

Constitución y transformación institucional y social

Por Julio Maier

Es normal que la teoría constitucional ligue la reforma constitucional a la transformación social, económica y política de la organización social que preside la Constitución de un país, incluidas allí sus relaciones externas. No sólo es normal ese vínculo sino que, antes bien, se trata de una consecuencia lógica de la reforma constitucional que, para transformar ciertos aspectos de la vida de un país, de una nación, necesita cambiar sus instituciones, sus postulados básicos.

Sin embargo, advierto que, en la América luso hispánica, ello, pese a la fuerza deductiva de la afirmación, no se acerca o no se ha acercado siempre a la verdad. Existen en nuestra América ejemplos múltiples —diría: más ejemplos que contraejemplos— de países en los cuales la vigencia de su principal instrumento jurídico, su Constitución, dura menos que sus códigos principales. Estos últimos deducidos de los postulados de aquella, pero aún más estables, a pesar de la forma rígida que poseen las constituciones americanas, en general, para su reforma o renovación.

En ese sentido, nuestro país es una extraña excepción, pues todavía conserva su Constitución originaria (1853/1860), que sólo ha sido reformada en escasas oportunidades. La última de ellas en 1994 (con mayor extensión que sus predecesoras si se deja de lado la reforma de 1949) de corta vigencia temporal, aún cuando representó la sanción de una nueva Ley fundamental según su contenido. Esta reforma total es otra excepción, pues dejando de lado un juicio de valor sobre ella, fue derogada por un decreto presidencial de un gobierno surgido de un golpe de Estado—intervención militar— que citó una nueva convención constituyente, con exclusión de un partido político. Esta convención (con una única excepción normativa) repuso el texto de 1853/60.

Existen también en nuestro continente, además, algunos ejemplos de variaciones constitucionales de efectos negativos, en el sentido de que no lograron aquel propósito transformador que impuso esas reformas o esas nuevas asambleas constituyentes. Basta observar a Brasil como ejemplo de un proceso constitucional con propósitos e ideas claramente transformadoras, democráticas, que condujeron a una constitución que llamaría “ómnibus”, de excesivo contenido normativo, que pretendió regular mucho más que aquello que regularmente corresponde a una carta magna.

Sin embargo, esta constitución condujo a la vida política inspirada en ella y formalmente obediente a un golpe de Estado no violento pero real, sin fundamento en la fuerza de las armas, que suplantó un gobierno de mayorías no sólo por uno de minorías (esto es, opuesto a la idea democrática de su Constitución) sino que, incluso, sirvió para transformar regresivamente la vida económica, social, política y de relación con sus pares. Casi nada parece salvarse (en la idea del gobierno instituido bajo las formas de la constitución renovada pero concebido como golpe de Estado) de los derechos ciudadanos ganados durante algo más que la última década. La tarea de aproximación al ideal de la igualdad, la fraternidad y la libertad no sólo fue interrumpida, sino que retrocede día a día.

Y, si se quiere, compárese la historia constitucional de Bolivia, con casi tantas constituciones como años de vida independiente —exceso verbal que me adjudico—, país que sólo necesitó de un salto gubernamental para arribar a un proyecto de igualdad y liberación inédito, hoy, precisamente Bolivia, está puesta en tela de juicio por razones constitucionales y por el cambio de las relaciones políticas con algunos de sus países vecinos. Con esta introducción quiero fundar, en términos de realidad, mi idea de que, nacido en un sistema de constitución rígida prevista para variar sólo bajo condiciones excepcionales y partidario de esa concepción de la Ley fundamental por motivos culturales e históricos relativos a mi propia vida, no confío en los cambios constitucionales como expresión de una transformación social y política.

Antes bien, intuyo que esas transformaciones requieren un gobierno innovador en las relaciones sociales, que tenga como norte una aproximación real al ideal de la *igualdad* de los habitantes bajo su imperio. Requiere terminar con la exclusión de algunos incluyéndolos en el goce de los derechos básicos que ampara el texto de la Ley fundamental. Requiere introducir nuevos derechos fundados en la igualdad de todos los seres humanos, al menos hasta cierto nivel que asegure la dignidad propia de la especie, (presupuesto básico para alcanzar la *vida fraterna* —esto es, dominada por la solidaridad entre los seres humanos y la ausencia del combate mezquino entre ellos— y la *libertad individual* de elegir su propio camino en su paso por este mundo —que requiere equiparación de posibilidades entre los seres humanos para alcanzar los fines deseados. Sólo así, verdadera meritocracia, sin dependencia del poder económico de cada uno y, por tanto, sin exclusiva referencia a ese poder)

Tal programa no es sencillo de realizar ni siquiera parcialmente, pero creo que no depende (salvo para su declamación) de normas jurídicas que lo impongan, sino de políticas públicas exitosas, que incidan en la realidad social. Dicho esto, estimo que una modificación constitucional debe ser más la coronación de un progreso en la vida social, asegurándolo hacia el futuro, que un incentivo, orden o condición para que cualquier gobierno asuma este programa.

No obstante, debo reconocer que, pese a lo expresado antes, mi concepción del mundo jurídico encerró siempre un valor para sus reglas que (de alguna manera) implicaba cierto efecto configurativo de la realidad, del mundo social real. Las normas jurídicas, al igual que las sociales, no eran el único factor que operaba de esa manera; no monopolizaban la configuración ni la transformación del mundo social; pero compartían ese significado con otros múltiples factores, en especial con la política y con la economía, al punto de que resulta correcto afirmar que el Derecho es (en cierta manera) política formalizada o traducida en fórmulas idiomáticas.

En la materia jurídica que he profesado, el Derecho penal, siempre he sostenido el valor de la política criminal expresado en normas de prohibición, de mandato o permisivas. Al menos ésa es la aspiración justificada de toda reglamentación jurídica- obtenga o no obtenga su propósito en el mundo real.

II Llegados a este punto, mi espíritu crítico se reduce a disentir con aquellos que, sin mayor fundamento, estiman que una reforma constitucional, una nueva asamblea cons-

tituyente, cualquiera que sea su ámbito de funcionamiento —total o parcial—, modificará incuestionablemente el mundo de las relaciones sociales entre los seres humanos (por supuesto, en el sentido previsto en la nueva regla constitucional o con el fin que ella propuso al ser sancionada). Esto sí no es verdad y no es verificable en todos los casos. Pero los juristas, con cierta razón, pretendemos que el debate, en algún punto, se formalice (esto es, se exprese en normas): en este caso, en la concesión de derechos para aquellos que caen dentro del ámbito de vigencia de la norma, o en garantías ciudadanas y limitaciones de la conducta de aquél a quien se le otorga el ejercicio legítimo de la violencia, generalmente el Estado y el monopolio de la fuerza pública, o en reglas que organicen o sirvan para administrar ciertas funciones estatales, o distribuyan las cargas sociales o el producto de la labor de quienes trabajan en el país que constituye el ámbito de vigencia de la Ley fundamental, o señalen las políticas públicas inherentes a todo gobierno de un Estado (en este caso de una nación) de políticas públicas que un buen gobierno, respetuoso de su Constitución, debe contribuir a realizar. Precisamente, la inclinación de los juristas y también de los políticos hacia la reforma constitucional está ligada a esta última afirmación y sólo cabe prevenir que ello no constituye el todo de una transformación, sino tan sólo una parte de ella.

Los últimos acontecimientos políticos me han demostrado lo sencillo que resulta para un gobierno llevar a cabo algo que ni siquiera sospechaba, que, a mi juicio, era imposible para una minoría parlamentaria y que, a fuerza de ser sincero, no esperaba ni imaginaba. El movimiento es más sencillo que “dar vuelta una media”, título con el cual he nombrado a este cambio radical de sentido de la vida social y política. Nunca supuse que lo hecho por un gobierno, en todo caso extendido a varios períodos constitucionales, bueno o malo —no me interesa hoy calificarlo—, podía ser destruido en cuestión de días, cuando mucho de meses.

No quiero abundar en ejemplos, pero la ley de comunicación audiovisual, preparada por un debate universal que costó tanto tiempo y tantos esfuerzos de innumerables personas y asociaciones para ser sancionada, quedó prácticamente derogada por un decreto de presentación en sociedad del nuevo gobierno de nuestro país (2015).

De la misma manera quedaron sin efecto condiciones de idoneidad requeridas por leyes anteriores a la asunción del nuevo gobierno para cargos públicos, por la razón evidente de que el candidato para ocupar el cargo no poseía el certificado de idoneidad requerido por la ley —con fundamento ahora verificado como correcto a estar a los resultados logrados—, cargos públicos cuyo titular, *ex profeso*, para garantizar independencia del gobierno de turno (Poder Ejecutivo Nacional) duraba cierto tiempo que no coincidía con la renovación gubernamental, y que eran “vaciados” para lograr precisamente lo contrario.

Hasta la titular de un cargo *ad vitam* según la ley, posición institucional más que tradicional entre nosotros, es atacada de varias maneras y por variadas presiones con la misma finalidad. ¡Y no sigo para ahorrar espacio y tinta!

Tan sólo expreso que el proceso no parece ser, de manera alguna, monopolio de las relaciones políticas de nuestro país. Piénsese en el horror que significó el *default* y en

el trabajo de más de diez años del llamado *desendeudamiento* como política de Estado abonada por su pueblo y en el regreso más que violento del endeudamiento externo en idéntico nivel, que vaya a saber uno a dónde nos conducirá. No había asistido nunca, ni siquiera intelectualmente, a un proceso como el descrito y (como dije) ni lo intuía de la mano de un gobierno democrático, esto es, arribado al poder por el voto popular, pero sin mayoría parlamentaria, menos aún calificada, como aquella que se requiere, según la Constitución vigente para algunas decisiones parlamentarias. Estaba acostumbrado a cambios de gobierno de signos distintos, alternancias incluso debidas a sucesiones irregulares, de un gobierno monocrático y dictatorial a otro democrático o, al menos, semi-democrático, y nunca había sucedido lo que hoy experimento.

Esta verdadera confusión me ha conducido, en primer lugar, a observar lo frágiles que son los dispositivos constitucionales (el caso Brasil lo demuestra mejor), a merced de la interpretación del gobierno de turno, y, más aún, la fragilidad de los dispositivos y el valor de las leyes parlamentarias, cualquiera que haya sido la antigüedad de su sanción y su consistencia política, revelada por la coincidencia de opiniones de legisladores de varios partidos políticos y por la mayoría de sufragios que posibilitaron la decisión.

III Precisamente, por esta gran desilusión mía, coincido hoy con aquellos que desean o estiman necesaria el estudio de una reforma constitucional. Empero, de conformidad con mi propio carácter, no soy tan optimista sobre el resultado final, como parecen serlo ellos. Coincido también con ciertos amigos que han escrito o debatido sobre el particular — me refiero sobre todo a mi amigo Gustavo Raúl Ferreyra, Profesor titular de la materia en la Facultad de Derecho de la U.B.A. — en que el núcleo de la cuestión jurídica a desarrollar en una reforma constitucional se refiere a la *igualdad* de los seres humanos, como ya puede intuirse del texto previo. Pero (sin ser un experto en la materia, sino, antes bien, un neófito y expresándome sólo desde el atalaya de un simple ciudadano) quiero únicamente señalar un aspecto que me preocupa —a modo de colaboración con la idea de un cambio constitucional—, surgido de la experiencia actual —referida no tan sólo a este último gobierno, aunque comprende esta época institucional y alguna más. Su origen tiene quizá un problema ético insoportable, como ya quedó asentado en un caso y en mi último libro, no dedicado básicamente a la exposición jurídica.

Un par de casos reales informan de modo práctico sobre el tema que pretendo comenzar a discutir, aunque el juicio que él merece y su solución, seguramente, sean bastante más complicados de aquello que puedo explicar intelectualmente.

El primer ejemplo (sin duda más polémico que el próximo) tiene como actor al mismísimo vicepresidente de la Nación y su recordado voto parlamentario “no positivo”, expresión que parece revelar sus propias dudas éticas sobre lo que hacía. El PEN había decidido enviar al Congreso de la Nación un proyecto de ley que fijaba un impuesto a ciertas exportaciones conforme a su valor y (luego de una votación parlamentaria pareja en la Cámara que constitucionalmente preside el vicepresidente de la Nación, el Senado) le tocó a él decidir, en favor o en contra de la decisión del Poder Ejecutivo que él integraba, decisión con la cual ponía fin al debate sobre el proyecto.

Él votó —de modo poco usual pero comprensible— en contra del proyecto del PEN que él integraba. ¿Correcto o incorrecto? El caso es discutible tanto desde el punto de vista político como desde el atalaya ético. Desde este último punto de vista ya me expedí por la condena de esa conducta: el vicepresidente había sido votado y electo para integrar el PEN —en el caso real resulta claro que él no hubiera sido electo personalmente para esa función, si no integraba la fórmula con el candidato a presidente por la alianza que lo propuso— y, a mi juicio, debió renunciar si estaba radicalmente —no me refiero al partido político del que él proviene— en desacuerdo con el proyecto, al menos en la instancia a la cual se llegó.

El segundo ejemplo es totalmente actual. Un antiguo funcionario de primer nivel del gobierno anterior (integrante de la lista de diputados que esa agrupación política postuló para diputado nacional en los últimos comicios y elegido para esa función por proporción de votos de la alianza electoral que lo proponía) se aparta tempranamente de su “bloque” —esto es, reniega de seguir las decisiones mayoritarias de la reunión de los diputados elegidos por esa fracción político-electoral—, con otros colegas minoritarios en el bloque, y comienzan a votar en la Cámara de Diputados autónomamente, en contra de las decisiones partidarias y a favor de los proyectos sostenidos por la agrupación política opuesta y contraria en los comicios.

El problema es más grave aún dado el resultado de los comicios: pese a que una alianza electoral gana por escasa diferencia el gobierno del PEN —en la forma con que nuestra institucionalidad actual decide la ocupación de la administración central del país; en el caso de que nadie alcance la mayoría prevista de votos válidos en una primera vuelta electoral—, ella representa una de las minorías (tampoco la más importante en número) en la Cámara de Diputados, razón por la cual necesita aliados “extra” para poder sancionar los proyectos de su gobierno.

Podrían seguir los ejemplos prácticos dada la forma de representación popular que la Cámara de Senadores adopta hoy para su integración, pero creo que estos dos ejemplos bastan y que un nuevo ejemplo introduce también cuestiones diferentes acerca del sistema representativo que señalaré en los párrafos finales de esta opinión.

El problema y su solución tocan al fundamento y al significado del *sistema representativo*, uno de los pilares de nuestra forma de gobierno, y, sólo tangencialmente, al *federalismo*.

IV Comprendemos por sistema representativo, básicamente, el hecho negativo de que “el pueblo no delibera ni gobierna —regularmente— sino por medio de sus representantes”, esto es, por intermedio de los ciudadanos elegidos para ocupar las distintas funciones gubernativas de nuestras instituciones constitucionales, conforme a su competencia descripta en la misma Constitución. En particular, el Congreso de la Nación, en el gobierno federal, y dentro de él, la Cámara de Diputados, son los organismos básicos de la representación popular en el ámbito de las decisiones parlamentarias, por ello abstractas en la mayoría de los casos, sintéticamente mencionadas bajo la palabra “ley”, aun cuando no todas sus decisiones constituyan una norma jurídica, en sentido material. Precisamente por esa razón, los diputados son elegidos por el voto de los ciudadanos,

en proporción al número de sufragios emitidos a favor del partido político o alianza de partidos políticos que los proponen para los comicios respectivos.

El problema que pretendo incluir se define por una pregunta: ¿las bancas de diputados, representantes del pueblo de la República, pertenecen al partido político o a la alianza electoral que propone su integración por listas de personas para ser elegidas? o, por lo contrario, ¿esas bancas le pertenecen individualmente a cada uno de los diputados electos según la proporción de bancas que el conjunto obtenga? Yo no dudo en la solución, pero admito que puedo estar equivocado y sugiero el debate. A mi juicio, esas bancas pertenecen a la agrupación política que postula en los comicios no sólo candidatos sino, también, posiciones políticas, y ellas no ingresan al acervo político individual de las personas que integran la lista y que, conforme a la proporción del sistema de la ley, ocupan, en principio, las bancas en juego. Al menos yo, como ciudadano, no conozco a los integrantes de la lista sino por excepción, ni el sistema electoral me permite tachar a algunos y sustituirlos por otros o variar el orden de la postulación partidaria. Nuestro sistema democrático es, al menos en una enorme medida, democracia de partidos políticos, instituciones que se ubican en la base de la organización social conforme a ese sistema. Siempre es posible que alguno de los diputados “electos” no coincida con las decisiones de sus compañeros de fórmula, pero, en ese caso, si la decisión del “bloque” le es intolerable desde algún punto de vista —ético, político, etc.— no le queda otro remedio que renunciar a su banca si el “bloque” no decide, a su vez, liberarlo de su deber o permitir el voto contrario al decidido por la mayoría, dado lo cuestionable de la decisión o los intereses o credo personales que ella enfrenta.

V Finalmente, estimo que, aunque no desarrolle del todo el punto, la solución que postulo no es idéntica para el Senado de la Nación. Él, a mi juicio, no representa al “pueblo de la República”, esto es, a sus ciudadanos, sino que es consecuencia de la organización federal de nuestra nación y, por ende, representa a las provincias argentinas. En su seno exponen su poder cada una de esos estados federados, razón por la cual no cumulo con las reformas modernas que lo integran y lo conciben como una segunda cámara legislativa, similar a la de diputados aunque con diferente integración, precisamente dado su origen. Yo preferiría que el Senado de la Nación representara claramente a los parlamentos provinciales y, en ese caso, los senadores deberían obedecer o consultar las decisiones de los gobiernos provinciales acerca de la cuestión debatida parlamentariamente. La integración y el funcionamiento de esa representación, cuyo número de representantes debería resolver la Constitución nacional, es cuestión de las constituciones provinciales. Conforme a ello, en el Senado nacional no deberían existir “bloques”, en el sentido de núcleos formales de representación por partido político, y no debería ser cuestionable que un senador consulte las necesidades de su provincia para decidir el contenido de su voto parlamentario o siga las instrucciones de su parlamento provincial según las reglas constitucionales propias del Estado federado. Mal que me pese, porque hoy existen esos bloques con nombres y apellidos partidarios y porque los senadores son electos, conceptualmente, del mismo modo que los diputados —aunque con distintos parámetros electorales y temporales—, yo no puedo condenar, desde el punto de vista

abstracto, a aquellos senadores que mentan públicamente su pertenencia a un partido político y opinan o votan parlamentariamente en consonancia con los proyectos de su opuesto, por una evidente conveniencia política provincial; no me gusta la actitud, dada la realidad institucional, y menos aún cuando ella no es transparente, pero estimo que, desde un punto de vista conceptual, ella no debe ser tratada conforme al sistema de representación popular.

Vale la pena también aclarar, en este “resumen resumido” —valga el horrible pleonasmo—, que de *lege ferenda* tampoco soy partidario de que la Cámara de Senadores deba opinar en cada ley, como si fuera otra Cámara de Diputados, para obtener su sanción. Yo estimo que su competencia legislativa debería ser distinta a la de la Cámara de Diputados, cuya única sanción bastaría para poner en vigencia una ley por regla general; y que la Cámara de Senadores, la representación de las provincias, debería tener una competencia restringida o limitada, de excepción, por su mismo concepto que importa el representar el principio federativo de estados. Ella debería ser competente legislativamente para la validez de leyes específicas —especificadas en la Constitución nacional detalladamente— que signifiquen problemas básicos de la organización nacional conforme al sistema republicano y federal o toquen intereses provinciales autónomos. Ejemplos: la fijación y distribución federal de impuestos que cobra el Estado nacional y las regalías de aquello que produce el territorio provincial.

No he querido exagerar el valor de este debate para una reforma constitucional y, precisamente por ello, sólo he señalado su comienzo, como uno de los puntos interesantes para meditar. De allí a la solución del interrogante resta mucho camino por andar.

- Publicado o a publicar en la revista “Horizontes del Sur” (revista digital).