

COMENTARIO DE RAÚL GONZÁLEZ SCHMAL

SUMARIO: I. *Protección del orden jurídico y democrático*. II. *Derecho de resistencia*. III. *Situación institucional de la capital de la república*. IV. *Nueva composición del Senado*. V. *Las nuevas atribuciones del Congreso*. VI. *Tratados internacionales*. VII. *La reforma en el Poder Ejecutivo*. VIII. *Nueva integración del Poder Judicial*. IX. *Órganos de control de la nueva Constitución*. X. *Sobre las reformas en el sistema federal*. XI. *Los derechos políticos*.

Quiero expresar mi felicitación al doctor Humberto Quiroga Lavié por ese espléndido trabajo que modestamente intituló “Breve informe sobre la reforma de la Constitución argentina de 1994” y que en realidad es un sustancioso ensayo sobre el nuevo derecho constitucional argentino.

Me ha sorprendido profundamente la coincidencia de preocupaciones y de inquietudes que impulsaron las reformas constitucionales en Argentina y que en sus líneas esenciales son similares a las que explícitamente están presentes en este penoso proceso de gestación de la reforma del Estado de México.

La amplitud y la profundidad de la reforma del Estado en Argentina y la riqueza de información y de análisis del documento de Quiroga Lavié van en proporción directa con la escasez del tiempo disponible para intentar algunos comentarios.

Quisiera entonces fijarme en algunos de los puntos que llamaron mi atención, formular sobre ellos algunas consideraciones y, donde consideré pertinente, contrastarlos con los equivalentes de nuestra Constitución. Espigaré los puntos en el mismo orden que los presenta Quiroga Lavié en su trabajo.

I. PROTECCIÓN DEL ORDEN JURÍDICO Y DEMOCRÁTICO

Explica Quiroga Lavié que el orden constitucional y democrático queda protegido en el artículo 36 de la nueva Constitución, al esta-

blecer que “esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden constitucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”.

Anota Quiroga que se necesitaron ciento cuarenta y un años para entender lo imperioso de una norma de esa naturaleza para preservar a Argentina de la violencia política, las usurpaciones y los golpes de Estado. Hay que señalar, empero, que en nuestra Constitución vigente existe una norma similar que es el contenido del artículo 136 y que exactamente la misma disposición existía en la constitución de 1857, en su artículo 128, más o menos en los mismos años en que Juan Bautista Alberdi proponía sin resultado que se incluyera esa norma en la Constitución argentina (las bases de Alberdi fueron publicadas en Valparaíso en 1851). Y, sin embargo, entre nosotros esa norma no nos salvó de los asaltos del poder ni de las usurpaciones, ni de la subversión del orden constitucional. Parecería, por tanto, que algo más que una declaración constitucional se necesita para garantizar la inviolabilidad del orden constitucional.

II. DERECHO DE RESISTENCIA

Lo que resulta verdaderamente sorprendente —y aún más— insólito es que se haya introducido (artículo 36, cuarto párrafo) el reconocimiento pleno del derecho de resistencia a la opresión. “Todos los ciudadanos —reza el precepto de referencia— tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados”. Ya el propio Quiroga Lavié, en su inapreciable obra *Derecho constitucional latinoamericano* (UNAM, 1991) había advertido sobre el anacronismo de este derecho desde el punto de vista jurídico (p. 2.159) y el riesgo de que la subversión triunfante pueda invocar este derecho para legitimar la sedición (p. 260):

esta norma lejos de consistir en una garantía para la estabilidad del sistema constitucional, como pudiera pensarse según su inspiración, es una incitación permanente al levantamiento, razón por la cual no parece que ese texto se constituya en modelo a ser imitado en nuestro continente; el militarismo y las situaciones de facto a que estamos acostumbrados en América Latina, pueden encontrar en normas de este tipo una indirecta forma de legitimación constitucional (p. 22).

Ojalá que la voz lúcida de Quiroga no resulte profética en su propia patria.

Además, la consagración de ese derecho pugna con lo dispuesto en el artículo 22 de la propia Constitución argentina, el cual determina que: “El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticiones a nombre de este, comete delito de sedición”.

Entre nosotros, don Felipe Tena Ramírez se felicitaba de que nuestra Constitución no hubiera adoptado esa fórmula “tan notoriamente antijurídica y demagógica”.¹ Está claro que el derecho a la insurrección popular en determinadas condiciones puede tener una justificación moral, pero no jurídica. En un Estado de derecho, donde existen medios jurídicos que otorgan al pueblo la posibilidad real de alcanzar una reforma del orden constitucional, el derecho a la resistencia es una contradicción y un instrumento de potencial derogatorio de la propia Constitución.

III. SITUACIÓN INSTITUCIONAL DE LA CAPITAL DE LA REPÚBLICA

En cuanto a la situación institucional de la capital de la república y de la residencia de los poderes federales, la reforma de 1994 mantiene el artículo 3° de la Constitución que estatuye como asiento de los poderes federales la ciudad que se declare capital (que eventualmente podría no ser Buenos Aires). Sin embargo, en el artículo 129 se determina que mantenga o no Buenos Aires su condición de capital federal, ella “tendrá un régimen de gobierno autonómico, con facultades propias de legislación y jurisdicción, y su jefe de gobierno será elegido directamente por el pueblo de la ciudad”.

Sin duda éste es uno de los grandes aciertos de la nueva Constitución argentina porque da respuesta audaz y congruente a la exigencia democrática de los ciudadanos de Buenos Aires de tener un estatuto autónomo casi equivalente al de las provincias federales y, señaladamente, el de elegir a su gobernador.

1 *Derecho constitucional mexicano*, 20ª ed., México, Porrúa, 1988, p. 67.

Otro tanto debe ocurrir en la reforma del Estado mexicano en ciernes, con respecto a nuestra capital y al Distrito Federal. Sin forzar analogías, es evidente la existencia de muchos rasgos históricos comunes y problemáticas similares entre las dos capitales como residencia de los poderes federales. Nuestra Constitución de 1824, en la fracción XXVIII de su artículo 50, facultaba al Congreso para elegir un lugar que sirviera de residencia a los supremos poderes de la federación; pero, anticipándose al Congreso ordinario, fue el propio Constituyente quien designó para ese objeto la ciudad de México. Dos años más tarde, en 1826, en Argentina se sancionó una ley que declaró a la ciudad de Buenos Aires y a una zona contigua capital del Estado. El gobierno central ejercería exclusiva jurisdicción sobre ese territorio y sobre todos los establecimientos existentes en él. Las divergencias entre el presidente Rivadavia y el gobernador Las Heras impidió que la ley tuviera vigencia efectiva. Al sancionarse la Constitución de 1853 se declaró, en su artículo 3º, capital de la confederación a la ciudad de Buenos Aires. Sería en 1880, por la ley 1029 de 21 de septiembre, cuando en forma definitiva se resolvió lo que se denominaba “la cuestión capital” declarando capital al municipio de Buenos Aires. Desde entonces, Buenos Aires es gobernada, más bien administrada, por un funcionario que designa el presidente de la nación y que es, en realidad, un delegado de aquél. A lo largo de toda su historia, a la ciudadanía de Buenos Aires se le ha negado de esa forma el derecho de elegir el gobierno de su ciudad, derecho del que gozan los habitantes de las más remotas poblaciones.²

La historia de nuestra ciudad capital como asiento de los poderes federales ha sido también muy sinuosa nada más que aquí perdimos la brújula desde hace mucho tiempo. Para no referirnos sino a la historia reciente, hay que señalar que, desde un punto de vista estrictamente político y administrativo, la Ley Orgánica del Departamento de Distrito Federal del 31 de diciembre de 1941 determinaba que la ciudad de México es la capital del Distrito Federal y, por lo tanto, de los Estados Unidos Mexicanos. Hasta el 29 de diciembre de 1970, la ley orgánica concedía a la ciudad de México la categoría de delegación, la que junto con las doce restantes formaba el Distrito Fe-

² Creobay, Horacio, *Autonomía y gobierno de la ciudad de Buenos Aires, según la reforma de 1994*, Buenos Aires, Astres de Alfredo y Ricardo de Palma, 1995, pp. 25 y ss.

deral. La ley orgánica del 29 de diciembre de 1970, que dividió el área en 16 delegaciones, alude al “Distrito Federal o ciudad de México”. Esta ley, pues, vuelve sinónimas a ambas entidades, lo que ya no ocurre en la ley del 29 de diciembre de 1978 que, en lo que se refiere a las 16 delegaciones, señala simplemente que “el Distrito Federal se divide en...” (artículo 14). Tocante a linderos (artículo 13), indica: “los límites del Distrito Federal...” es decir: cuando se pasó de 12 a 16 delegaciones, las nuevas 4 (Cuauhtémoc, Miguel Hidalgo, Venustiano Carranza y Benito Juárez) sustituyeron a la localidad hasta entonces llamada *ciudad de México*, sin modificación alguna de la superficie, en otros términos, se le desaparece jurídicamente y por más que se le hace el “favor” de “identificarla” con el Distrito Federal, en realidad se le convierte en una *entidad metafísica*.³ La reforma de 25 de octubre de 1993 al artículo 44 de la Constitución consumó este dislate al establecer que “la ciudad de México es el Distrito Federal”.

En esa misma fecha se llevó a cabo una reforma constitucional muy amplia en torno al Distrito Federal, pero como siempre que se trata de cuestiones político-democráticas los avances fueron tibios, medrosos, mezquinos. No se llegó a la cuestión toral de la elección popular directa del gobernador del Distrito Federal.

IV. NUEVA COMPOSICIÓN DEL SENADO

La reforma de la Constitución argentina de 1994 modificó la composición del Senado. Pasó de dos senadores por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires a tres senadores por cada una de esas entidades, elegidos en forma directa y conjunta, correspondiendo dos bancas al partido político que obtenga mayor número de votos, y la restante al que le siga en número de votos, y son reelegibles indefinidamente.

En México, por reforma de 3 de septiembre de 1993, también se modificó la composición del Senado, pero con menos acierto que en la de Argentina se elevó innecesariamente a cuatro el número de senadores por cada una de las entidades federativas: tres de mayoría directa y uno de primera minoría. Si lo que se pretendía era la repre-

3 Romero, Héctor Manuel, “¿Existe la ciudad de México?”, *Excelsior*, 6 de enero de 1988.

sentación de las minorías, la fórmula argentina cubre mejor esa exigencia por cuanto mantiene al Senado en una dimensión razonable y evita gravar más el erario nacional. Nuestra reforma, por otra parte, no se atrevió a dar un paso más hacia la democratización del Senado, estableciendo la reelección indefinida de los senadores. Es decir, nuestra reforma pecó por exceso al aumentar inmoderadamente el número de senadores y por defecto al no introducir la reelección. Es necesario que en la reforma que se avizora se establezca la reelección indefinida de senadores y de diputados, y de que se modifique la composición de la Cámara de Senadores, para que se integre con tres senadores en cada estado y en el Distrito Federal.

V. LAS NUEVAS ATRIBUCIONES DEL CONGRESO

En la nueva Constitución argentina de 1994 se incrementaron sustancialmente las atribuciones del Congreso en materias económicas y financieras, de relaciones exteriores, sobre población y sobre protección de derechos humanos.

VI. TRATADOS INTERNACIONALES

A nuestro propósito interesa destacar la reforma relativa a los *tratados internacionales sobre derechos humanos*, a los que se les otorgó jerarquía constitucional. “Esto significa —dice Quiroga Lavié— que ellos no forman parte de la Constitución sino que la complementan. Un tratado de éstos no puede ser modificado por un tratado que no sea sobre derechos humanos, ni por una ley, de ahí su supremacía sobre el resto del orden jurídico nacional”. En otros términos, se les otorga un mayor valor constitucional a los tratados sobre derechos humanos, pero sin que se les otorgue una jerarquía igual a la de la Constitución ni menos superior a ella, por el contrario, la Constitución tiene supremacía sobre los tratados. Para adquirir ese nivel jerárquico, la reforma estableció que su aprobación precisaría de dos votaciones y una mayoría calificada de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara y sólo pueden ser denunciados con la misma mayoría.

El cambio en realidad fue de grado no de sustancia. Prevaleció el principio absoluto de la soberanía. La reforma no está inscrita dentro de la tendencia del derecho internacional de los derechos humanos de darle la jerarquía suprema a los tratados internacionales sobre derechos humanos, como por ejemplo, la Constitución española de 1978, que en su artículo 10.2, establece que: “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la declaración universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En cuanto a tratados de integración latinoamericana, en contraposición al anterior criterio, la reforma a la Constitución argentina ha previsto la posibilidad de que el Congreso apruebe tratados que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad. Ello implica —señala Quiroga Lavié— la virtual posibilidad de que Argentina haga cesión de parte de su soberanía en los referidos organismos supranacionales. Cabría, entonces, hacer la siguiente pregunta: ¿por qué se utilizan en este sentido dos criterios distintos para los tratados sobre integración y los que se refieren a derechos humanos?

Hubiera sido un enorme avance para el constitucionalismo latinoamericano si Argentina se hubiera atrevido a romper con los viejos moldes de la soberanía a ultranza en favor de la internacionalización de los derechos humanos. Hubiera sido un acto estimulante e inspirador para el resto de nuestros países.

Si se acepta que los sujetos del derecho internacional público no son sólo los Estados sino las personas y los grupos, entonces se tendrá que convenir en que no se puede seguir sosteniendo el viejo concepto de soberanía en el sentido de que las relaciones entre el Estado y los ciudadanos es una cuestión que sólo interesa al mundo que vive dentro de las fronteras del mismo Estado.

La concepción tradicionalista de la soberanía —dice Pedro Nikken—

ha sido superada en más de un aspecto por el derecho y las relaciones internacionales contemporáneas, donde se reconoce la existencia de valores universales que exceden lo que anteriormente se consideraba privativo del llamado dominio reservado de los Estados. En un plano

general, la internacionalización de los derechos humanos es una manifestación característica de ese fenómeno, que tiene especial relevancia a propósito de la promoción y defensa de la democracia, en virtud de la estrecha relación entre los derechos humanos y los valores democráticos.⁴

En el ámbito estricto de los derechos humanos ha sido frecuente la apelación a la no intervención para oponerse a su protección internacional, y esto se explica porque el régimen internacional de protección está llamado a afectar privilegios seculares inveteradamente considerados dentro del dominio reservado de los Estados. “Cassin comparó tales resistencias con la dificultad que supuso establecer un control de la ciudad sobre la patria potestad arcaica, que comprendía el derecho de vida y muerte sobre quienes estaban sometidos a ella”.⁵

Sería muy positivo que en la reforma que está en proceso en México se incluyera la modificación del artículo 133 para darle la máxima jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos y se prescribiera que éstos prevalecerían sobre el texto constitucional que se les opusiera y, asimismo, reconocerles jurisdicción a los organismos de protección a los derechos humanos creados por la ONU y por el Pacto de San José.

En la actualidad estamos viviendo un segundo renacimiento vigorosísimo de las tesis jusnaturalistas, que se han traducido en impulsos enérgicos de renovación de los principios del derecho internacional público y del derecho constitucional del mundo occidental, que sitúan a los derechos humanos por encima del derecho interno de cada país, todo lo cual se inscribe en la tendencia moderna orientada a la internacionalización de los derechos humanos.

Sobre este particular, César Sepúlveda categóricamente señalaba que:

los derechos humanos internacionalizados constituyen en cierto modo una estructura puesta al lado y un tanto encima de las llamadas garan-

4 Nikken, Pedro, “La cooperación internacional para la promoción y defensa de la democracia”, en *Agenda para la consolidación de la democracia en América Latina*, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 502.

5 *Idem*, pp. 511 y 512.

tías individuales. De los sistemas internos: en otras palabras, esos derechos humanos representan algo más que los derechos personales o garantías individuales que son una construcción político-jurídica.⁶

VII. LA REFORMA EN EL PODER EJECUTIVO

Sumamente interesante e innovadora resulta la reforma al Poder Ejecutivo para darle el matiz de lo que el propio Quiroga Lavié ha denominado como *presidencialismo atenuado* “es atenuado —explica Quiroga Lavié— porque si bien su titular sigue siendo en forma exclusiva como en la constitución histórica, el presidente de la República, éste comparte funciones ejecutivas con el *jefe del gabinete* y con el gabinete mismo”. En relación con el anterior sistema, el presidente ha perdido la jefatura de la administración general del país y la jefatura de la capital federal.

Esta novedosa y original figura del “*jefe del gabinete*”, que ya cuenta con algunos precedentes en el derecho constitucional latinoamericano, tiene como atribuciones ejercer la administración general del país, lo cual significa que es la cabeza de la administración pública. En tal carácter conoce en última instancia de las actuaciones administrativas previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo.

Al jefe del gabinete lo designa el presidente y puede removerlo a su discreción, como a los demás ministros. Pero el control puntual, acto por acto, del jefe del gabinete no lo puede hacer el presidente: sólo le cabe el control global de su gestión por medio de la remoción.

Quiroga Lavié estima que el gabinete es un órgano del gobierno con autonomía propia, y en la medida que la Constitución le ha conferido como cuerpo: refrendar decretos de necesidad y urgencia, legislación delegada, etcétera.

Sería muy conveniente en vistas a la reforma política del Estado mexicano tener muy presente y estudiar detenidamente esta nueva figura del derecho constitucional argentino, que al parecer es una fórmula adecuada para resolver el complejo problema de la administración pública en nuestros sistemas presidenciales, que tanto abruma y sobrecarga el peso del ejercicio de la función presidencial. Por supues-

6 Sepúlveda, César, “El papel de los abogados en la protección internacional de los derechos humanos”, *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, 15 de agosto, 1991, p. 73.

to, antes de pronunciarse sobre la conveniencia o no de incorporarla a nuestro régimen constitucional, convendría tener un informe detallado de los resultados obtenidos durante este corto lapso en que ha venido operando prácticamente en el sistema constitucional argentino.

Con evidente acierto, la reforma suprimió el requisito de la confesionalidad católica del presidente y del vicepresidente (artículo 76), con lo cual, y por partida doble, se cumple con el derecho de todos los ciudadanos a acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país, y con el derecho a la libertad religiosa que prohíbe toda clase de discriminación por razón de convicciones religiosas. Por virtud del mismo respeto al derecho a la libertad religiosa se suprime la obligación de prestar juramento religioso al tomar posesión de su cargo el presidente (o el vice) (artículo 80) y se sustituye por una fórmula constitucional, a la que podrá agregarse o no el juramento religioso a elección de ellos. Hubiera sido oportuno, tal vez, derogar el artículo 2° de la Constitución histórica de Argentina que establece la obligación del gobierno federal de sostener el culto católico apostólico romano, que no se concilia con el moderno derecho a la libertad religiosa, en el sentido de que no se les da un trato de igualdad proporcional a las otras confesiones religiosas, ni con la misma declaración sobre la libertad religiosa del Concilio Vaticano II, que previene que

si en atención a peculiares circunstancias del pueblo, se otorga a una comunidad religiosa un reconocimiento civil especial en el ordenamiento jurídico de la sociedad política, es necesario que juntamente se reconozca a los demás ciudadanos y comunidades religiosas, y se les respete, su derecho a la libertad en lo religioso.

Hay noticias recientes, por otro lado, que la Iglesia católica tiene intención de renunciar a esa prerrogativa histórica por razones de congruencia con dicha declaración conciliar.

VIII. NUEVA INTEGRACIÓN DEL PODER JUDICIAL

Por lo que respecta a la reforma del Poder Judicial en la Constitución argentina, es de observarse la creación del *Consejo de la Magistratura* como parte del Poder Judicial federal, y que se le atribuyen funciones semejantes a las otorgadas al *Consejo de la Judicatura*

Federal creado en la reforma de 31 de diciembre de 1994 a la Constitución mexicana. Como señala Quiroga Lavié: “Es exagerado sostener que el Consejo tenga el gobierno del Poder Judicial. Sólo gobierna su administración pero no la función de hacer justicia. Ello liberará a la Corte de funciones que en vez de prestigiarla, entorpece su desempeño propio”.

Otro de los instrumentos que considera la reforma argentina de 1994 para robustecer el Poder Judicial es ampliar el ámbito y el mayor poder que se le otorga a la acción de amparo como medio de protección de los derechos humanos, que es la entrañable institución jurídica que México ha aportado a la cultura jurídica universal.

IX. ÓRGANOS DE CONTROL DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN

En cuanto a los órganos de control en la nueva constitución es de destacarse la creación de la Auditoría General de la Nación, organismo que estará a cargo de un presidente, quien será designado a propuesta del partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso. De este modo —dice Quiroga Lavié— la reforma de 1994 ha venido a instaurar en la república la máxima garantía de control posible, en términos de eficiencia: que la oposición controle la gestión económica del gobierno. La auditoría depende del Congreso, pero tiene autonomía funcional, asistiéndolo técnicamente. Sin embargo —en mi opinión— no parece conveniente que dicho organismo de control se partidice y menos que se le entregue de plano y en forma exclusiva al partido de oposición más importante dentro del Congreso, que en épocas de crisis política podría usarse como arma de desestabilización o paralización del Poder Ejecutivo. Probablemente hubiera sido más prudente que, desde luego, su designación correspondiera al Congreso, pero integrado con ciudadanos sin militancia política partidista o, bien, con miembros o legisladores de diversos partidos políticos; es decir, un órgano plural.

Como en el caso anterior, y con la mira en la reforma del Estado en México, resultaría muy conveniente profundizar en el conocimiento de este órgano de control, tanto en su estructura organizativa prevista por la ley del Congreso que lo regula como en la experiencia de su operatividad en el periodo de tiempo en que ha estado funcionando en la República Argentina.

X. SOBRE LAS REFORMAS EN EL SISTEMA FEDERAL

Entre las potestades propias que les confiere la nueva Constitución a las provincias está la de integrar un organismo fiscal federal para controlar y fiscalizar la ejecución de la coparticipación impositiva federal. Pueden formar parte del Banco Federal. Se definen con mayor claridad las atribuciones concurrentes entre nación y provincias en materia tributaria. Pueden también crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, pueden firmar tratados parciales de carácter regional, que deberán apuntar a crear polos de desarrollo. Se mantiene y se refuerza el carácter de los gobernadores como agentes naturales del gobierno para hacer cumplir las leyes de la nación (*esta doctrina no se acepta en nuestro derecho, porque es dislocadora del sistema federal*). También pueden celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la nación, con conocimiento del Congreso Nacional (*esta facultad pugna con la naturaleza misma del federalismo, lo desvirtúa*), se considera que las dos partes del sistema federal argentino son: la nación y las provincias.

XI. LOS DERECHOS POLÍTICOS

En este aspecto de la reforma de 1994 conviene destacar que por primera vez se otorga reconocimiento expreso de los partidos políticos en la Constitución argentina (*en México, se les dio rango constitucional desde 1977*). Asimismo, se establece que los partidos políticos deben organizarse internamente en forma democrática (*debe considerarse si conviene introducir esta prescripción en nuestra ley suprema*). Se les otorga, igualmente, el derecho de acceso a los medios de comunicación social (*aparentemente no tiene derecho a subsidios, lo que en México ha desangrado el presupuesto nacional*). Se determina, por último, que el 30% de los candidatos deben ser mujeres (*paternalismo seudofeminista que pugna con el principio democrático de que a los candidatos de elección popular se les debe escoger únicamente por su aptitud para el cargo y por voluntad de los ciudadanos*).