escenario constitucional.

Veamos.

Por intermedio del nuevo artículo 37 constitucional se dispone que: “Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia, el sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio...”. ¿Qué significa?

Básicamente, que la “plenitud del ejercicio de los derechos políticos” no queda reducida al sufragio para elecciones presidenciales y legislativas. Plenitud del ejercicio supone que al no quedar circunscritos los derechos políticos solamente para la integración de los departamentos políticos constituidos, se desplazan hacia otros horizontes que puede proyectar el

Convención no está sujeta a lapso alguno, y nadie puede limitárselo después. Si, en cambio, el Congreso estableciera un plazo para que la Convención constituyente desarrolle su competencia, el vencimiento del mismo provocaría automáticamente la disolución de la Convención, que perdería su habilitación para seguir trabajando o para prorrogar sus sesiones. Bidart Campos, Germán J., *op. cit.*, nota 9, p. 488.

ejercicio de tales derechos/deberes: elección de convencionales nacionales constituyentes, por ejemplo.

Por ser autoevidente, no urge decir que el ciudadano, mediante el ejercicio del derecho de sufragar, pone en evidencia la intervención personal y directa en la construcción jurídica del Estado. En nimia medida, pero tan indelegable como insustituible.

La segunda consigna viene apuntalada por una disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El artículo 23, que goza de jerarquía constitucional, prescribe: “Derechos políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: *a*) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; *b*) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y *c*) de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”. Interesa ponderar dos aspectos que ilustran la disposición y que caminan juntos. Que, por otra parte, empalman perfectamente con el ideario fijado por el artículo 37 constitucional ya comentado.

El inciso *a* del artículo 23 nos reencuentra con la participación política. Y sin romper el hilván de la Constitución, esta regla añade: “de participar en la dirección de los asuntos públicos”. Es una declaración primigenia que rompe con la posibilidad de cualquier alternativa oligárquica.

La reforma constitucional, en cierta medida, queda a merced del auditorio ciudadano. Distráido, preocupado, perspicaz, conecedor, intransigente, inteligente, pero cerrado a la novedad, en un acto de rechazo o apoyo, principalmente a través del voto, será al fin de cuentas el que intentará descifrar el código genético de la reforma. El comicio para elegir convencionales constituyentes, y su resultado, cierra la segunda etapa del proceso constituyente. Está allí, en la mano del ciudadano, sellar la suerte del proceso.

## VII. CREACIÓN CONSTITUCIONAL

### 1. *Política constitucional*

En el sistema programado por la Constitución federal imperan dos reglas diversas que en cierta forma podría significar que comportan la clausura de la positividad del mismo. Por un lado, la que confiere reconoci-

miento a los derechos de los habitantes, pautada regiamente en el artículo 19 constitucional: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Implica que todo lo que no está prohibido está permitido; ciertamente: tiene que ser “tomado con cautela”, porque la función de establecer límites entre los ciudadanos, por ejemplo, a través de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales es indiscutible.<sup>24</sup> Luego, a partir de este esquema, la libertad del ciudadano es, en principio, ilimitada. Por otro lado, para poner en práctica dicha distribución, el poder del Estado se divide y encierra en un sistema de competencias circunscritas. La regulación de las atribuciones de los poderes del Estado se organiza bajo una máxima distinta, la juridicidad: todo lo que no está expresamente atribuido como potestad, se halla prohibido.<sup>25</sup> E implica, por de pronto, que las competencias de los poderes del Estado están sujetas al derecho; todos sus actos deben ser conformes a la Constitución; léase: el derecho sobre el derecho, bajo pena de invalidez. Todo el título primero de la segunda parte de la Constitución federal se destina a la organización de las competencias de los poderes públicos, las distintas ramas para ejercerlo: legislación, administración y jurisdicción.

La descripción constituye una proposición capital de la teoría constitucional argentina. Pero habrá que detenerse, una y otra vez, a pensar en ella, y no cerrar los ojos, escuchar sus sonidos y presagiar sobre sus silencios, si se pretende determinar la competencia de una convención reformadora. Sus potestades, en fin, que puede o que no puede hacer constitucionalmente el poder de reforma. En tales condiciones, reformar la Constitución es una competencia limitada, limitación sui generis, tejida de antemano por la propia ley mayor. Si ha de quererse su continuidad.<sup>26</sup>

Ahora bien, sin importar cuántos estratos hay en la Constitución federal, sin importar si es que hay “un tajo” entre la regulación constitucional de los poderes constituidos y el poder reformador, hay una evidencia incontrovertible: las consideraciones sobre los alcances de la “política constitucio-

<sup>24</sup> Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, cit., nota 12, p. 120.

<sup>25</sup> Cfr. Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, versión española de Francisco Ayala, 1992, pp. 138 y 139.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 118.

nal”, concretamente, el artículo 30 de la CA, no se halla regulado junto a lo que sería la reglamentación de la “política cotidiana”, referidos a la aplicación de las disposiciones constitucionales. Esta observación no hace que debamos despedirnos del principio de juridicidad. Más bien, agudizar la tarea para delinear una interpretación constitucionalmente adecuada respecto de la cual ha de ser el territorio y límites de las competencias del poder reformador.

Cuando en el contexto de esta ponencia se dice que la Constitución federal es “rígida”, se está aseverando con apoyo en un dato provisto por la propia ley mayor, que prevé un proceso de reforma constitucional sumamente más complejo que el proceso previsto para la configuración legislativa ordinaria. ¿Cuál es la razón por la que la Constitución ha de ser rígida? Simplemente, porque una ley mayor, con estas propiedades, queda fuera del alcance de las circunstancias movedizas e inseguras de la política cotidiana. Asegura, en cierta medida, la permanencia de determinada forma de Estado y de determinado sistema de gobierno. La opción por la permanencia, dejando abierta la posibilidad de discutir y votar constantemente la mejor estructura de gobierno con la que dotar al Estado,<sup>27</sup> parece ser la opción racionalmente más elevada para adquirir certeza en las relaciones entre los individuos y estabilidad para los planes de gobierno.

La rigidez de la Constitución federal, naturalmente, no implica irreformabilidad. La dificulta, pero no la impide. La reformabilidad de la Constitución es perfectamente posible, pero: ¿hay núcleos protegidos?, ¿hay contenidos irreformables?, ¿qué sucede si no se respetan las formas?

La convención reformadora, a diferencia del poder constituyente que dio nacimiento a la organización estatal, tiene una competencia constitucionalmente establecida. Es soberana —con la limitación que más abajo se describe—, en la medida de los límites constitucionales. No tendría ningún sentido que la Convención fuese un apéndice del Congreso, que careciera de libertad para ejercer la función constituyente.

El artículo 30 constitucional es una disposición sobre la producción jurídica. Es una definición básica del sistema por la que se adscribe a un órgano determinado (convención) el poder de crear un cierto tipo de fuente de derecho (constitucional), con observancia de determinadas reglas, de

<sup>27</sup> Cfr. Ferreres Comella, Víctor, “Una defensa de la rigidez constitucional”, *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 227.

modo que ningún otro sujeto tiene potestad para crear ese tipo de fuente.<sup>28</sup> Esta asignación (o reserva) de competencia que realiza la Constitución tiene importantísimas consecuencias. En efecto, se dice más arriba que una de las reglas relevantes de nuestro sistema constitucional era la referida a la organización de los poderes. Añado, pues, que asignar competencias a los órganos del poder se integra con las ideas de delimitación e indelegabilidad: la Constitución imputa una tarea a un órgano de poder —constituyente o constituido—, el que debe asumirla y no cederla o transferirla, salvo que se encuentre autorizada la delegación.<sup>29</sup> Siguiendo hasta sus últimas instancias los rasgos básicos del razonamiento, queda verificada la fijación del ordenamiento, como tarea fundamental del sistema programado por la Constitución. Es que, en tal sentido, como bien señala Hesse, “la Constitución funda competencias, creando de esta manera poder estatal conforme a derecho con el alcance del respectivo mandato”.<sup>30</sup> En pocas palabras: la *constitutio scripta* determina que cada poder del Estado realice sus competencias dentro de las limitaciones prefijadas, evitando abuso de competencias. ¿Hace falta señalar que el poder reformador queda incluido?

## 2. Potestades de la Convención reformadora

Se conocen hasta ahora con bastante profundidad las sobrias características del discurso jurídico empleado por la Constitución para reglar la reforma. El cambio constitucional formalizado solamente puede ser el resultado del cumplimiento de un proceso previsto, en el que el poder constituyente, en nombre y representación del pueblo, lo concreta.<sup>31</sup>

La Constitución federal de 1853-1860, aunque distinguió entre “reforma total” y “reforma parcial” de su texto, no fue mucho más allá. Existen buenas razones, por tanto, para señalar, que en uno y otro supuesto el poder constituyente reformador no es ilimitado. Porque así se lo representaron los constituyentes. Pero esto no es una cuestión fácil ni sencilla. Es bien

<sup>28</sup> Cfr. Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2003, p. 88.

<sup>29</sup> Sagüés, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, p. 36.

<sup>30</sup> Hesse, Honrad, “Constitución y derecho constitucional”, *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 4.

<sup>31</sup> Véase, en otro sentido, Carl Schmitt: “órgano competente para acordar una ley de reforma de la Constitución no se convierte en titular o sujeto del poder constituyente”. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 24, pp. 118 y 119 y 114.

cierto que las atribuciones de las Convenciones reformadoras han atribuido a la dogmática.

Todo poder atribuido por la Constitución federal es poder limitado; caso contrario, no tiene sentido el derecho constitucional que viene o pretende, precisamente, hacer creíble que aquél puede ser “domesticado”. No hay ninguna ilimitación del poder, expresa o implícita, que pueda derivarse razonablemente de la Constitución federal. La potestad de reformar la Constitución juega dentro del propio marco de la ley mayor. Su competencia se encuentra constitucionalmente regulada, motivo por el cual no debería sobrepasar el diseño constitucional en que descansa. Esta propiedad, obviamente, como puede apreciarse, no le hace perder su naturaleza de “poder constituyente”.

Ciertamente, la Convención, en el escenario de nuestra ley mayor, no debe ser considerada como “refrendataria” del Congreso, y que su función sea legalizar las intenciones de ese órgano. Pero de ahí, a suponer, que la Convención sea la más alta expresión de la soberanía del pueblo y que puede reformar todo, incluyendo determinadas materias o saltando específicos pasos jurídicos, no es una verdad que pueda contrastarse. Como se verá más adelante.<sup>32</sup>

Es verdad que el mecanismo de reforma pensado por los constituyentes de 1853-1860 se enfila derechamente a que se considere que la “Convención” será un órgano independiente de los poderes constituidos. Pero de ahí no debe colegirse que la Convención pueda ser independiente de la ley mayor. La Convención es un poder instituido, al que la Constitución atribuye, su reformabilidad.<sup>33</sup>

Sospecho, sin embargo, que es harto difícil que en el texto y contexto de la ley mayor, pueda abrirse paso la posición que defiende la soberanía,<sup>34</sup> *lato sensu*, de las convenciones reformadoras. Se es consciente que imponer li-

<sup>32</sup> Desde el punto de vista del vocabulario, quizá haya sido Carl Schmitt quien por primera vez en la dogmática se refirió a “reformas inconstitucionales de la Constitución”: aquellas realizadas sin la observancia del procedimiento previsto para tales revisiones. Razonablemente, pues, se apunta “desde el vocabulario”, porque, recuérdese que el jurista alemán entendió que era inexacto caracterizar como poder constituyente la facultad atribuida y regulada sobre la base de una ley constitucional, de cambiar, es decir, de revisar determinaciones legales constitucionales. Schmitt, Carl, *op. cit.*, nota 24, pp. 114 y 115.

<sup>33</sup> Vanossi, Jorge, *op. cit.*, nota 20, p. 393.

<sup>34</sup> Tal la definición de la “soberanía”, según el maestro Bidart Campos. Véase Bidart Campos, Germán, *Lecciones elementales de política*, nota liminar de Domingo García Belaúnde, edición al cuidado de José Palomino Manchego, Lima, Universidad Peruana Los Andes-Asociación Peruana de Derecho Constitucional, 2002, p. 241.

mitaciones a la noción de soberanía, implica su propia negación. Un poder es soberano o no lo es, si captamos el término en sentido fuerte —como corresponde— para indicar el poder de mando de una comunidad política, que sin reconocer otro poder supremo, fija su autodeterminación, en forma exclusiva, independiente. Si con este diagrama se pretende decir que la Convención reformadora prevista por el artículo 30 constitucional expresa un poder del Estado que para organizarse jurídicamente no reconoce dentro del ámbito de relaciones que rige otro orden superior del cual provenga o derive su propia validez positiva, se comete un profundo error. Que la Constitución no distinga expresamente que la declaración de la necesidad de la reforma debe ir acompañada sobre las “materias” a reformarse o sobre los puntos respecto de los cuales debería descansar la iniciativa, no da pie para deducir la soberanía, en sentido amplio, de la Convención reformadora.

La soberanía es una propiedad atribuible al poder. Corriendo algunos elementos del término *soberanía*, quizá podría aceptarse que en sentido debilísimo, el poder de la convención que ha de reformar la ley mayor es “soberano”, en la propia y estricta medida proporcionada por los límites de la Constitución. Superados tales límites, abandonaría por completo su naturaleza de poder reglado, establecido propiamente por la Constitución, para erigirse en un poder organizador, revolucionario. Que ya no será competencia reglada constitucionalmente. Se tratará, pues, de la fuerza misma.<sup>35</sup>

¿La Constitución está a disposición de la Convención Constituyente, o viceversa?, ¿la Constitución está a disposición de la Convención, pero con límites?, ¿el cuantificador universal “en el todo” propone o autoriza la omnipotencia del poder reformador?, ¿una reforma total de la Constitución democrática actual podría ser el fundamento de una hipotética Constitución antidemocrática?

Para responder estas preguntas, por de pronto, corresponde introducirse en el examen de los límites que ha de tener la Convención reformadora.

### 3. *Lindes a la potestad de reforma: ¿qué se entiende por límite constitucional?*

Comenzando este fragmento de la exposición hay que decir que la cuestión de los límites de la reforma tiene una radical importancia, porque su

<sup>35</sup> Vanossi, Jorge, *op. cit.*, nota 20, p. 306.

existencia o inexistencia determinará, a su vez, la posibilidad de inconstitucionalidad o no de una modificación constitucional.

“Unidad” de la Constitución federal significa que se pueda comprender que todas sus disposiciones remontan su fuente de producción en una misma regla de reconocimiento: la democrática. A medida que se analiza un sistema jurídico, la inexistencia de límites hará pensar en la complejidad de que todos los entes constitutivos se hallen en relación con el todo.<sup>36</sup> La reivindicación de la teoría de la unidad del sistema es la herramienta que permite distinguir la validez o invalidez de las disposiciones de una Constitución rígida. Una reforma de la Constitución federal de la Argentina realizada con arreglo al proceso constituyente predeterminado por sus letras será jurídicamente intachable; desde esa misma perspectiva, contrariamente, realizar una reforma desconociendo limitaciones prefijadas podrá constituir una ruptura en la continuidad constitucional, aunque llegase a ser fácticamente relevante. Ha de tenerse en cuenta que cabe hablar de límites constitucionales a la reforma total y a la reforma parcial, aunque no se haya previsto constitucionalmente una sanción para el supuesto de infracción. Sostener, por de pronto, que un límite a la reforma constitucional que no prevea expresamente una sanción no sería un límite jurídico, implica, derechamente, desconocer la normativa de la propia ley mayor. La existencia de la Constitución federal escrita, como ley mayor, en un texto unitario, como ocurre en la Argentina, solamente es comprensible a partir del reconocimiento de función creadora de derecho del poder constituyente y la fijación de una estructura jerárquica del sistema creado. La Constitución se compone de disposiciones normativas que configuran la base de la ordenación estatal; su fuerza normativa, ciertamente, halla diferentes posibilidades de realización. Pero ni aun su debilidad para operar en la realidad daría pie para desconocer la normativa de la Constitución. Por tales razones, la Constitución solamente puede ser comprendida e interpretada correctamente cuando se la entiende en este sentido, como unidad, abierta al ingreso de nuevos elementos, pero cuya conformación, sin hallarse libre de tensiones, deberá observar determinadas limitaciones.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> Bobbio, Norberto, *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1997, p. 177.

<sup>37</sup> Sobre el particular, añado otra buena razón expuesta por Kelsen: “Las normas de la Constitución... no son normas jurídicas independientes y completas. Son partes integrantes de la totalidad de las normas jurídicas que los tribunales y otros órganos han de aplicar. Por esta razón, no puede citarse el derecho constitucional como un ejemplo de normas ju-

La discusión sobre los límites de una reforma constitucional concita la atención, en grado máximo, tanto en la literatura nacional como en la extranjera. El debate tiene por objeto, en general, la naturaleza, fundamentos, clases y efectos de los límites de la Constitución. Por dicha razón, pese a tratarse a una cuestión capital del derecho constitucional, cuando los constitucionalistas se refieren a los límites del poder reformador, no necesariamente estarán hablando de la misma problemática. Primero, porque incide notablemente en la perspectiva del jurista su propia opción epistemológica frente al saber jurídico. Segundo, porque no es lo mismo realizar una tipología, que aplicar rigurosamente sus resultados sobre un modelo constitucional determinado en el tiempo.<sup>38</sup>

rídicas que no establecen sanciones... En una exposición estática del derecho, las normas superiores que integran la Constitución se hallan, por decirlo así, proyectadas, como partes en las inferiores”. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, traducción de Eduardo García Maynez, México, Imprenta Universitaria, 1958, p. 170.

<sup>38</sup> La literatura es vastísima. Se indican solamente las fuentes más consultadas, independiente, por supuesto, de las propiedades del propio modelo asumido sobre el particular en esta investigación. Para facilitar la comprensión separo en fuentes argentinas y extranjeras. Veamos.

I) Dogmática argentina: Ekmekdjian, Miguel, *op. cit.*, nota 19, pp. 160-165; Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 262-264; Poviña, Jorge Raúl, “El poder constituyente, los jueces y la Constitución”, *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 13, 1956, pp. 227-237; Badeni, Gregorio, *op. cit.*, nota 18, pp. 148 y 149 y 178-183; González Calderón, Juan A., *Curso de derecho constitucional, cit.*, pp. 23 y 24; Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional, op. cit.*, nota 10, t. I-A, pp. 488 y 489; Jiménez, Eduardo Pablo, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2001, t. I, pp. 239-245; Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1964, p. 348; Bielsa, Rafael, *Derecho constitucional*, Depalma, 1959, pp. 118-126; Sagüés, Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, t. I, pp. 125-130 y 402-406; y Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional, cit.*, nota 20, t. I, pp. 173-276.

II) Dogmática extranjera: Fernández Segado, Francisco, *El sistema constitucional español*, Madrid, Dykinson, 1992, pp. 81-88; Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 219-296; Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978, op. cit.*, nota 5, Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, Madrid, Universidad Complutense, 1998, pp. 137-143; García-Atance, María Victoria, *Reforma y permanencia constitucional*, Madrid, CEPC, 2002, Cuadernos y Debates, pp. 173-224; Verdú, Pablo Lucas, “El problema de los cambios de la Constitución”, *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político de la Universidad de Salamanca*, mayo-junio, 1955, pp. 35-49; Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución, cit.*, nota 14, pp. 188-205; Bachof, Otto, *Normas constitucionais inconstitucionais?*, Coimbra, Livraria

En principio, pareciera poco importante la discusión en torno a la existencia o inexistencia de límites al poder de reforma. Sin embargo, nótese que lo que se planteará en ella es un problema de inusitados alcances, en la inteligencia que si, eventualmente, se determina la existencia de un “núcleo constitucional irreformable” y por ende indisponible para el poder constituyente, quedarían vedadas, a la postre, determinadas materias a fin de mantener la continuidad de la Constitución.

Admitir o rechazar la existencia de límites presupone una definición respecto del significado y funciones de la potestad de reforma y del poder constituyente originario. Sin que signifique adelantar mis propias conclusiones, no me parece contradictoria la posibilidad de que el sistema constitucional argentino prevea la posibilidad de su reforma total y por otro lado se asuma la existencia de límites.

#### 4. *Etimología. Sentido*

Por “límite”, en uno de los múltiples significados del término, se entiende: punto de llegada o, a veces, punto de partida.<sup>39</sup>

Almedina, 1994; Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución, cit.*, nota 25, pp. 116-34; Häberle, Peter, *El Estado constitucional, cit.*, nota 24, pp. 129-148; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Porrúa, 2001, pp. 243-250; González Schmal, Raúl, “¿Una reforma constitucional puede ser inconstitucional?”, *El significado actual de la Constitución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 319-350; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1975, pp. 63-68; Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1999, pp. 377-386; Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 105-108; Ríos Alvarado, Flavino, “Defensa a una reforma a la Constitución”, *Memoria del III Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, t. II, pp. 795-806; Valadés, Diego, “Reforma Constitucional en el sistema mexicano”, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 191-209; Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional, cit.*, nota 28, pp. 194-211; Zagrebelsky, Gustavo, *Manuale di diritto costituzionale*, Turín, UTET, 2000, vol. 1, pp. 100-104; Cicconetti, Stefano Maria, *Le fonti del diritto italiano*, Turín, Giapichelli, 2001, 84-116, y Vergottini, Giuseppe de, *Diritto costituzionale comparato*, 5a. ed., Pádova, CEDAM, 1999, pp. 206-224.

<sup>39</sup> Cfr. Abbagnano, Incola, *Diccionario de filosofía, cit.*, nota 6, p. 749.

### 5. *Concepto constitucional*

Si la reforma de la ley mayor —como se sostiene axiomáticamente en esta contribución—, se ha de ocupar de la creación constitucional, la noción sobre los límites no podrá hallarse desvinculada de dicha actividad de configuración jurídica. Por de pronto, se ha de entender conceptualmente por límite, los linderos dentro de los cuales debe transitar la creación del poder reformador constitucionalmente reglado. Observa Benito Aláez Corral que esta concepción de los límites como las fronteras dentro de las cuales es posible la elaboración de una nueva disposición constitucional, aunque difumina las diferencias ontológicas entre diversas clases de límites —formales y materiales—, permite advertir, tanto en unas como en otras, su insospechada función canalizadora del poder de reforma.<sup>40</sup>

Nótese que reconocer topes a la actuación del poder de reforma conduce, inexorablemente, a plantear una clasificación de los hallazgos. Evidentemente, tomar partido por el hecho de que el poder de reforma de la Constitución federal de la Argentina es un poder “soberano en la medida de sus límites, y más allá de éstos deja de ser una competencia establecida para convertirse en una fuerza”,<sup>41</sup> invita a distinguir cuáles han de ser dichas limitaciones.

La comprensión de la Constitución como norma que ocupa la cúspide del sistema jurídico estatal hace insoslayable considerar que los límites queden integrados en el sistema como verdaderas disposiciones jurídicas, aunque cumpliendo funciones bien distintas. Desde este punto de vista, los límites condicionan la validez de la reforma constitucional, en el mismísimo punto final de la pirámide normativa estatal. La Constitución fija los límites del derecho y, por tanto, los límites dentro de los cuales ha de situarse cualquier expectativa que pretenda convertirse en derecho.<sup>42</sup>

¿Cuáles son las propiedades significativas de estos límites constitucionales?

Si se ha de estar conteste en que por límite se comprende el lindero dentro del cual es posible el desarrollo del proceso constituyente, tanto aquellas disposiciones constitucionales que prescriben el órgano y el pro-

<sup>40</sup> Aláez Corral, Benito, *Los límites materiales a la reforma de la Constitución española de 1978*, Madrid, CEPC, 2000, p. 167.

<sup>41</sup> Cfr. Vanossi, Jorge, *Teoría constitucional*, cit., nota 21, t. II, p. 306.

<sup>42</sup> Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 39.

cedimiento por el cual se ha de llevar a cabo la reforma constitucional, como aquellas otras por las que se sustraen determinadas materias a la competencia de dichos órganos, encajarían dentro de la definición.<sup>43</sup>

Límites formales y límites materiales cumplen funciones limitadoras respecto de las posibilidades de regulación normativa del poder de reforma.

Las disposiciones normativas que contienen límites formales establecen condiciones orgánicas y procedimentales, disponiendo los órganos (Convención Constituyente) y procedimientos (iniciación, deliberación) para llevar a cabo la creación normativa suprema. Los límites formales a la reforma son la consecuencia de la fuerza normativa de la Constitución: la juridicidad de la Constitución implica la juridicidad del poder de reforma. Si la Constitución no fuese escrita ni rígida y no se la comprendiese como norma, el planteamiento anterior carecería de sentido. Desde esta perspectiva, por tanto, límites formales a la reforma de la Constitución significa establecer condiciones que hacen posible la programación normativa constitucional. Tales límites, pues, cumplen una función selectiva afirmativa en la determinación de las expectativas normativamente garantizadas, puesto que de ellos se deducen los cauces por los cuales debe discurrir la producción del sistema jurídico al más alto nivel.<sup>44</sup>

Por su parte, las disposiciones que contienen límites materiales a la reforma consisten en enunciados deónticos que, prohibiendo la supresión, sustitución o introducción de nuevas disposiciones que alteren determinados contenidos constitucionales o estableciendo la perpetuidad e inalterabilidad de algunos de ellos, otorgan garantía contrafáctica a la expectativa de que no se constitucionalicen determinadas regulaciones. Este tipo de decisiones define que determinados contenidos o materias no pueden ser objeto de constitucionalización futura.<sup>45</sup>

## 6. Límites formales

La Constitución federal establece las condiciones necesarias y suficientes bajo las cuales un acto de reforma constitucional será válido. Se trata de una propiedad capital de la norma.

<sup>43</sup> Aláez Corral, Benito, *op. cit.*, nota 39, pp. 169 y 170.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 171.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 169.

La reforma constitucional es una verdadera regla de cambio, porque faculta a introducir nuevas reglas en el sistema y en el mismo nivel.<sup>46</sup> Garantiza o remedia el carácter estático de la Constitución, ya sea adaptando cambios o provocando su puesta en marcha.<sup>47</sup>

Los límites formales fijan a qué sujeto calificado compete y a qué procedimiento específico debe atenerse la realización de la creación constitucional reformadora.<sup>48</sup>

La observancia, puntual y exacta, de las etapas del proceso de reforma constituyen, sin dudas, un límite formal para la modificación de la Constitución federal. La Constitución, de esta forma, limita el proceso de definición de lo que serán las disposiciones constitucionales, juridificando, por así decirlo, el proceso estatal para la configuración de su ley mayor de convivencia. Contra lo que habitualmente pueda pensarse, el hecho, pues, que la Constitución federal se puede modificar en el “todo”, no quiere decir que no haya límites. Al tratarse de una Constitución rígida, y ser objetivamente el proceso de reforma constitucional sumamente más complejo que el legislativo ordinario, ello configura un límite formal.

Entiendo que tales exigencias orgánico-procedimentales que conlleva el proceso de reforma tienen justificación desde la perspectiva de la satisfacción de la regla democrática. La estricta regularidad del proceso constituyente, previsto por el artículo 30, puesto en conexión con lo decidido en los artículos 1 (forma de acceso al poder: republicana; *ergo*, basada en elección popular), 36 (forma de creación normativa: democrática), 37 (deliberación y plenitud de ejercicio de los derechos políticos), 44 (representación del pueblo de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires) y 54 (representación federal) de la ley mayor, es la expresión implícita de la regla de reconocimiento, que coloca a la democracia como procedimiento para la producción de más alta jerarquía jurídica. Asumir estas características distintivas en el proceso de reforma implica reducir o eliminar la incertidumbre respecto de la regla de reconocimiento.<sup>49</sup> Porque si, aun con debilidades, el

<sup>46</sup> *Cfr.* Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 119.

<sup>47</sup> Véase sobre el particular, sección III. Significado y funciones, *supra*.

<sup>48</sup> *Cfr.* Ross, Alf, “On Self Reference and Puzzle in Constitutional Law”, *Mind*, vol. 78, Issue 309, Oxford University Press, January 1969, p. 1.

<sup>49</sup> Sobre la regla de reconocimiento democrática, como regla conceptual para la ordenación estatal, remito al trabajo “Poder, democracia y configuración constitucional”, *cit.*, pp. 95-100.

proceso de reforma de la Constitución federal es reconocido de este modo, necesariamente deberá admitirse que en él puede verse la expresión de la regla de reconocimiento democrática, porque son los sometidos al poder quienes de forma igualmente libre y por sí mismos o a través de sus representantes, podrán crear normas que gesten cambios o se adapten a los ya producidos.<sup>50</sup>

Consecuentemente, desde el punto de vista formal, los límites del mundo constitucionalmente posible de la Constitución federal de la Argentina son puestos por su propio lenguaje.<sup>51</sup> La elección por un determinado sujeto (Congreso y Convención Constituyente) y por un determinado proceso (iniciación, deliberación y sanción) establece una cuestión que afecta la competencia, limitada, de la reforma de la Constitución.

No obstante, reconozco, que la juridificación de la democracia que hace la Constitución no es blindada. La Constitución federal juridificó el proceso ciudadano de determinación de sus normas básicas de convivencia política, pero la puerta al futuro está abierta. Es decir: el propio proceso de reforma podría ser reformado. Empero, ninguna reforma de la Constitución puede apelar al uso de la fuerza para atentar contra la propia regla democrática que le da origen. Retomo este asunto en la subsección 8 de esta misma sección, al referirme a los límites materiales. Vaya por ahora esta justificación para develar la naturaleza democrática a que debe atenerse el proceso reformador.

### *7. Descripción de los límites formales a la potestad de reforma en la Constitución federal*

Constituyen límite formal al poder constituyente, la estricta observancia constitucional de las siguientes etapas del proceso:

*Primero.* Iniciación, que exige: *a)* declaración del Congreso; *b)* voto afirmativo de las dos terceras partes de los miembros efectivos en las Cámaras, que funcionarán por separado; *c)* fijación estricta de la materia constitucional a reformarse, y *d)* convocatoria a convención nacional constituyente.

<sup>50</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *op. cit.*, nota 46, pp. 183-186.

<sup>51</sup> Cfr. Wittgenstein, Ludwig, *Tractatus Logico-Philosophicus*, introducción de Bertrand Russell, Madrid, Revista de Occidente, 1957, p. 153.

*Segundo.* Debate público y elecciones, que implica las más irrestricta vigencia de los derechos subjetivos constitucionales para permitir la libre deliberación, que antecederá al comicio. Aunque la Constitución federal no fija plazo, entiendo que las elecciones para elegir convencionales constituyentes deben realizarse inmediatamente de culminada la etapa del Congreso.

*Tercero.* Creación constitucional, cuyo racional entendimiento supone que: *a)* la Convención Constituyente tiene prohibido, carece de competencia, para tratar materia y eventualmente proponer reformas, sobre objetos de regulación que no hayan sido previamente votadas, en tal sentido, por el Congreso, razón que conlleva, además, que el cuerpo electoral no habría tenido ocasión de expedir su apoyo o rechazo sobre el particular; *b)* la Convención Constituyente no se encuentra obligada a reformar las materias sugeridas por el Congreso.

Formalmente, a mi juicio, éstos son los linderos dentro de los que debe desarrollarse la creación del poder reformador, cuya producción se halla constitucionalmente reglada por dichas pistas. Estos linderos delimitan el ámbito de actuación formal del proceso de reforma.

Los diferentes actos que se deben cumplir en el proceso de reforma, enderezados a la modificación de la Constitución, no ocurren simultáneamente. Ocurren en forma sucesiva. Sin esta conexión la reforma no es constitucionalmente posible. Por tanto, es absolutamente necesario que los actos se realicen en una secuencia específica. Además, como se ha visto anteriormente, cada uno de estos actos que a su vez integra cada una de las etapas del proceso de reforma, tienen un significado especial, porque hay una disposición normativa (el artículo 30 de la CA, básicamente, pero también coinciden las mandas del los artículos 1o., 37, 44 y 54) que determina un sujeto y un procedimiento para que los actos tengan la valuación jurídica que se pretende adjudicárseles.

Argumentar de esta manera significa no pasar por alto, en lo más mínimo, el relevante papel que cumplen las reglas (que fijan el inexcusable desarrollo de determinados actos) en la formación de la reforma. Analizada en sus aspectos formales, una reforma de la Constitución federal será válida cuando sea elaborada de conformidad con todas las etapas que gobiernan el proceso de su creación. Teniendo en cuenta lo que acabo de decir, la validez de una reforma, en su aspecto formal, es el resultado de la observancia, más concretamente, de una mecánica constitucional, que estipula una serie de reglas para la formación del acto. Inobservada esa secuencia o incumplido un acto o cumplido defectuosamente, no se podrá predicar la

validez jurídica de esa reforma. Entendida de este modo, la validez constitucional de una reforma es una cuestión de pertenencia. La Constitución ha configurado determinado espacio por el que podrá penetrar el “derecho constitucional” que brotará de la reforma. En este caso, la “forma”, es decir, la mecánica constitucional detallada, integra la conducta constitucionalmente adecuada, desde que respetar la forma en que se han de producir las disposiciones normativas, los carriles por los que han de discurrir correctamente, es una noción capital de cualquier Estado constitucional. En tales casos, la ausencia de validez permitirá fundar la inconstitucionalidad de una reforma, por vicios formales en su producción.<sup>52</sup> Pensar lo contrario significaría apoyarse en que el incumplimiento del orden instaurado por la Constitución fuese quebradizo, dando pie para alentar, discrecionalmente, el desorden. Una reforma constitucional que exceda los límites formales cae, pues, en las honduras de la inconstitucionalidad. Asumo, finalmente, para arribar a dicha conclusión, que las reglas cumplen una demarcación muy fuerte en el derecho constitucional: se siguen o no y el decisivo papel que cumplen puede ser comparado con el de las vías para un tren.<sup>53</sup>

Puede suceder, por ejemplo, que una reforma no siga el procedimiento adecuado. Constitucionalmente, pues, reforma viene a “existir” cuando ella es creada de conformidad con (al menos) algunas normas sobre producción jurídica. Se dice que una reforma constitucional es válida cuando es creada conforme con todas las normas que gobiernan su creación.

#### 8. *Sobre límites materiales: ¿se puede constitucionalizar —y hasta que punto— la limitación jurídica del pueblo soberano?*

##### *Conceptos básicos*

La existencia de límites materiales al poder de reforma pone en evidencia la pretensión de controlar las opiniones de las generaciones futuras.<sup>54</sup> Pero

<sup>52</sup> Cfr. Bidart Campos, Germán, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1964, p. 150.

<sup>53</sup> Cfr. Aarnio, Aulis, “Las reglas en serio”, *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 17.

<sup>54</sup> Señala Kelsen que puede ocurrir que una Constitución se declare a sí misma “eterna” o que algunos preceptos constitucionales se declaren irreformables. Desde el punto de vista del orden jurídico estatal, único desde el que se plantea la cuestión, la respuesta es la siguiente: del mismo modo que la violación de las normas que se refie-

también puede favorecer que conduzcan a su convivencia, al preverse de antemano las reglas básicas para que lo hagan racionalmente. Sin lugar a dudas es un mensaje del poder fundacional al de reforma. En tales condiciones: ¿existen límites materiales para una reforma constitucional válida? ¿Cuál es el alcance de los cambios dentro de la democracia constitucional?

A fin de mantener la coherencia, me refiero a cambios dentro del paradigma de la democracia constitucional. Democracia y Constitución, participación y decisión ciudadana e ingeniería del poder, respectivamente, quedaron unidas en la Argentina en 1853-1860. La ley mayor constituyó un gran compromiso en el que los contratantes dispusieron de dispares fuerzas contractuales; sin embargo, esta evidencia no desvanece la ventaja recíproca que pareciera haberse obtenido al pactarse racionalmente la organización comunitaria. Es decir: democracia, forma de Estado en la que la producción del sistema jurídico resulta de la participación de los ciudadanos que componen el pueblo; Constitución, instrumento susceptible de dar forma al poder, intentando paralelamente su contención.

El ejercicio del poder constituyente originario y el del poder constituyente derivado tienen un enorme parentesco: ambos dan lugar a momentos constituyentes. La pregunta que sobreviene es si esta similitud guarda o no guarda diferencias, en la inteligencia de que la Constitución federal puede ser reformada en todas sus partes. Como la Constitución siempre ha de tener el contenido que le da el poder reformador en cada momento constituyente, en caso de no existir un núcleo jurídicamente indisponible configura un verdadero sinsentido hablar o postular la existencia de límites materiales.

La Constitución federal argentina no establece límites materiales expresos al poder constituyente, como sí lo hacen la Ley Fundamental del Bonn en su artículo 79, inciso 3o.: “Es inadmisibles toda modificación de la pre-

ren a la creación jurídica —a falta de otra determinación constitucional— implican la nulidad de la norma irregularmente establecida; es decir, así como es jurídicamente imposible una creación irregular de normas, así también es jurídicamente imposible la reforma de una Constitución o precepto constitucional declarado irreformable. Esta declaración de invariabilidad puede ser enormemente inoportuna, puesto que, de hecho, no podría imponerse una Constitución que no estuviese de acuerdo con las necesidades de la época, que exigen imperiosamente su reforma; pero, jurídicamente, no hay más remedio que atenerse a ella, como a toda norma referente a la creación normativa. Véase Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1959, p. 332.

sente Ley Fundamental que afecte a la división de la federación de *Länder* o al principio de cooperación de los *Länder* en la legislación o a los principios consignados en los artículos 1o. y 20”. O la Constitución italiana en su artículo 139: “La forma republicana no puede ser objeto de revisión constitucional”. Si se enjuiciara que esta clase de límites materiales expresamente fijados por las Constituciones italiana y alemana, respectivamente, son el paradigma de la técnica, pareciera que en el lenguaje empleado en la Constitución federal se habría desistido de realizar esta fijación. O, dicho de otro modo: no existen enunciados que prescriban expresamente —insisto, bajo el paradigma de las leyes fundamentales alemana e italiana— la eternidad e inalterabilidad de ellos mismos, prohibiendo que no se constitucionalicen determinadas expectativas que impliquen su supresión, su sustitución o la introducción de disposiciones que alteren su contenido determinado en modo preexistente.

Ciertamente, no se deja de considerar la ruptura de la esclavitud (artículo 15), la abolición de la pena de muerte por causas políticas y toda especie de tormentos y los azotes (artículo 18), que la confiscación de bienes queda borrada del Código Penal (artículo 17), y la prohibición de otorgar la suma del poder público en las condiciones descritas por el artículo 29 constitucional. Estas piezas demuestran que hay una definición valorativa; empero, no creo que, estrictamente, puedan encajar dentro de una moderna técnica de intangibilidad de reglas constitucionales. Ahora bien, que la existencia de tales límites no exista como consecuencia de una definición expresa de la Constitución federal no significa, en modo alguno —por las razones que se esgrimen más abajo— que se pueda proyectar normativamente y en forma racional una reforma que, por ejemplo, dispusiese la instauración de la esclavitud, o de la pena de muerte, o de la confiscación de bienes o la indivisión del ejercicio de los poderes constituidos del Estado, o la abolición de la forma de producción democrática.

Por tanto, entiendo que la gran cuestión de fondo consiste en resolver si mediante el procedimiento democrático puede llegar a abolirse o no la democracia, porque es precisamente ese procedimiento el que da posición jurídica a un determinado conjunto de disposiciones normativas, entre las que se hallan las anunciadas en el párrafo anterior, y qué grado de conexión tienen dichas disposiciones con la democracia misma.

Nótese que a pesar de que esta singular falta de referencia expresa en la propia letra constitucional respecto de lo que pudiese surgir de una even-

tual reforma, existen muy buenas razones para sostener la existencia de límites a la reforma constitucional. Sencillamente, afirmo que las reformas pueden generar gigantescos cambios en un sistema de gobierno y en la distribución de bienes y recursos comunitarios. Cuando un pueblo, como el argentino, adoptó la democracia, para desprenderse de esta modalidad de producción y respeto de la dignidad humana en que ella consiste, empleando a la democracia para autodestruirse, es necesario convertir a la democracia constitucional en un sistema político de naturaleza diferente. No es constitucionalmente admisible la reforma total de la ley mayor, aunque se cuente con el consentimiento de la mayoría de los gobernados, si la reforma instala la autocracia y/o implica que el poder de la mayoría puede, llegado el caso, violar la soberanía de las conductas del ciudadano en su ámbito personal.

Propongo un ejemplo. En medio de la infinita emergencia pública que azota la evolución del Estado argentino, un movimiento político carismático, encabezado por un líder a la Providencia, obtiene el consentimiento del pueblo para concretar una reforma, hacia un régimen de naturaleza autocrático, sin división de poderes ni respeto de los derechos subjetivos constitucionales básicos. Voy más lejos aún. El cambio constitucional, milagrosamente, haría que se aminoren los efectos de la crisis económica. ¿Hay fronteras para el cambio constitucional? ¿Podría el pueblo argentino que ha aceptado la democracia constitucional autorizar semejante transformación política? ¿Puede el nuevo sistema jurídico afirmar que su validez deriva del sistema de la Constitución anterior? La Constitución no democrática no podría hallar fundamento en la Constitución democrática, porque en el propio proceso de emanación jurídica el pueblo, al conceder un poder absoluto, renuncia al propio fundamento de la democracia: la libertad del ciudadano para decidir. *Ergo*, la democracia no da pie para su propio suicidio; la regla de la mayoría no concede evitar la pluralidad de las respuestas, desde que en el caso apuntado la decisión debería ser soportada por todos. La democracia constitucional puede sustituirse, pero el nuevo sistema antidemocrático que destruye al anterior opera fuera del paradigma de validez.

En la dogmática constitucional adquiere una especial relevancia la disposición incluida en el artículo 36 de la CA, por la reforma constitucional de 1994. Regiamente dispone la norma: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos...”. ¿Qué significa ello en la interpretación consti-

tucional? Que la democracia juega doble papel en la organización fundamental de la vida comunitaria de los argentinos. Es la regla que informa y nutre el proceso de configuración de la ley fundamental; es, en tal sentido, forma (política) de Estado. Fijado su cauce por la Constitución, luego, la participación popular, plural y mayoritaria pero en tensa relación con el principio de protección de las minorías, es columna vertebral que orienta, propiamente, la aplicación de las disposiciones constitucionales; es, en tal sentido, un sistema de gobierno. Del artículo 36 constitucional puede deducirse la prohibición de acabar con la democracia por medios jurídicos y pacíficos. No se trata de un conjunto de valores metapositivos. Porque la disposición se refiere específicamente “a actos de fuerza... contra el sistema democrático”, que en la redacción constitucional viene propiamente instaurado como cualidad de las cualidades por la propia ley mayor, adquiriendo una dimensión que condiciona la interpretación racional de la Constitución federal. ¿No constituiría un acto de fuerza apelar a la democracia para destruirla? ¿La democracia se concilia con la negación de la autoterminación del ciudadano?

Interesa detenerse en los lineamientos que emergen del artículo 36 de la CA. Tarea básica de la disposición es servir como norma de defensa de la Constitución.<sup>55</sup> En máxima expresión “jurídico-positiva”. Fines, valores o realidades metapositivos que valen y existen por sí mismos antes y con independencia del texto constitucional, ahora valen porque la Constitución los recogió. La voluntad normativa de la Constitución no se construye a partir de una Constitución material metapositiva, sino que la misma se deduce interpretativamente de las afirmaciones constitucionales. Pero, además, se constitucionaliza la democracia como sistema de gobierno, es decir: como se prevé que debe ser la emanación a partir de la Constitución.

El lenguaje del artículo 36<sup>56</sup> constitucional<sup>57</sup> disipa cualquier duda: el sistema de organización políticamente fijado a los poderes del Estado es el democrático. Viene instaurado como propiedad capital por el poder constituyente reformador de 1994. Pero no asegura de ninguna manera un buen gobierno. Constitucionalizar la democracia significa disponer en el

<sup>55</sup> Sagüés, Nestor, “Reforma de 1994. Cláusula del imperio constitucional”, *Elementos de derecho constitucional*, *cit.*, nota 29, pp. 243 y 244.

<sup>56</sup> La autodefensa constitucional, en la dicción del artículo 36 CA, es pieza clave del texto constitucional.

<sup>57</sup> *Cfr.* Ekmekdjian, Miguel A., *op. cit.*, nota 23, pp. 386-431.

texto constitucional que dicho sistema encierra una clave para convivir con los problemas comunitarios y, eventualmente, resolverlos. Su específica tarea, como ideación político jurídica, es que los poderes del Estado mantengan como premisa la posibilidad del ciudadano de utilizar efectivamente su libertad de opinión y de manifestación para fines políticos. Es que el núcleo del ser humano como ciudadano se ve afectado si no se respeta esta premisa antropológica y cultural, cuya consecuencia organizativa es la democracia y los derechos que derivan de ésta.<sup>58</sup>

La democracia es una forma de producción del sistema jurídico, donde todos los ciudadanos son llamados a decidir. Por tanto, la legitimación democrática es un presupuesto o regla de reconocimiento de la organización constitucional argentina. Se acierta al imaginar que el reconocimiento de la democracia como regla de legitimación conlleva la existencia y garantía del pluralismo. El pluralismo, significa —como afirmó Ignacio de Otto— reconocer jurídicamente la posibilidad de lo otro, porque, en definitiva, desechada la posibilidad misma de la identidad, la democracia no es sino la garantía de la posibilidad de todos los proyectos, un sistema en el que en principio es realizable cualquiera de ellos. Si la democracia está esencialmente vinculada al pluralismo, está claro que se excluye la posibilidad de aplicar los métodos democráticos a su supresión, esto es, que tal supresión no podría llamarse decisión democrática. Afirmar lo contrario es admitir una omnipotencia que se destruye, algo que no puede predicarse sin sofisma.<sup>59</sup>

La intangibilidad del pluralismo es el único contenido que una dogmática adecuada debería defender rigurosa y decididamente contra las agresiones de aquellos que impugnan la pluralidad.<sup>60</sup> Según dicha consideración, la única forma de casar a la democracia es, en rigor, entendiendo y tolerando que no hay una única forma de ver el mundo, sino tantos modelos como sean imaginables.

Si, apelando al proceso previsto por el artículo 30 constitucional se llevase a cabo una modificación —en caso de ser imaginable— que suprimiese el sistema democrático, esto es, la nueva regla constitucional impondría la eliminación de la soberanía del ciudadano para decidir en libertad y par-

<sup>58</sup> Cfr. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, cit., nota 13, pp. 193-203.

<sup>59</sup> Otto, Ignacio de, *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 65.

<sup>60</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 14-17.

ticipar en la construcción comunitaria y la negación de la división de poderes; evidentemente, tal ejemplo arrancaría de raíz el propio sustrato político de la democracia fijado en el artículo 36 constitucional. Sin dudas, la nueva Constitución podría ser aplicable, y nadie tampoco dudaría sobre su eficacia jurídica. Pero no se podría concluir, si tal evento ocurriese, que la nueva Constitución resultante del proceso reformador obtuviera su fundamento de validez de la actual, porque se habría provocado una ruptura con el sistema anterior. Jamás podría predicarse su pertenencia a dicho sistema, jurídicamente hablando, porque taló la secuencia de validez. Adviértase que no se dice no “se podrían” llevar cabo tales cambios. Es posible, lógicamente, que ocurriese. Pero, de suceder, se produciría la “abolición” de la Constitución federal que actualmente rige, porque se produciría la extinción deliberada de instituciones básicas, cuyo componente esencial es la ruptura con el pasado.

Una elemental comprensión conceptual sugiere que reforma constitucional es el proceso de un texto hacia otro texto, ambos sin solución de continuidad con la naturaleza constitucional planteada. Ello no ocurre en el ejemplo descrito. Se transitaría de un sistema democrático a uno de filiación autocrático, y ello no es una modificación constitucional, porque la democracia, precisamente, no sólo alienta y protege la participación ciudadana, sino, fundamentalmente, es un método que posibilita que ello siga siempre sucediendo. Lo que no acontece en la cuestión evaluada.<sup>61</sup>

Desde la perspectiva expuesta: la Constitución de 1853-1860, con sus reformas de 1866, 1898 y 1957, comportó el cauce de la democracia, reconociendo en ella una regla conceptual para proceder a la ordenación comunitaria. La Constitución reformada en 1994, haciendo pie en la legitimación democrática del Estado, establece la democracia como propiedad sobresaliente del sistema constitucional. Se ha impuesto en el texto de la Constitución, finalmente, la prohibición implícita de suprimir la democracia misma. Es de hacer patente, pues, que la capacidad de decidir libremente es presupuesto de la democracia.

Todo cambio que transforme el sistema de gobierno en un sistema político totalitario, o tan autoritario como para impedir que se configure el espacio suficiente para la libertad humana, sin importar cuán puros resulten

<sup>61</sup> Cfr. Torres del Moral, Antonio, *Principios de derecho constitucional español*, 4a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense Madrid, 1998, pp. 141-143.

los procedimientos ni cuán difundido el apoyo popular que reciba, no puede pretender continuidad con la Constitución que rige. La democracia descansa en la noción de libertad humana. De allí que el consentimiento que un pueblo presta libremente resulte el elemento central de legitimidad en una democracia constitucional. Sin embargo, el consentimiento no funciona como un elemento que da legitimación a cualquier acuerdo político. Un sistema que niega el valor de la libertad no puede atribuirse a sí mismo el consentimiento como fundamento de su legitimación, puesto que lo que carece de valor no puede conferir cosa alguna.

Si el pueblo puede limitarse de tal modo a sí mismo, es porque entonces se hace posible el imperio de cierta clase de derecho de la Constitución, derecho que se basa, principalmente, en la razón más que en la fuerza, y que respeta el derecho de libertad como línea de acción de todo el proceso de adopción de las políticas comunitarias a seguir. Se desprende la conclusión: una vez que el pueblo ha adoptado una democracia, tanto él como las generaciones futuras quedan limitados para siempre en esta clase de sistema político, si se ha de pretender la continuidad. Se podría permitir un cambio hacia otro sistema que amplíe su imperio o la fortaleza. Pero un desplazamiento desde una democracia constitucional hacia una dictadura restringiría el ámbito de la libertad, y de su elemento principal: la razón. Quizá, en el futuro, los seres humanos inventen un sistema para la convivencia que de protección y garantice los planes de vida, mejor dé lo que lo hace la democracia constitucional, con la dignidad humana y la soberanía de la persona.

Se podría objetar la conclusión de que según el artículo 36, CA, puesto en directa conexión con el artículo 1o. del mismo código constitucional, se encontraría prohibido instaurar una sistema (político) de ejercicio del gobierno no democrático o una forma de acceso al gobierno (jurídica) no republicana. Basándose en un elemental formalismo se argüiría que en la medida en que el sistema democrático y la forma republicana no se hallen sustraídos a la posibilidad de reforma por una limitación material expresa, eventualmente, el cambio es factible. Máxime que en el lenguaje constitucional resulta de no fácil captación las propiedades capitales de democracia y república. Me atrevo a dar respuesta.

*Primero*, sin simplificaciones, “democracia” es una regla conceptual que indica una forma de Estado en la que la capacidad para decidir pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos que integran el pueblo.

*Segundo*, ingresada la democracia al cauce de la Constitución, aquella soberanía popular es ejercida en forma representativa, con base en el principio de la mayoría y respeto de la minoría.

Sin embargo, parece conveniente llamar la atención respecto de que no todas las decisiones “democráticas”, cuya canalización o formalización emprende el programa constitucional federal argentino son, a su vez, democráticas. Hay aperturas en la Constitución federal, como por ejemplo el sistema de gobierno (jurídico) hiperpresidencialista que elimina la cooperación, estimula el enfrentamiento y es tendencialmente desestabilizador del sistema político. Consecuentemente, hay que concluir que la recepción de la Constitución del método democrático es una cuestión de grados de fidelidad con el ideal y no la consagración del ideal mismo, porque la apertura que produce hacia el presidencialismo que favorece la concentración del poder es poco democrática, por no decir autocrática.<sup>62</sup>

*Tercero*, dado que la democracia presupone el pluralismo, y éste solamente halla fundamento en los derechos de libertad, en ausencia de ellos no existiría pluralismo, de forma tal que tampoco por conexión lógica habría derechos individuales.

*Cuarto*, si la democracia es un obrar del pueblo en el momento constituyente fundacional, en el concepto de “república” halla su casa en sentido constitucional la posibilidad de vivir en libertad y en seno de una sociedad abierta. Para ser vivida la república debe mantenerse abierta la posibilidad de que existan iniciativas y alternativas pluralistas; sin división de poderes es difícil explicarlo, porque su indivisión impide a cualquier minoría oponerse u enfrentar radicalmente cualquier pretensión mayoritaria.

*Quinto*, la democracia, entendida como forma de Estado (forma de definir y producir, políticamente, su organización fundamental) se vería negada al privárseles a los ciudadanos de su derecho a decir.

*Sexto*, además, al haber adoptado el Estado argentino la forma de gobierno republicana, que establece jurídicamente la división y control del

<sup>62</sup> No apunto que el presidencialismo es inevitablemente autocrático. La reforma constitucional de 1994 provocó profundas desviaciones en el sistema de gobierno. Sin ningún tono profético que aborrezco, sostengo que en caso de no corregirse tales desvíos, se mantendrán *sine die* las razones de la crisis del sistema de gobierno argentino, que impiden la construcción de un consenso estable en el tiempo y racional en el espacio. Aún así, afortunadamente, como enseña Bobbio, hay infinitas razones para preferir un sistema de gobierno democrático (de bajísima cualidad como es el hiperpresidencialismo vernáculo) a uno autocrático. Véase Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 489.

poder constituido, su propia negación sería resultado de una indivisión o suma del poder público.

*Séptimo*, la reforma de 1994, al constitucionalizar la democracia, ahora como sistema político de gobierno, ha añadido a la letra de la ley mayor el pluralismo. ¿O la tolerancia, el compromiso, no es esencial para la convivencia?

*Octavo*, la forma de Estado democrática (los ciudadanos deliberan y deciden en libertad, pero no entendido como competencia propia de hacer lo que les plazca, sino como fórmula identificatoria de una coexistencia que renueva cotidianamente su colaboración en la forma más abierta y más responsable<sup>63</sup>—Preámbulo constitucional: “Nos los representantes del pueblo”, elemento humano que significa “nosotros”—), la forma republicana de gobierno (adopción de la moderna técnica de la división del poder, único modo racional de respaldarla —artículo 1o. de la CA—) y el sistema de gobierno democrático (donde pluralismo y tolerancia si bien por sí solos no ofrecen seguridad a la libertad intelectual y física, son las bases más plausibles que se conocen —artículo 36 de la CA—) constituyen, sin duda, la plataforma de la organización comunitaria de la Argentina. Es claro, pues, que un cambio que alterase estas decisiones constituyentes obligaría a concluir que se habría provocado ruptura en el territorio constitucional, hacia un sistema jurídico tan distinto al anterior, que no podrá reclamar solución lógica de continuidad. Porque se despedazaron los antecedentes.

*Noveno*, si bien la Constitución federal regula su propio cambio, y se trata de una cualidad por excelencia de la estructura y funcionamiento del sistema por ella generado, su reproducción no opera con absoluta independencia de la decisión exterior: la voluntad del ciudadano. ¿Quién es soberano: el sistema, por sí mismo, o el sistema, por decisión de los ciudadanos? Si la unidad del sistema jurídico no se puede fundamentar en el elemento externo indicado, sino exclusivamente en su propia autorreferencialidad,<sup>64</sup> se desvanece por completo la idea de que la Constitución, todo el derecho, es un producto de la razón humana.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Cfr. Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 33.

<sup>64</sup> Cfr. Aláez Corral, Benito, *op. cit.*, nota 42, p. 123.

<sup>65</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, “Razón, derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, *Utopía y realidad en Bobbio. Homenaje a Norberto Bobbio en Argentina en ocasión de su nonagésimo segundo aniversario*, Buenos Aires, Di Plácido Editor, 2001, pp. 106 y 107.

La regla democrática, cuya expresión más acabada es la titularidad del poder constituyente en el pueblo, es el fundamento de la supremacía constitucional. Hay soberanía jurídica de la Constitución federal, de una Constitución que impone una determinada forma para organizar al Estado argentino y conferir reconocimiento a derechos subjetivos, porque el principio político de la soberanía popular es su fundamento. Las modificaciones constitucionales son, sustancialmente, actos políticos de soberanía, un majestuoso esfuerzo de racionalización política, pero cuyo desarrollo se encuentra fijado, reglado, ordenado jurídicamente en la Constitución.<sup>66</sup> El poder de reforma, políticamente es un acto libre, cuya principal responsabilidad desde el punto de vista jurídico es, precisamente, no romper la continuidad establecida por la lógica de los antecedentes.

Las generaciones futuras se encuentran limitadas por la Constitución actual. Pero pueden desentenderse de ella. Es inimaginable, por ejemplo, que en el futuro se quisiera establecer la esclavitud o cualquier otra forma de cercenamiento absoluto de la autorreferencia personal. Pero, en caso de suceder, ese nuevo modelo jurídico, al no preservar la regla de la minoría y abolir la dignidad humana, no sería una decisión democrática, motivo por el cual ese nuevo sistema jurídico ni tendría la propiedad de reforma de anterior ni podría considerarse como continuador de su positividad. La democracia es una regla, un método para la organización del sistema jurídico, que se encuentra abierto a cualquier expectativa en todo momento, a condición de que su propia reforma no niegue la existencia del mismísimo método democrático, afirmado en el principio de la mayoría, síntesis de las ideas de igualdad y libertad.<sup>67</sup> Actualmente, lo que caracteriza a un sistema político democrático es el principio de la mayoría aplicado a votaciones con sufragio universal.<sup>68</sup> Aún así, la aplicación de la regla de la mayoría no carece de límites. La decisión del pueblo, en el momento constituyente fundacional, ratificada y ampliada en 1994, se ha caracterizado por la afirmación de la amplia esfera de los derechos de libertad, calificados de inviolables. La democracia dualista,<sup>69</sup> que caracteriza al modelo argentino, esta decisión del pueblo fijando la naturaleza inalienable de estos dere-

<sup>66</sup> Cfr. Vega, Pedro de, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, cit., nota 37, pp. 60 y 61.

<sup>67</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, cit., nota 36, p. 341.

<sup>68</sup> V. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., nota 61, p. 469.

<sup>69</sup> Véase sobre esta definición: Ferreyra, Raúl Gustavo, "Poder, democracia y configuración constitucional", cit., nota 3, pp. 109-120.

chos, permite que estos derechos subjetivos constitucionales puedan ser entendidos como derechos contra la mayoría. Pueden ser interpretados como un territorio fronterizo ante el cual se detiene el principio mayoritario: la regla del mayor número sólo se relaciona con lo que está sujeto “a opinión”; en esta calidad, que es la proporcionada por la Constitución federal, los derechos de libertad no están sujetos a opinión, *ergo*, no son negociables.<sup>70</sup>

*Décimo*, que la reforma pueda ser total, plantea, en principio, la posibilidad de que la creación jurídica fuese ilimitada y determinar su ámbito personal, espacial y temporal de existencia. Al sostenerse la existencia de límites materiales, la capacidad de regulación normativa no deja de ser ilimitada. Se está implicando que si bien todo es mudable, cambiable, siempre que se decida por el procedimiento de autogobierno y respeto de la soberanía personal, por tanto, es la propia racionalidad la que como paradigma indica que no debería tramitar por el procedimiento democrático una demanda que pretenda borrar la propia positividad de igualdad y libertad que establece la decisión democrática como propia.

#### VIII. REFORMA INCONSTITUCIONAL. LA MÁS GRAVE PATOLOGÍA DE LA CONSTITUCIÓN

Pensar en la inconstitucionalidad como conflicto normativo implica como presupuesto indispensable la concepción de la Constitución federal, como un sistema jurídico<sup>71</sup> institucionalizado que disciplina la planificación y ejercicio de la fuerza estatal, motivo por el cual el sistema puede ser descrito tomando como punto de partida la unión de reglas primarias y reglas secundarias (de cambio y de adjudicación), relacionadas entre sí, y cuya unidad es determinable apelándose a la regla de reconocimiento que proporciona criterios para determinar validez de todas las demás reglas.<sup>72</sup> Si no se comprende o no se acepta la idea de unidad del sis-

<sup>70</sup> Cfr. Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, cit., nota 61, p. 478 y 479.

<sup>71</sup> En rigor de verdad se trata de un subsistema jurídico, más precisamente, el núcleo, el portador de la cadena biológica de ADN, pero regula las propiedades básicas del sistema, razón por la cual dado que la ley mayor define la concretización de la totalidad de las reglas del sistema jurídico, en sentido débil, puede aplicarse o entreverse en la Constitución la idea de sistema.

<sup>72</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 45, pp. 101 y 125-153.

tema jurídico, no tiene sentido especular sobre la existencia de conflictos normativos, cuyo paradigma es la inconstitucionalidad. Por otra parte, la ausencia de unidad de un sistema jurídico daña su identidad, al impedir mantener la estabilidad de las expectativas de los ciudadanos.

El significado de inconstitucionalidad incluye, en el análisis, la idea de disconformidad. Inconstitucionalidad es un vicio o defecto que si bien se circunscribe habitualmente al enfrentamiento entre disposiciones infraconstitucionales con la ley mayor, también pueden producirse infracciones a nivel de la Constitución misma, si es que resulta que por medio de una reforma se violenta el principio de unidad del sistema,<sup>73</sup> configurado principalmente por los lindes prefijados para el desarrollo de una enmienda constitucional.

Conformidad con la Constitución federal, en sentido estricto, es decir, constitucionalidad de una reforma, resulta predicable cuando respeta la forma y contenidos autorizados por la propia ley mayor. Conformidad, pues, no es otra cosa que correspondencia: que se satisfagan las condiciones de una relación.

La validez de una reforma constitucional es la relación de conformidad entre las disposiciones creadas y las disposiciones que regulan su producción. Por tanto, validez de una reforma constitucional es un concepto relacional que designa, fundamentalmente, la relación de pertenencia de una nueva disposición con la Constitución, siempre que se hayan observado todas las etapas que regulan y disciplinan su creación normativa. La inconstitucionalidad de una reforma constitucional consistirá, pues, en la no conformidad de la disposición creada con la Constitución. Una reforma inconstitucional es una modificación viciada; llámase de este modo a toda disposición constitucional que no haya sido producida en estricta conformidad de todas las normas que regulan su creación. El vicio es el efecto de la violación o infracción de una norma sobre la producción jurídica: los límites fijados al proceso reformador. Conviene subrayar, por tanto, que la violación de tan sólo una disposición de las que regulan el proceso reformador será motivo razonable para predicar la invalidez<sup>74</sup> de la reforma.

<sup>73</sup> Cfr. Garzón Váldes, Ernesto, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEPC, 1993, p. 582.

<sup>74</sup> Cfr. Guastini, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, pp. 319-342.

Podría objetarse que la inconstitucionalidad de una reforma es una conclusión incompatible con una Constitución que prevé su reforma total. Porque resultaría incompatible con la pretensión de la Constitución de afirmar su supremacía y, paralelamente, la de conservar la eficacia del sistema abriendo el proceso constituyente a todas las alternativas. Desde la perspectiva del derecho constitucional positivo, entiendo que la presencia de límites constitucionales a la actuación del poder de reforma, aunque no aseguran ni refuerzan por sí mismos la idea de la supremacía constitucional, configuran un fiel indicador que permite distinguir entre la existencia de cambios virtuosos y regulares o viciados. En realidad, la reforma total, la modificación de todas, absolutamente todas las materias constitucionales viene propiamente regulada y autorizada por la ley mayor. Pero la presencia de límites no debe ser negada, desde que también viene impuesta por la misma fuente, circunstancia que obliga, para no devaluar el principio ontológico de la Constitución misma, a que la voluntad de cambio se formalice por los cauces previstos propiamente para la reforma.

Imponer, o, mejor dicho, reconocer la existencia de limitaciones al poder de reforma no comporta una *contradictio in terminis* con la posibilidad de reforma total. Aunque “todo” puede ser entendido como cualquier conjunto de partes, en cuanto es independiente de la disposición de las partes mismas, invariablemente, en la inteligencia de la posibilidad abierta por el artículo 30 constitucional, “todo”, no puede ser escindido de que la Constitución constituye un objeto complejo, un sistema cuyas partes se relacionan y son reconducibles a un mismo patrón de validez, prescribiendo una definición tajante entre lo que significa la asociación de democracia y Constitución y lo que significaría una revolución o ruptura del orden instaurado por el sistema. Estas limitaciones jurídicas no comportan ningún dique de contención perpetuo ni definitivo contra el absolutismo, ni una garantía que funcione en todo tiempo y lugar, pero sirven para establecer la diferencia abismal que media entre democracia y autocracia. Entre juridicidad constitucional y ruptura revolucionaria.<sup>75</sup>

Como se adelanta en el epígrafe de esta sección, una reforma inconstitucional es la expresión más grave de una patología de la Constitución. Según la intensidad y extensión del factor de perturbación, la patología puede acarrear desde una instancia revolucionaria, es decir el reemplazo de la

<sup>75</sup> Cfr. Garzón Valdéz, Ernesto, “Las limitaciones jurídicas del soberano”, *El lenguaje del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 179.

Constitución por una de pretensiones francamente contradictorias, con fundamento de validez en una regla de reconocimiento antidemocrática, hasta los casos de fisura del sistema, en los que con relación a ciertas cuestiones relacionadas con el proceso de reforma y únicamente respecto de ellos, existe una diferencia dentro del mundo oficial que conduzca, en definitiva, a una división en el ámbito de los poderes públicos respecto del criterio para identificar a la Constitución reformada.<sup>76</sup>

Llegado este punto, pues, no causará sorpresa decir que un determinado proceso reformador de la Constitución federal es válido si ha satisfecho todos los requisitos fijados en cada una de las etapas previstas para la formalización del cambio.

También, coherente con lo expuesto, convendrá admitir que la inconstitucionalidad de una reforma puede asumir dos formas: una débil, aparentemente remediable; una fuerte, seguramente irremediable. Tal distinción es consecuencia, a su vez, de esa otra distinción que la dogmática jurídica suelen establecer entre validez formal y validez material<sup>77</sup>. En línea de principio con estos postulados, se podrá predicar que una reforma es inconstitucional, es inválida formalmente, si no se observó la regularidad de las reglas que ordenan el proceso de reforma. Se podrá predicar la invalidez formal de una reforma, cuyo proceso, por ejemplo, en la etapa de creación, haya producido regulación sobre una materia constitucional que no fue objeto de declaración de necesidad de reforma por parte del Congreso y, por ende, el cuerpo electoral no tuvo oportunidad constitucionalmente autorizada para expedirse. También sería inválida formalmente una reforma que haya sido llevada adelante sin el apoyo de las mayorías previstas en el artículo 30 constitucional, o integrando la Convención Nacional Constituyente sin representantes elegidos por el cuerpo electoral. Igual vicio afectaría a una reforma sancionada, en la que en la elección de convencionales constituyentes se afectaron los derechos políticos de la ciudadanía y no pudieron ser ejercidos en la forma más amplia. En pocas palabras: toda reforma que infrinja o ponga en tela de juicio o de sospecha el cumplimiento estricto de los límites formales podrá ser atacada por portar esta patología: inconstitucionalidad, por haberse infringido tales limitaciones.

En contraste, se predicará que es inválido por razones materiales un cambio que afecte una materia disciplinada por la Constitución conside-

<sup>76</sup> Cfr. Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., nota 45, p. 146-151.

<sup>77</sup> Véase Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, cit., nota 27, p. 92.

rada intangible, de imposible modificación, por infringir una limitación material. Se está efectivamente en presencia de una abolición<sup>78</sup> de la Constitución. Difícilmente, en estos casos, la invalidez material pueda ser reconocida, porque se habría abolido la Constitución anterior. Decía más arriba que se trata de una invalidez irremediable. Ciertamente es así. Supóngase que en el futuro, el pueblo argentino, en libre decisión, decidiese cambiar la forma de gobierno republicana por la monarquía. La eficacia del cambio quedaría respaldado en la medida que fuese objeto de verificación y hasta de consenso: la nueva regla es frecuentemente obedecida por los llamados a obedecer. Pero también resultará indiscutible que la ruptura de la república constituiría la destrucción de una pieza clave de la forma de convivencia organizada por la Constitución: todos los ciudadanos, en libertad, sin otro requisito que la idoneidad, se encuentran potencialmente en condiciones de acceder a la conducción de los asuntos de gobierno.

El primer fragmento del artículo 36 constitucional es el paradigma de la reforma constitucional de 1994. Representa una verdadera imposición de la Constitución. Se trata de un límite material implícito, conclusión que no afecta la posibilidad de su reforma total, desde que, precisamente, en el artículo 36 constitucional se define concluyentemente el significado de la Constitución: instrumento para intentar racionalizar el ejercicio de la fuerza estatal.

<sup>78</sup> Sostiene Josep Aguilo Regla que la “abolición” suele reservarse para la extinción deliberada de instituciones y tiene un cierto componente de ruptura con el pasado del que carece, por ejemplo, la derogación. Véase Regla, Josep Aguilo, “Derogación”, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, p. 206.