

A 30 AÑOS DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994

*Comunicación del Académico Dr. Rodolfo Díaz en la Sesión
Privada del 27 de noviembre de 2024 de la Academia Nacional
de Ciencias Morales y Políticas
de la República Argentina*

A 30 AÑOS DE LA CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE DE 1994

Por el académico RODOLFO A. DÍAZ

Esta Comunicación “A 30 años de la Convención Nacional Constituyente de 1994” es una versión abreviada de un extenso artículo de mi autoría publicado en Suplemento Constitucional N° 2 de la Revista Jurídica La Ley, dirigido por nuestra colega la Académica María Angélica Gelli. Ese artículo, está dedicado a la memoria de los doctores Raúl Alfonsín y Carlos Menem.

- I -

1. La Convención Nacional Constituyente de 1994 se inauguró el 25 de mayo; ese mismo día la editorial del Diario La Nación decía: “Comenzará hoy, en Paraná, el último capítulo del retorcido proceso político que conduce a una innecesaria reforma de la Constitución Nacional, concebida a partir de los intereses de los principales dirigentes del justicialismo y del radicalismo, el presidente Menem y el ex presidente Alfonsín, con prescindencia

de los verdaderos intereses y aspiraciones de la comunidad”; y en el índice de la primera página agregaba: “De esta convención la comunidad no espera soluciones para sus problemas reales que no derivan de la Constitución actual”; y remataba: “La mejor reforma sería que no hubiera reforma”. Ese mismo día, la editorial de Clarín decía: “Lo que saldrá de esta Convención reformadora no es lo que muchos hubieran deseado ni, seguramente, lo que podrían dictar las ejemplaridades de los héroes o el desprendimiento y la proyección de los estadistas”. Ese tono negativo y de rechazo caracterizó el “medio ambiente comunicacional” en el que la Convención del 94 desarrolló toda su tarea, desde el principio hasta el final.

2. Pero no era sólo la prensa. El 12 de agosto de 1993 la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires había emitido una Declaración contraria a la reforma y el 13 de octubre nuestra Academia se había pronunciado en el mismo sentido en un largo y circunstanciado documento. Al día siguiente de la inauguración de la Convención el Diario La Nación publicó un documento firmado por una serie de personas -entre las que se contaban algunos constitucionalistas de nota- en el que directamente le piden a los convencionales que declaren “que no están dadas en los hechos las condiciones para encarar una reforma constitucional responsable y a disponer su propia disolución”.

3. La Declaración de la Academia de Derecho se fundaba en razones de oportunidad; pero el juicio de oportunidad está encomendado por el art. 30 de la Constitución al Congreso, que lo ejerció en plenitud al sancionar la Ley 24.309 Declarativa de la Necesidad de la Reforma, con lo que la objeción perdió sustento. Por su parte, la Declaración de la Academia de Ciencias Morales y Políticas se funda en un argumento más de legalidad, basado en la distinción entre el 'qué' y el 'cómo' de la reforma, entendiendo que el 'qué' correspondería al Congreso, pero el 'cómo' sería propio del órgano reformador; lo cierto es que la Convención Constituyente se hizo cargo de la cuestión, la trató e incorporó en su propio Reglamento el método de votación conjunta respecto del Núcleo, con lo que también esta objeción perdió virtualidad. Finalmente, la declaración del grupo de personas referida en último lugar no expone fundamento alguno para su extrema pretensión: que la Convención dispusiera su propia disolución; sorprende la prepotencia del texto ya que algunos de los firmantes -hay que decir que no todos- tenían válidas credenciales democráticas; en aquellos términos -que no mereció respuesta entonces y no merece refutación ahora- no valió como objeción pero resultó indicativa de cómo esta controversia bordeó los límites de la racionalidad.

- II -

4. Pero las percepciones y preferencias de la sociedad argentina iban por otro lado. Ya en mayo de 1992 un estudio del área

metropolitana arrojaba resultados favorables a la reforma (45,2% a favor y 21,3% en contra) aunque no para la reelección (31,3% a favor y 43,8% en contra); un año después, otro estudio del área metropolitana mostraba una afirmación de los indicadores: 74% consideraba necesaria la reforma constitucional, frente al 19% que no; 85% se manifestaba de acuerdo con un plebiscito sobre la reforma, y el 58% expresaba su acuerdo con permitirle a Menem competir por la reelección, con un 38% en desacuerdo. A fines de octubre de 1993, un estudio más amplio (1458 casos, nacional) mostraba conclusivamente la consolidación de la tendencia: para el 44% ése era el momento oportuno para reformar la constitución, mientras que para el 36% no; el 60% estaba de acuerdo con la reforma, frente a un 25% que no, el 55% estaba de acuerdo con la reelección presidencial que incluía a Carlos Menem, un 22% acordaba con la reelección pero a partir del próximo presidente y un 20% estaba en desacuerdo con la reelección en cualquier caso. Los estudios comparativos mostraban que el acuerdo con la reforma crecía en todos los segmentos poblacionales, así como la postura favorable a la reelección. Para la sociedad argentina, la reforma constitucional era una idea a la que le había llegado su tiempo.

5. Esta clara tendencia de opinión se validó con el comportamiento electoral efectivo en tres oportunidades. En las elecciones legislativas del 3 de octubre de 1993 el Justicialismo ganó 17 de los 24 distritos electorales (incluida la Capital Federal) con el

43,47%, el resultado más alto de toda su historia en una legislativa de medio término; el Radicalismo ganó 4 distritos electorales con el 30,23%; el MODIN, el Frente Grande, la UCeDé y el Socialismo obtuvieron resultados de un dígito. En las elecciones de Convencionales Constituyentes del 10 de abril de 1994, el Partido Justicialista sacó el 38,5% y 137 convencionales, la Unión Cívica Radical el 19,74% y 74 convencionales; el Frente Grande 31, el MODIN 21, el Socialismo 3, la UCeDé 4 y los partidos provinciales 35.

6. Estos datos verifican empíricamente que la sociedad argentina maduró progresivamente un consenso amplio y estable de apoyo a la reforma constitucional. La elección legislativa nacional de octubre de 1993 lo anticipó; la cuestión de la reforma constitucional no estuvo ausente en aquella campaña, y de allí su importante impacto en el proceso preconstituyente inmediatamente posterior. La elección de convencionales constituyentes de abril de 1994 lo confirmó con el amplísimo triunfo de los partidos reformistas; se observó además el importante crecimiento de una tercera fuerza nacional que llegaría a ser segunda en la elección siguiente, y el excelente desempeño de los partidos provinciales que se hicieron fuertes en los temas federales que planteaba la reforma. Finalmente, la elección presidencial de mayo de 1995 ratificó -ex post- el consenso de la reforma de 1994: la concurrencia a votar superó las de 1993 y 1994

y el resultado dio mayoritario sustento al punto más polémico del proceso, la cuestión de la reelección.

- III -

7. Las constituciones están hechas de política, no de palabras. El esfuerzo constitucional es una práctica social que consiste en convertir “relaciones políticas” (que son relaciones de poder) en “relaciones jurídicas” (que son relaciones de derecho); y mediante esa conversión, someter el poder al derecho. En extrema síntesis, ese proceso asume que una relación de poder es una relación de mando y obediencia entre gobernantes y gobernados, que se juridiza definiendo la situación jurídica de los sujetos y sus respectivos medios de tutela: derechos y garantías para los gobernados y atribuciones y controles para los gobernantes; de tal modo, se convierte una estructura de poder ‘dada’ en un orden jurídico ‘debido’. De eso tratan las convenciones constituyentes; de eso trató nuestra Convención de 1994.

8. En los años del fin del siglo XX hubo grandes cambios en las relaciones de poder, tanto en el mundo como en el país. A nivel global esos cambios empezaron con la expansión de los regímenes democráticos: en 1973 había 30 estados democráticos y 92 no democráticos de un total de 122 y en 1990 había 58 estados democráticos y 71 no democráticos de un total de 129; en 1973 vivía en países democráticos el 32% de la población mundial, en

1990 el 39% y en 1994 el 58%. A partir de 1989, con la caída del Muro de Berlín se precipita el principal cambio global de la época que fue la desaparición del imperio soviético como actor y como modelo y el fin de la guerra fría como “época histórica”; Francis Fukuyama anunciaba “El fin de la historia” y el entonces presidente Clinton anticipaba un período de prosperidad internacional por la distribución del ‘dividendo de la paz’. Ya era otro mundo.

9. En la Argentina, la recuperación democrática de 1983 puso fin a un largo ciclo de 17 años de militarismo; el primer gobierno constitucional implementó importantes avances institucionales, entre los que se destaca el juicio a las Juntas, pero debió afrontar varias asonadas del militarismo residual; durante el segundo gobierno constitucional hubo un nuevo motín, se ordenó al general Jefe de Estado Mayor intimar la rendición o proceder militarmente, el general obedeció al presidente civil y procedió, la democracia se consolidó y el militarismo residual se terminó. A partir de ese momento se aceleró la implementación de “Las reformas de los 90”; cuando se inició el proceso preconstituyente, las leyes fundamentales de las reformas ya estaban sancionadas y los resultados a la vista: el PBI creció 12.2% en 1991, 11.3% en 1992 y 6.7% en 1993; el PBI per cápita subió de US\$ 8000 a US\$ 10.200 al año; la pobreza bajó de 47.3% a 26.7%, y la inflación se redujo de más de 3000% a casi 0. Ya era otro país.

10. El nuevo orden mundial y las reformas estructurales en el país tuvieron decisiva influencia en la gestación y desarrollo de la reforma constitucional, pero la cuestión venía de antes. La UCR la contemplaba en su Plataforma Electoral de 1983 y el Presidente Alfonsín la puso en marcha con el Consejo para la Consolidación de la Democracia, que emitió dos extensos Dictámenes -uno en 1986 y otro en 1987- con un completo programa reformista, que no se pudo llevar adelante por las dificultades económicas de la época; el tema se reitera en la Plataforma Electoral radical de 1989. Del mismo modo, el Partido Justicialista había emitido diversos pronunciamientos a favor de la reforma constitucional y en su Plataforma Electoral de 1989 lo ratificó. Por tanto, la activación de la intención reformista no fue ni sorpresiva ni oportunista: hacía una década que estaba en la agenda institucional del país y en los documentos programáticos de los principales actores políticos argentinos.

- IV -

11. El análisis convencional tiende a centrar todo el proceso preconstituyente en la pretensión del presidente Menem en lograr su reelección; esa interpretación reduccionista es errónea: la reelección -que ya estaba en los Dictámenes del Consejo para la Consolidación de la Democracia- fue un incentivo -y ni siquiera el único- de los que impulsaron el proceso reformista. Esa perspectiva reduccionista suele destacar también la media sanción del Senado de un proyecto de ley que declaraba “la necesidad de

la reforma” y un decreto convocando a un “plebiscito no vinculante” sobre el tema, ambos en octubre de 1993; pero lo cierto es que ni una cosa ni la otra tuvieron andamio, y aunque esas estratagemas atrevidas existieron, su eficacia causal estuvo lejos de ser determinante. Casi contemporáneamente, al asumir como presidente de la Unión Cívica Radical, el Dr. Alfonsín había expresado su predisposición a aceptar la reelección dentro de una reforma más amplia; sus palabras fueron: “¿A quién le importa la reelección si ese escenario utópico fuera posible?”. Lo que sí tuvo una función causal determinante fueron las elecciones de legisladores nacionales del 3 de octubre de 1993 que he comentado más arriba; ese resultado tuvo dos impactos: por un lado, incentivó la iniciativa reformista de Menem -reelección incluida- y por el otro, persuadió a Alfonsín de no oponerse y arriesgarse a perder, sino crearse una oportunidad para incluir los cambios que había propuesto el Consejo para la Consolidación de la Democracia durante su gobierno.

12. Otra vez la interpretación convencional -que ve en el pacto una aceptación resignada de Alfonsín- es equivocada; en realidad lo que se desarrolla entonces es un proceso de negociación entre dos excelentes políticos profesionales que llega a un acuerdo conveniente para los dos. Ese proceso puede formularse en términos de ‘Teoría de Juegos’ como un juego que no es de ‘suma cero’ sino un juego en el que hay ‘ganancias de cooperación’ para ambos jugadores y que llega a una solución de equilibrio -que en

esta perspectiva se llama “Equilibrio de Nash” y a su autor John Nash, le dieron el Premio Nobel por eso- que es una situación en que la estrategia de cada jugador es la más racional dada la estrategia del otro.

13. La Teoría de Juegos -que explica la toma de decisiones en interacción- se asienta en supuestos fuertes: que el conflicto y la cooperación pueden ser analizados matemáticamente y que los jugadores son actores racionales, conscientes que interactúan ‘con otras racionalidades’, por lo que toman en cuenta las posibles decisiones de los otros. Los elementos de la forma normal del juego son los ‘jugadores’, sus ‘estrategias’, las ‘recompensas’ y la ‘información’. Hay ‘juegos de puro conflicto’ en que los intereses nunca convergen y ‘juegos de pura coordinación’ en los que los intereses convergen; hay ‘juegos cooperativos’ en los que los jugadores pueden hacer compromisos exigibles y ‘juegos no cooperativos’ en los que no pueden hacerlos; hay ‘juegos de suma cero’ en los que la ganancia de uno es la pérdida del otro, y ‘juegos de suma variable’ en los hay ‘ganancias de cooperación’.

14. En el ‘juego’ del proceso preconstituyente de 1994, los jugadores eran el Dr. Menem y el Dr. Alfonsín; las estrategias estaban determinadas por las previsiones constitucionales y la relación de fuerzas en el Congreso; en cuanto a las recompensas, ambos eran reformistas convencidos y en distintos momentos se habían pronunciado a favor de la reelección, la diferencia estaba

en sus prioridades en ese momento; pero es el cuarto elemento -la información- lo que determina el desarrollo inmediato del juego: el resultado de las elecciones de octubre de 1993 opera como un incentivo para el oficialismo y como una restricción para la UCR: en ese punto, el desarrollo de un juego de puro conflicto perdió plausibilidad. Aquí aparece la idea -atribuida al jurista radical Enrique Paixao- de un mecanismo de garantía del acuerdo: la votación conjunta del 'Núcleo de coincidencias básicas', lo que cambia la naturaleza del juego: a partir de ahí, el proceso preconstituyente se convierte en un 'juego cooperativo' con convergencia de intereses y 'ganancias de cooperación'. La solución del juego fue la combinación de estrategias que integraban en un mismo acto los objetivos de ambos jugadores: la reelección y una reforma amplia; era un "Equilibrio de Nash".

15. Los hechos históricos falsaron la interpretación reduccionista: tanto Raúl Alfonsín como Carlos Menem vieron la oportunidad histórica de un acuerdo que posibilitara cambios institucionales perdurables, la aprovecharon hasta el límite y se comprometieron activamente con ella. Eso le dio energía política e intelectual a un proceso explosivamente democrático, que comienza con la declaración de ambos del 14 de noviembre de 1993, en que anuncian el inicio del proceso preconstituyente; a partir de ahí, empieza la labor de los equipos jurídicos de ambos partidos que elaboran los contenidos de la propuesta; finalmente, los dos líderes aprueban el Documento de las Comisiones Técnicas el 13 de

diciembre: estos tres documentos constituyen lo que conocemos como “Pacto de Olivos”. Sobre esa base, el Congreso sancionó la ley de convocatoria y el proceso de reforma se puso en marcha. La campaña electoral fue intensa y polarizada; los partidos de oposición centraron el cuestionamiento en la votación conjunta del Núcleo; los partidos del pacto, en la discusión programática de las reformas propuestas y la reelección. El resultado fue un apoyo electoral contundente a las posturas reformistas: los “partidos del pacto” (la UCR y el PJ) sacaron en conjunto el 58,24% de los votos y eligieron 211 de los 305 convencionales en disputa.

16. La persuasión social de que la transición democrática argentina requería una culminación de ese nivel, da razón de una Convención Constituyente en la que estuvieron representados 25 partidos políticos, en la que se presentaron 1593 proyectos de reformas, que tuvo once Comisiones temáticas que realizaron 51 reuniones y produjeron 34 despachos y una Comisión de redacción que realizó 25 reuniones y produjo 17 Órdenes del Día; una Convención que realizó 38 sesiones plenarias algunas de las cuales duraron varios días, para finalmente sancionar -trascendiendo largamente la cuestión de la reelección- casi un centenar de modificaciones al texto histórico.

- V -

17. La Reforma del 94 se asentó en un triple consenso: un consenso político, la reafirmación del compromiso democrático y la reforma

constitucional como culminación de la transición; un consenso programático, la ampliación de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos y sus medios de tutela, la ampliación de ciertas prerrogativas de las provincias - especialmente en materia económica- y la incorporación de algunas instituciones del constitucionalismo europeo a la organización del gobierno federal; y un consenso metodológico, que dejó abiertos a la discusión todos los temas propuestos y su incorporación o no en manos de los constituyentes según la regla de la mayoría, aunque algunos debían ser votados en conjunto. Este triple consenso está en los documentos del Pacto de Olivos y en la ley declarativa de la necesidad de la reforma, pero alcanzó su plena dimensión en la vida de la Convención, donde el debate, los acuerdos y aún las discrepancias -algunas de muy alto voltaje- se encarrilaron dentro de ese cauce, que yo he llamado “El Paradigma de Olivos”.

18. En Teoría de la Ciencia, un “paradigma” es un conjunto de supuestos, instrumentos, técnicas y aun creencias que funcionan como referencia común de un determinado colectivo intelectual; es un conjunto de compromisos entre los miembros de ese colectivo que provee los criterios para determinar qué problemas pueden ser abordados y qué métodos son legítimos para tratarlos. Los tres consensos funcionaron como “paradigma” de los que participaron en el proceso de la reforma: primero, en el grupo de técnicos radicales y peronistas que trabajaron en los documentos

preconstituyentes; y después, en los Convencionales Constituyentes de todos los partidos, que en Santa Fe debatieron y sancionaron la Reforma del 94.

19. La Convención Constituyente no fue un cuerpo regimentado ni un coro monocorde; se fue a discutir y se discutió en extensión y profundidad, como evidencia el Diario de Sesiones por ejemplo en los debates del Reglamento, del Amparo, del Dominio Originario de los Recursos Naturales y aún en el tratamiento en la Comisión de Redacción de la cuestión indígena. Y deben destacarse dos características: primera, no fue una discusión desordenada o caótica; fue un debate libre, intenso, confrontativo y por momentos conflictivo, pero estructurado y racional, propiedades que aportó el marco del Paradigma de Olivos; y segunda, las argumentaciones no fueron solo de política contingente, sino que hubo muy importantes contribuciones técnicas y exposiciones científicamente relevantes de Derecho y de Teoría Constitucional.

- VI -

20. La Convención Nacional Constituyente del 1994 introdujo 91 cambios en el texto constitucional de 1853/60: agregó un nuevo capítulo, modificó 17 artículos, agregó 19 artículos nuevos, modificó de 29 incisos, agregó de 8 nuevos incisos e incluyó 17 cláusulas transitorias; el Preámbulo no se tocó.

21. Para evaluar el desempeño de las instituciones la doctrina ha venido utilizando diversos criterios; la literatura reciente ha propuesto cuatro factores -legitimidad política, resolución institucional de los conflictos, limitación de los costos de agencia y creación de bienes públicos- como base de una ‘métrica’ del desempeño constitucional. Conforme estos criterios, las distintas innovaciones introducidas por la reforma del 94 han tenido un desempeño dispar: algunas funcionaron razonablemente bien, otras extraordinariamente bien; pero hay algunas de las que no se puede decir lo mismo.

- VII -

22. El mecanismo de elección del Presidente de la Nación ha funcionado razonablemente bien; no provocó inconvenientes técnicos relevantes, los resultados fueron aceptados, las transferencias del mando se realizaron normalmente así como la alternancia; y el intento de una segunda reelección a finales de los años 90 fue expeditivamente rechazado por los tribunales.

23. El mecanismo de designación de los jueces de la Corte también funcionó razonablemente bien; el intento de dos designaciones por decreto se reencauzó rápidamente por la vía institucional.

24. La constitucionalización del Amparo funcionó excelentemente bien; superó con honores el severo test al que lo sometió la

judicialización masiva del “corralito” a principios de los años 2000: se iniciaron miles de acciones, se tramitaron, se resolvieron generalmente acogiendo la pretensión y las sentencias se cumplieron.

25. También funcionó excelentemente bien la atribución a las provincias del dominio originario de los recursos naturales: se transfirieron las concesiones y la administración a las provincias, que se hicieron cargo sin conflicto alguno, y están viviendo un verdadero boom del petróleo, al que ahora se está agregando el del litio.

26. Sin embargo, otras innovaciones de la reforma han tenido un desempeño menos satisfactorio; por ejemplo, la “Ley Convenio de Coparticipación Federal”: debía estar sancionada hace 28 años y todavía está pendiente. También ha sido objetado el funcionamiento de tres instituciones tomadas del constitucionalismo europeo: el Jefe de Gabinete, el Consejo de la Magistratura, y el Defensor del Pueblo.

- VIII -

27. La primera incorporación europea es el Jefe de Gabinete; viene de la propuesta de establecer un régimen semiparlamentario que hizo el Consejo para la Consolidación de la Democracia durante la presidencia de Alfonsín. En las conversaciones preconstituyentes

los técnicos radicales sostuvieron la idea del “primer ministro”, los técnicos peronistas les opusieron la figura del “ministro coordinador” y el pacto de Olivos consagró la denominación “Jefe de Gabinete”. La ley de convocatoria diseñó un Jefe de Gabinete “fuerte”, que “tiene a su cargo” la administración general del país y “decide” el envío al Congreso de la Ley de Ministerios y el Presupuesto. La Convención sancionó un Jefe de Gabinete “débil”, que solo “ejerce” la administración general y que “envía” las leyes de Ministerios y de Presupuesto como cualquier otra ley. En esos limitados términos, el Jefe de Gabinete ha funcionado razonablemente bien.

28. La segunda incorporación de raigambre constitucional europea es el Consejo de la Magistratura. El art. 114 de la Constitución encomienda su implementación al Congreso a través de una ley especial. El art. 108 de la Constitución atribuye el ejercicio del Poder Judicial a la Corte Suprema y los Tribunales inferiores; el Consejo de la Magistratura no “ejerce” el Poder Judicial, pero “está” en el Poder Judicial; por tanto no es un ‘órgano extrapoder’. La ley del Consejo de la Magistratura tuvo una ley correctiva siete días después de sancionada y cuatro leyes modificatorias, las últimas dos declaradas inconstitucionales por la Corte. Su desempeño está lejos de alcanzar una calificación satisfactoria.

29. La tercera incorporación europea es el Ombudsman. Esta figura nace en Suecia en pleno absolutismo y en 1953 Dinamarca

la incorpora a su constitución. En la Argentina se crea en 1993 por una ley, siguiendo el modelo español de donde toma el nombre de Defensor del Pueblo; así lo incorpora el art. 86 de la constitución reformada; ejerce sus competencias en el ámbito del Congreso, por tanto, no es un órgano extra-poder. Hace 15 años que el cargo está vacante; lo maneja un funcionario administrativo sin las características exigidas por la Constitución. El Defensor del Pueblo tampoco ha alcanzado una cota aceptable de calificación.

- IX -

30. Los tres consensos del “Paradigma de Olivos” han tenido eficacia despareja. El “consenso político” se ha mantenido con solidez y ha provisto a los otros dos un criterio de racionalidad para el desarrollo de las instituciones y la solución de los conflictos. El “consenso metodológico” funcionó muy bien en la tarea constituyente, pero en lo propiamente constitucional quizás llevó a exagerar las expectativas y a requerir mayorías muy difíciles de lograr (como para la designación del Defensor del Pueblo) o directamente imposibles (como para aprobar la Ley Convenio de Coparticipación Federal). Finalmente el “consenso programático” permitió generar aportes eficaces en la ampliación de derechos y prerrogativas, pero la incorporación de instituciones del constitucionalismo europeo no tuvo una eficacia similar, y no por razones “subconstitucionales” -como serían defectos de implementación, falta de cumplimiento por las autoridades o

contingencias políticas- sino por razones propiamente “constitucionales”: el parlamentarismo, los “organismos externos de control” y los “órganos extra-poder”, son inconsistentes con la división republicana de poderes y los “checks and balances” como mecanismo de control recíproco; ha sido la lógica propia de nuestra Constitución Nacional la que ha resistido, y desde mi punto de vista, debemos felicitarnos por eso.