F. CONVEN. CONSTITUYENTE FOLIO 1

31

Sec: V.C. Nº 330

FRENTE GRANDE - UNIDAD SOCIALISTA

COMISION DE PODERES, PETICIONES Y REGLAMENTO

PROYECTO DE RESOLUCION

La Convención Nacional Constituyente

R E S U E L V E:

Art. 1)- La potestad de efectuar la Reforma Constitucional compete, en forma excluyente, a la Convención convocada al efecto. (Art. 30 C.N.).

Art.2)- Estando integrada y en funcionamiento la Convención Constituyente, conforme al acto institucional compludio el 25 de mayo de 1994 -jura de los convencionales constituyentes y elección de las autoridades de la convención- corresponde que la misma ejerza sus potestades constitucionales, reasumiendo su autonomía vulnerada , entendiendo de nulidad absoluta los Arts. 5° y 6° de la Ley N° 24309 , y determinar por sí el modo de discusión y de aprobación que le permita en plenitud su labor.

Art. 3)- Hacer conocer esta resolución a los tres poderes del Gobierno Federal de la Nación Argentina. Dar a publicidad la misma y disponer su registro y archivo a través de la Secretaría de labor parlamentaria de esta Convención Constituyente.

JUAN PABLO CAFIERO **GUILLERMO ESTEVEZ BOERO**

EDUARDO S. BARCESAT

CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
2

Fundamento

ARBITRARIA LIMITACION DE LAS FUNCIONES DEL PODER CONSTITUYENTE

La tradición Argentina, si bien no admite la soberanía absoluta de la Convenciones, tampoco las despoja de las facultades implícitas necesarias para asegurar su propio funcionamiento.

La Ley impone a la Convención Reformadora el criterio a seguir sobre una materia que resulta privativa de su competencia. De acuerdo al Art. 30 de la C.N. la función del Congreso se limita a establecer la necesidad de la Reforma, y el Poder Constituyente es depositario de todas las facultades explícitas e implícitas 'del mismo modo que los demás poderes del Estado' para ejercer cabalmente su función' Por lo tanto la Ley Nº 24309 carece de legitimidad contitucinal por el avance del poder preconstituyente del Congeso sobre el poder Constituyente de la Convención.

La Ley Nº 24309 -Art. Nº 5- impone a la Convención Constituyente límites a su funcionamiento interno, reglamentando la forma de votación -"votados conjuntamente"-.Es indudable que este condicionamiento tiene su fundamento en una necesidad política de los firmantes del Pacto de Olivos, más que en un fundamento o necesidad constitucional.

Este ilegítimo procedimiento, que tiene como único fundamento un HECHO: La recíproca desconfianza de los acuerdistas- ; por lo que no registra antecedentes nacionales o extranjeros. Las opiniones doctrinarias son contestes en su INCONSTITUCIONALIDAD

Procedemos a tratar estos temas:

A) PODER CONSTITUYENTE.

I)- ANTECEDENTES:- Los antecedentes relativos a la enunciación de la doctrina de la separación entre el poder constituyente y los poderes constituídos se remontan al "Agreement of the people" -1647-, y el "Instrument of government" -Instrumento de Gobierno- promulgado en Inglaterra por Cromwell en 1653. Estos documentos establecen la separación entre el poder constituyente y el poder legislativo, niegan poder constituyente al Parlamento y declaran nulas las leyes contrarias a sus disposiciones.

La idea de sus autores era establecer una ley suprema colocada más allá del alcance del parlamento, limitando sus poderes y declarando por vía de restrincciones expresas, cuales son los

3

Carlos Sánchez Viamonte dice que "sobre la base de los mismos supuestos doctrinarios que luego utilizaría Locke , Cromwell llega a una conclusión mas avanzada en materia de derecho Constitucional y, en realidad, plantea por primera vez, con criterio técnico , el problema que en 1788 fue resuelto definitivamente por el Abate Emmanuel Sieyès en su libro ¿Que es el tercer estado?".

Sieyès sostuvo "la Constitución abarca a la vez la formación y la organización internas de los diferentes poderes públicos, su correspondencia necesaria y su independencia recíproca. En fin, las precauciones políticas de las cuales es prudente rodearlas a fin de que, siendo siempre útiles, no puedan jamas volverse peligrosas.... asi, para repetirlo una vez más, la Constitución de un pueblo no es ni puede ser sino la constitución de su gobierno y del poder encargado de dar leyes, tanto al pueblo como al gobierno.

Una Constitución supone ante todo un poder Constituyente.

Los poderes comprendidos en el establecimiento público están todos sometidos a leyes, reglas, formas, que ellos no son dueños de cambiar.

Así como no han podido constituirse por sí mismos, tampoco pueden cambiar su Constitución"

La fundamental separación entre el Poder Constituyente y los poderes constituídos , es la base del constitucionalismo moderno y por ende del sistema garantía de la libertad y de la dignidad del hombre. Es además el rasgo esencial del Estado de Derecho. Sánchez Viamonte nos dice al respecto: "A Sieyès se le debe la verdadera y definitva consagración del Estado de Derecho, concebido con alguna claridad por Francisco Suárez en el siglo XVII y realizado practicamente por los Estados Unidos, a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre, del Estado de Virginia, en 1776.

Es imposible -dice **Sieyès**- crear un cuerpo para un fin sin darle un organización, formas y leyes propias para hacerle cumplir las funciones a las que se lo ha querido destinar. Eso es lo que se llama la Constitución de ese cuerpo. Es evidente que no puede existir sin ella. Lo es también que todo gobierno comisionado debe tener su Constitución; y lo que es verdad del gobierno en general, lo es también de todas las partes que lo componen. Así, el cuerpo de representantes, al que le está confiado el poder legislativo o el ejecutivo de la voluntad comùn, no existe sino con la manera de ser que la nación ha querido darle. No es nada sin sus formas constitutivas; no obra, no se dirige, no se comanda sino por ello... Estas leyes son llamadas fundamentales , no en el sentido que puedan hacerse independiente de la voluntad nacional, sino porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte, la CONSTITUCION no es obra del poder constituído, sino del PODER CONSTITUYENTE".

La doctrina de **Siegès** escluye toda posibilidad del ejercicio del poder constituyente por algunoa de los poderes constituídos, y más que una separación de poderes, como podría considerarse

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
4

inadvertidamente, se trata de una distinción fundamental respecto de la Naturaleza del Poder Constituyente y del Poder Constituído.

Sánchez Viamonte sostiene: "El constitucionalismo requiere una estricta separación entre el poder constituyente y los poderes constituídos. Es la única manera de evitar su aniquilamiento. Por el camino de sucesivas conseciones formales y de apariencia inocente, se llega a la destrucción del orden jurídico fundamental, integral y estable que el constitucionalismo consagra y sin el cual no puede existir el Estado de Derecho.

En nuestro país **Alberdi**, contrariando todos los antecedentes constitucionales, introdujo la más clara interpretación de la singularidad del poder constituyente al establecer la institución de la Convención Constituyente para el ejercicio de ese poder.

La Ley Nº 24309 al fijar en forma obligatoria contenidos para la Convención y establecer mecanismos de votación conjunta, contradice todos los antecedentes y principios rectores propios de nuestro mecanismo de revisión constitucional.

La Ley Nº 24309 viola el principio de **división de poderes**, asume atribuciones que no le son propias y usurpa facultades de la convención, actuando de hecho en apoyo a un interés partidario que sus sostenedores manifiestamente consideran más "fundamental" aún que el "Estado de Derecho".

El Congreso de la Nación y la Convención Constituyente son poderes de naturaleza diferente y cualquier cosa puede ser una solución menos que un poder de hecho imponga su voluntad a otro poder y menos, que la Convención debe inclinarse ante una ilegal e ilegítima pretensión de supremacía.

La usurpación de facultades de la convención que realiza la Ley, significa el desconocimiento de la Constitución, el desconocimiento del Estado de Derecho, que es el atentado institucional más grande, y si no se refuta en todos sus detalles sentará un antecedente profundamente negativo en nuestro país.

2) SOBERANIA DEL PUEBLO

El reconocimiento de la soberanía en el pueblo de la Nación convierte a este en el sujeto verdadero, último y definitivo depositario del poder constituyente, aunque hayan concurrido históricamnte las provincias a formar ese poder y su voluntad aparezca consignada en el Preámbulo de la Constitución como determiante de la reunión del congreso, que habla de la existencia indudable de pacto interprovinciales preexistentes a la Constitución misma, pero posteriores al nacimiento de la nacionalidad y del Estado.

Si esto fue así para los Estado provinciales al momento de sancionarse la Constitución, con mayor razón debería desecharse la existencia de un pacto liitado a dos expresiones políticas que, si bien pueden ser mayoritarias, no representan a la totalidad de la voluntad popular como en definitiva

CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
5

debe ser, si consideramos al poder constituyente como expresión de la soberanía del pueblo de la Nación.

La idea del "contrato social" dío origen a la tearía del poder constituyente y del acto constituyente durante la Revolución Francesa. En este sentido Burke nos dice: "Los contratos accesorios, pueden ser rescindidos a voluntad, pero el Estado no puede considerarse de la misma medida que un pacto de Constitución de sociedad que trafica en pimienta y café, en algodón o tabajo, o en alguna otra preocupación baja, que puede ser creada en consideración a un intererés temporal de poca importancia y disuelto al arbitrio de las partes.

A este pacto constitucional si es que lo hay, debe considerárselo con otra reverencia porque la Constitución de una sociedad implica toda una ciencia y un arte, sus fines no pueden conseguirse en muchas generaciones y, por ello, es una asociación no sólo entre vivos sino entre los vivos, los muertos y los que han de nacer (Sánchez Viamonte).

"Toda constitución se redacta para que dure mas allá de la vida de los constituyente: La constitución es objetiva, mientras que un simple contrato, concluído entre dos subjetividades, pertenece al orden de lo efímero y no se impone al tercero". (Nicolás Tenzer)

B) FACULTADES PRECONSTITUYENTES.

El Art. Nº 30 de la CONSTITUCION NACIONAL exige para su reforma, total o parcial, la concurrencia del acto **legislativo** (de **declaración**), y del acto **constituyente** de **soberanía** extraordinaria, a cargo de una Convención Constituyente convocada al efecto.

El sistema instituído por la Constitución nacional -Art. Nº 30- limita la intervención del Congreso (facultad preconstituyente) a declarar la necesidad de la reforma, estableciendo si será total o parcial, y en este último caso, deberá establecer cuales son los puntos sobre los que versará la reforma.

"En su desempeño la Convención Reformadora no está sujeta a otras limitaciones que las que emanan de la Constitución vigente, lo que se explica porque, como ya hemos dicho aquella ejerce el poder constituyente constituído o instituído y que no resulte del contenido de la Ley Suprema de la Nación. Es así, que si bien la Constitución autoriza al Congreso a declarar la necesidad de la reforma y éste convoca a la Convención, en modo alguno podría el cuerpo legislativo crear condiciones que **subordinen** a su voluntad el funcionamiento del órgano revisor.....**No** sería pues, **procedente** que el poder legislativo y mucho menos el poder ejecutivo pretendieran **reglamentar** el funcionamiento o la actuación de la Convención Reformadora" (LINARES QUINTANA, Segundo V. Tratado de Ciencia Constitucional)

CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
6

" La convención constituyente es soberana. Esto quiere decir que la reforma la promueve el Congreso, pero la decide la Convención convocada al efecto. Esta Convención puede reformar o no la Constitución en los puntos determinados por el Congreso, pero no puede decidir sobre otros que no han sido sometidos a su decisión. La función del Congreso Legislatura no tiene más atribución que la de declarar la necesidad de la reforma en en el todo o en parte. El Congreso no puede reglar el funcionamiento de la Convención de modo que afecte la autonomìa funcional, ni mucho menos las facultades inherentes a su carácter soberano". (Rafael Bielsa).

Si el papel de la Convención reformadora estuviera reducido nada más a homologar las reformas declaradas necesarias por el Congreso, en los hechos significaría que el ejercicio del poder constituyente se ha trasladado al órgano legislativo, cuando la Constitución, por el contrario, lo ha investido en la Convención. En nuestro sistema institucional, el ejercicio del poder constituyente corresponde a la Convención, y al Congeso únicamente le ha sido conferido el del poder preconstituyente con los límites que fija el art. 30 CN. Esta ha sido la más democrática y arraigada interpretación en nuestros antecedentes constitucionales, tanto nacionales como provinciales como lo registró Carlos Sánchez Viamonte en su obra "El poder constituyente"

El poder constituído juega un papel importante en la operación constituyente, pero sin menoscabar el dato certero de que la participación de los individuos que componen la Nación está más asentuada en la operación constituyente que el proceso legislativo ordinario. Quien da mandato a los convencionales no es el Congreso, sino el pueblo que los elige. El Congreso, como vimos, no puede decir otra cosa que cuales son los puntos a reformar, mientras que el pueblo confiere su mandato a los convencionales y al hacerlo confiere tambien el pleno ejercicio de la soberanía a los efectos de ese mandato, o sea el pleno ejercicio de la soberanía a los efectos de efectuar la reforma en los puntos habilitados por el Congreso.

La necesidad política, que no es la necesidad del Estado, han ingresado una vez más en el campo del derecho, pero esta vez el escenario es nada menos que nuestra Carta Fundamental. El embate preconstituyente , hace reposar la reforma en la voluntad del Congreso que no está legitimado constitucionalmente, pero lo estará por vía de una ley, coherente con un país donde la inseguridad jurídica es moneda corriente.

Es indudable que el Congreso de la Nación al sancionar la Ley Nº 24309 , ha excedido su competencia derivada del Art. Nº 30 CN, avanzando en los siguientes aspectos: a) Predeterminando el contenido de la Reforma; b) fijando normas reglamentarias a la Convención; c) estableciendo sanciones; d) estableciendo términos o plazos a la Convención .

H. CONVENCIÓN NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
7

La Ley Nº 24309 avanza en forma violatoria sobre el Art 30 de la C.N. al establecer la competencia reformadora, por el tiempo (Art.12), por el lugar (art. 12), por el objeto (Art.4 que remite a los Arts. 2,3,13 y 15) , y por el modo (Art.5).

La Convención reformadora en su primer acto debe ratificar sus propias competencias, asumiendo las que por imperio de la Constitución tiene, ejerciendo las facultades reformadoras sin sujeción al dogma impuesto por el órgano preconstituyente.

1)- CONTENIDO:- Poder es por definición el dominio, imperio o facultad para hacer una cosa, y el poder constituyente derivado o reformador esta diferido por el Art. Nº 30 de la CN a la Convención convocada al efecto.

La cuestión consiste en analizar, la extensión de la potestad constituyente, o sea la medida de la jurisdicción de la Convención, en una palabra su competencia. La constituciòn argentina está incluída entre las constituciones de caracter rígido, por lo que las modificaciones no pueden provenir de decisiones del Congreso. Nuestra constitución pone en manos de una convención ad-hoc la realizaciòn de las reformas en el marco de los temas habilitados por el congreso y la convención es soberana dentro de su función legal.

La voluntad constituyente la trasunta la Convención, delegada inmediata y exclusiva de la soberanía del pueblo.

Es la Convención Constituyente quién tiene la fuerza o autoridad para adoptar la decisión concreta sobre el modo y la forma de la propia existencia política dentro de los puntos habilitados por el Congreso.

Es la Convención Constituyente la titular de la decisión o del pronunciamiento que importa un particular modo de querer o una particular voluntad sobre la forma concreta de la propia existencia política.

Si bien el poder reformador deriva de la Constitución y tiene caracter "excepcional" y límites jurídicos concretos (Art. Nº 30CN) , es jerárquicamente superior al poder legislativo. Solo la Convención puede modificar la Constitución segun surge de la propia Constitución.

El llamado núcleo de coincidencia básicas (art. 2 de la ley 24.309) que presenta el contenido de la reforma y hasta la redacción articulada de la misma, no es congruente con la afirmación de que la reforma debe ser efectuada por lal Convención y que no se efectuará sino por ella. Con el agravante de que la preformulación normativa y de contenidos del art. 2 es de una vasta densidad institucional, abarcando temas como: forma de elección de presidente y vice; duración de sus mandatos y reelección; institucionalización del jefe de gabinete, del tercer senador, del Consejo de la Magistratura y de los decretos de necesidad y urgencia; la forma de elección del Intendente de la Capital Federal, de los senadores y de los Ministros de lal Corte; la eliminación del requisito

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE FOLIO 8

confesional para el Presidente; la duración del período de sesiones y las facultades del Presidente de intervenir las provincias; respecto de los cuales la Convención solo podría, en forma conjunta, pronunciarse por "si" o por "no".

En los puntos o materias mencionados, que conforman los treces temas indicados en el Art. 2 de la ley, la Convención Constituyente tendrá que limitarse a aprobar o rechazar lo dispuesto por el Congreso, que no constituye otra cosa que el reparto de espacios de poder entre los dos partidos firmantes del "pacto". Es decir, la Convención de cuerpo reformador se limitará a cuerpo homologador. De lo dispuesto en la Ley Nº 24309 en el "núcleo de coincidencias básicas" se infiere un procedimiento similar al dispuesto por la Constitución de Estados Unidos, donde las enmiendas las prepara el Congreso, ya que como vimos una parte importante de las materias a modificar ha sido efectuada `por el este. Pero este procedimiento no es el seguido por nuestra Constitución, y hace incongruente el principio que la reforma debe hacerla una convención convocada al efecto.

La potestad constituyente de la convención se encuentra en relación directa con su objeto, ya que respetando un principio de lógica su jurisdicción debe ser medida por este. Siguiendo este principio, el obligado legalmente a ejecutar una obra tiene derecho a los medios necesarios para el cumplimiento de su deber; por lo tanto la potestad constituyente de la convención comprende toda la capacidad necesaria para realizar y finiquitar su obra, cual es, reformar la Constitución, ni más ni menos.

No existe pues, regla de derecho constitucional que obligue a la Convención a aprobar o rechazar los contenidos predeterminados por el Congreso, como vimos se trata de un función usurpada por el Congreso, que no puede producir las mismas consecuencias jurídicas y los mismos efectos compulsivos que la función legítima, por lo que la Convención Nacional Constituyente debe desconocer lo dispuesto en el Art 6 de la mencionada Ley Nº 24309. Antes bien, la Convención tiene garantizada por la Constitución su libertad de criterio y de funcionamiento para realizar la reforma constitucional.

b) NORMAS REGLAMENTARIAS.-

I) Cláusula cerrojo:

La Ley Nº 24309 en su Art. 5 impone a la Convención Constituyente límites a su funcionamiento interno, reglamentando la forma de votación ("votados conjuntamente")Esta disposición que sirve de "complemento" a lo dispuesto en el Art.2 o sea el "nucleo de coincidencias básicas" constituye la garantía a la recíproca desconfianza de los firmantes del "pacto", o sea que tiene su fundamento en una necesidad política de los acuerdos

H. CONVENCIÓN NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
9

La forma de votación de estos temas que afecta cerca de 30 normas entre artículos e incisos, deberá hacerse globalmente, entendiéndose que la votación afirmativa imputará la incorporación constitucional de la totalidad de los mismos, en tanto que la negativa importará el rechazo en su conjunto de dichas normas y la subsistencia de los textos constitucionales vigentes. De manera tal que se introduce una especie de mecanismo plebiscitario indirecto, no contemplado expresamente en la Constitución Nacional.

Nuestros antecedentes històricos no conocen precedentes similares y de semejante limitaciòn. No existe disposición de derecho constitucional formal o consuetudinaria que habilite al congreso a obligar a la convenciòn reformadora a tratar en bloque o en paquete las disposiciones a reformar. Ni siquiera puede plantearse que lo sea, la vieja ley 234 de la Confederaciòn Argentina que convocó a la Convención Nacional de 1860 "al solo efecto de que se tome en consideración las reformas que la convención de Buenos Aires propone se hagan a la Constitución Nacional y decida definitivamente sobre ellas", pues: a) La reforma de 1860, obtenida por la provincia de Buenos Aires despuès de una cruenta guerra civil, y como consecuencia inmediata del pacto de unión celebrado en San José de Flores el 11 de noviembre de 1859, no puede ser tomada sin la advertencia del carácter especial que reviste en la historia constitucional argentina. b) La ley 234 no impuso el tratamiento empaquetado de las propuestas modificatorias de Buenos Aires, y c) la Asamblea Constituyente nacional introdujo al menos cinco correcciones al proyecto de enmiendas porteño, como lo recuerda Luis R. Longhi.

La tradición Argentina, si bien no admite la soberanía absoluta de las convenciones, tampoco las despoja de las facultades implícitas necesarias para asegurar su propio funcionamiento, como lo es la facultad de determinar el mecanismo de votación. Se trata de una materia de competencia privativa de la Convención y la Ley dictada por el Congreso no puede imponerle a la misma el criterio a seguir en dicha materia.

El art. 5 de la Ley 24309 significa un exceso del poder preconstituyente sobre el constituyente, por lo tanto la Convención Reformadora deberá precindier de este dispositivo prisionero, por su inconstitucionalidad, reasumir su autonomìa vulnerada y determinar por sí el modo de discusión y de voto que le permita realizar su labor.

El Congreso, no puede obligar a los otros poderes del estado, coartando su libre funcionamiento; los poderes del estado su autónomos y tienen garantizada por la Constitución su libertad de funcionamiento y de critierio para interpretar la Constitución.

Además de la grave extralimitación señalada, la llamada "cláusula cerrojo" es un grave e inadmisible atentado a la libertad de conciencia y de pensamiento de los convencionales que abre una brecha peligrosísima en el camino a la libertad del hombre. Constituye un fraude, un ardid que impide a los convencionales discurrir o reflexionar, y les impide tambien materializar su vota conforme a su conciencia y lo que es peor aùn conforme a la razón.

H. CONVENCION NAC. CONSTITUYENTE
FOLIO
10

Desde este punto de vista la imposición del art. 5 de la ley 24309 peca de inconstitucionalidad por violar elementales garantías individuales.

Además carce de un mìnimo de razonabilidad que la justifique, por más que se piense y se repiense, no hay operación lógica del entendimiento que justique el tratamiento y votación en bloque de materias tan disclmiles como las del art. 2, ó un tratamiento diferente para los contenidos del art. 2 y del art. 3 de la Ley de Reforma.

Desde este punto de vista peca de inconstitucionalidad por violar el principio de legalidad, ser arbitraria y no existir "razón" valedera que la funde.

Pero debemos advertir además, que la inconstitucionalidad de esta cláusula no es algo que pueda estar sometido a la inseguridad del valor de la interpretaciones legales y justificando que la razón pude estar lo mismo de un lado que del otro, sea sometida a la decisión de la mayorìa. Si esto ocurre será un atentado vulgar, producto de una fuerza que avasalla el derecho y la razón y es el resultado de connivencias políticas entre factores poderosos.

JUAN PABLO CAFIERO

GUILLERMO ESTEVEZ BOERO

EDUARDO S. BARCESAT