

Teoría de la Reforma Constitucional, de Sergio Miguel Díaz Ricci, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Complutense de Madrid y Ediar (Argentina), 2004.

Por Jorge Horacio Gentile

La base de este libro es la tesis doctoral que Sergio Díaz Ricci ha presentado en 1988 en la Universidad Complutense, y que fuera aprobada con la máxima calificación, *Cum laude*, por un tribunal integrado nada menos que por los profesores Pedro de Vega, Francisco Fernández Segado, Ángel Sánchez de la Torre, Alfonso Padilla y Raúl Canosa.

El prólogo lo escribe un ilustre constitucionalista español, Pablo Lucas Verdú, quien comienza diciendo que Díaz Ricci tiene “inquietud didáctica”, lo que significa que es “propenso a promover cambios”, algo que a nadie de los que lo conocemos nos sorprende. Este antiguo profesor y director de tesis del autor ve reflejadas en este libro sus propias ideas, especialmente aquellas que vinculan los conceptos de representación política, de interpretación constitucional y de la reforma constitucional y destaca, porque le llama la atención, el capítulo dedicado a las mutaciones constitucionales, admisibles siempre que se respeten la *ratio* y el *telos* de la Constitución.

Desde el primer capítulo el autor pretende hacer un análisis completo de la Teoría Constitucional y elaborar un modelo teórico que brinde herramientas críticas para evaluar a cualquier proceso concreto de reforma constitucional. A la reforma constitucional la considera un acápite de la Teoría Constitucional y un instrumento de la transformación política. Citando a Verdú dice que la evolución del Estado de Derecho se da en tres fases: el Estado liberal de Derecho, el Estado Social de Derecho y el Estado Democrático de Derecho. Sostiene que el Pueblo es la fuente de legitimidad del sistema político, pero para poder expresarse necesita articularse a través de instituciones.

El concepto de Constitución lo entiende, como el “ordenamiento normativo fundamental del Estado”, que es el vehículo que canaliza la voluntad mayoritaria de la sociedad y, siguiendo a Konrad Hesse, en la misma se vinculan: los fundamentos del orden de la comunidad, la estructura estatal con sus instituciones, y el procedimiento de resolución de conflictos. La realización de la Constitución se concreta sólo cuando se incorpora a la conducta humana, y si ello no ocurre, considera, sus cláusulas son letra muerta.

La problemática de las “mutaciones constitucionales”, introducida por los alemanes, *comienza allí donde se renuncia a la Reforma de la Constitución*, como dice Klaus Stern, y es desarrollada por el profesor tucumano, quien percibe dos sentidos: el sociológico, cuando hay una incongruencia entre preceptos constitucionales y realidad sociopolítica, y cuando el precepto sufre una modificación de su contenido sin que haya alterado su expresión literal. Esto lo lleva a distinguir el Derecho Constitución formal; primario, de la constitución escrita, y, el secundario, de las leyes constitucionales del Derecho Constitucional material. Cuando las modificaciones en la realidad constitucional alteran el Derecho Constitucional material, se producen las “mutaciones constitucionales”. Estas a su vez las clasifica, teniendo en cuenta la naturaleza del hecho nuevo que las provoca, en actos normativos de naturaleza legislativa, en actos interpretativos y por una práctica constitucional o hechos políticos, pero en los tres casos producidos por órganos constitucionales. La admisibilidad de estas “mutaciones” tiene siempre por límite la Constitución escrita, y no da valor al argumento del “hecho consumado” como respuesta al hecho nuevo que las pretende justificar.

A la doctrina del Poder Constituyente la considera básica no sólo como fundamento del Derecho Constitucional sino de todo el Derecho, y tiene su origen el opúsculo *¿Qué es el tercer estado?*, publicado en París, antes de la revolución francesa, en enero 1789, por el abate Emmanuel Sièyes, y sostenido por el mismo ese año en el seno de la Asamblea Nacional y en 1791 en la Convención, que integró. El folleto de Sièyes (donde se afirmaba: “¿Qué es el Estado Llano? Todo. ¿Qué ha sido hasta el presente? Nada. ¿Qué quiere ser? Algo...”) tuvo una muy rápida difusión y en dos meses se vendieron treinta mil ejemplares, lo que hizo famoso a su autor. Nos recuerda el libro que comentamos, citando a Marcel Prelot, que se trataba de un personaje misterioso y quejumbroso, un sacerdote sin vocación, un orador nada brillante, con débil constitución física, pero muy grande y hábil político, elegido de casualidad como diputado para los Estados Generales de 1789 por el distrito de

París, ya que era el último en la lista de candidatos. Agregamos nosotros que este singular personaje, que fue uno de los que inició la revolución francesa, ya que además de publicar el popular folleto, antes referido, el 15 de junio de aquel año propuso que el Estado Llano se proclamara Asamblea Nacional, pero al mismo tiempo tuvo la rara virtud de ser el último que sobrevivió a la misma, ya que cuando llega Napoleón Bonaparte y la clausura, los revolucionarios más destacados, que no fueron guillotizados, habían dejado la escena política.

Este canónico de Chartes, venido a la política, que desdeñaba tanto a Rousseau como a Voltaire y a Montesquieu, basaba su teoría sobre el Poder Constituyente en que la Nación soberana no queda sujeta a las previsiones por ella misma establecidas a los poderes estatales creados, y en el referido opúsculo afirmaba: “[...] que se nos diga según qué criterios, según qué interés hubiera podido darse una Constitución a la Nación misma. La Nación existente antes que todo: es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes que ella y por encima de ella sólo existe el derecho natural [...] Y no solamente no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, lo que equivale a decir, que no lo está”. Agrega, además, que “sería ridículo suponer que a la Nación misma ligada por formalidades o por la Constitución a que ella ha sujetado a sus mandatarios”. De ello se concluye que el derecho natural es lo que precede al obrar del poder constituyente y al dictado de toda ley, conclusión que veremos reflejada luego en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, verdadero estandarte de la Revolución francesa, donde solemnemente se dice “[...] los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre [...]” que “reconoce y declara [...] lo son bajo los auspicios del Ser Supremo”.

Díaz Ricci afirma también que “la Constitución no surge de un Contrato Social de un acuerdo entre los miembros de la sociedad, sino que es Ley, acto normativo (*imperium*) por el que el pueblo toma la decisión de fijar una determinada forma de su convivencia política”. Niega que el poder constituyente pueda ser ejercido por gobiernos de fuerza o de facto, como ocurrió en Brasil en 1964 y 1965, y, más tarde, en Argentina en 1966 y 1976, en que gobiernos militares invocaron el ejercicio del poder constituyente que no poseían ni representaban, aprobaron actas institucionales o estatutos que suspendieron la vigencia o modificaron a las constituciones. Otro ejemplo, que se recuerda, es la Constitución chilena de 1980, recientemente modificada, donde se afirmaba que la Junta de Gobierno encabezada por el General

Augusto Pinochet podía “ejercer el poder constituyente sujeto siempre a la aprobación plebiscitaria”.

Hace también una distinción que vale la pena recalcar, entre el pacto social que crea la sociedad política, que la funda, para lo que hace falta unanimidad, del acto constituyente, que dicta la Constitución, donde basta la simple mayoría para su aprobación. Ello puede aplicarse al caso argentino con la Declaración de la Independencia aprobada por unanimidad en el Congreso de Tucumán en 1816, por un lado, y la sanción de la Constitución en Santa Fe en 1853, donde se la aprobó por el voto mayoritario de los convencionales.

La función constituyente se presenta como algo excepcional, efectiva, axiológica y políticamente superior. Afirma que el pueblo y no la nación es el titular del poder constituyente, por el cual el pueblo tiene derecho a modificar su forma de gobierno. Recuerda que la Constitución argentina se aparta del modelo norteamericano en cuanto emplea el principio representativo para ejercer el poder constituyente, como indica el Preámbulo, al decir “Nos los representantes” y como lo hace el artículo 22 al decir que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes...” y en el artículo 30 cuando “atribuye la función constituyente a dos instancias representativas: el Congreso y una Asamblea Constituyente”, desechando una afirmación muy frecuente en nuestra literatura constitucional de que el Congreso, al declarar la necesidad de la reforma, ejerce una función “preconstituyente”, y reservando el ejercicio del poder constituyente solo “a la convención convocada al efecto”. Sergio tiene para sí, algo que comparto plenamente, que la primera etapa del ejercicio del poder constituyente se lleva a cabo en el Congreso, cuando declara la necesidad de la reforma, según lo dispone el artículo 30, a lo que agregó que, desde la reforma de 1994, el Poder Legislativo puede ejercer el poder constituyente también cuando declara, con una mayoría especial, de jerarquía constitucional a tratados internacionales de derechos humanos (art. 75 inciso 22). Esta potestad del Congreso se reafirma con la prohibición del ejercicio de la iniciativa popular, en los términos del artículo 39 de la Ley Fundamental, para que los ciudadanos presenten proyectos de reforma constitucional a la Cámara de Diputados.

Cuando discurre sobre el poder constituyente reformador Sergio afirma que el mismo se manifiesta tanto cuando se aprueba –en forma originaria o primigenia– como cuando se reforma la Constitución, ejerciendo el poder constituyente derivado. Diferencia junto al maestro Jacques Maritain

el concepto de nación, que es una entidad ideal, difusa e inaprensible, del de pueblo, que está por encima del Estado, y que es el que tiene la titularidad del poder constituyente, en lo que veo un matiz diferente al de la teoría de Sièyes.

El capítulo sobre el poder constituyente federal concluye reconociendo que dictada la Constitución federal por obra del Poder Constituyente integrado por los pueblos de los Estados miembros, que tomaron parte en la formación de la Federación, para reformar esta Constitución el Poder Constituyente reformador estará en manos del pueblo de cada uno de los Estados miembros interactuando con el pueblo de la Federación. Como expresión del ejercicio dividido de la soberanía que se manifiesta en la función constituyente el procedimiento podrá oscilar o exigiendo el pronunciamiento, directo o indirecto, del pueblo de una mayoría de estados (Suiza y Estados Unidos) que obliga a los restantes, o el de la mayoría del conjunto de todos los estados miembros (Suiza).

A la Teoría de la Reforma Constitucional la resume en que su procedimiento guarda solidaridad con los fundamentos políticos del sistema institucional que la Constitución establece y, por ello, del tipo de procedimiento de reforma previsto se puede inferir los principios que informan al sistema político constitucionalizado y descubrir así el verdadero ejercicio de la función constituyente popular. Esto implica vincular un “medio”, que es el procedimiento de la reforma, con el “resultado”, que implica su modificación, derogación o enmienda de preceptos, como expresión de una voluntad popular de cambio de la Norma Fundamental.

Respecto de la diversidad de procedimientos de reforma constitucional el autor propone un modelo teórico que sirve de referencia crítica de los procedimientos de revisión, guardando coherencia con los principios antes estudiados, y señala cuatro fases: la de la iniciativa constituyente, la de la formación de un cuerpo de representantes, la de la deliberación y elaboración de un proyecto por el cuerpo representativo y, por último, la ratificación por el pueblo.

La obra termina con un capítulo muy interesante sobre el Control de Constitucionalidad de la Reforma donde encontramos un juicio terminante respecto de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1999, en el caso “Fayt”, por el que se anuló un párrafo de la reforma de la Constitución de 1994, por no haber sido habilitado por el Congreso, con lo que se señala, por primera vez en la historia de la jurisprudencia argentina,

“un límite *material implícito*”, en beneficio directo de un ministro de la Corte, Santiago Fayt, que fue el actor en el juicio que se fallaba... Dice al respecto Sergio que: “La resolución de la Corte declarando inconstitucional un artículo de la reforma constitucional constituye un acto *revolucionario* que rompe la secuencia lógica intrínseca a una reforma constitucional, por cuanto un órgano constituido ataca el título del cual proviene su propia existencia. No sólo lo amañado de las argumentaciones sino el hecho de que la decisión beneficiaba al propio órgano convierte a este fallo en un grave precedente de extralimitación de funciones del órgano de control de constitucionalidad al inventar límites implícitos donde no los hay”.

El control de constitucionalidad lo considera admisible solo para verificar el cumplimiento de las reglas de procedimiento y, en caso de estar fijados límites expresos, para fiscalizar, en primera instancia, el respeto de los “contenidos protegidos” o, en su defecto, la observancia del doble procedimiento de revisión que estos imponen al Poder Constituyente de reforma. Para lo cual debe haber un órgano facultado para efectuar los “juicios de *subsunción lógico-normativos*” y tal resolución solo tendrá “valor indicativo”, de comprobación del carácter democrático de la reforma emprendida.

Este libro es, a mi humilde entender, dejando de lado la amistad que me une con su autor, uno de los tratados más importantes que se han publicado en los últimos tiempos en materia constitucional en Argentina y es, también, una importante contribución al derecho comparado sobre un tema que tanto se ha escrito en Europa, donde tuvo su primera redacción.

Su lectura me alegró mucho porque, además de la erudita fundamentación de las tesis sostenidas y la amplia bibliografía utilizada, que se describe en las últimas veintinueve páginas del libro, pude comprobar aquello que decía Cervantes de que “la pluma es lengua del alma”, y esta obra se sostiene en las sólidas convicciones que siempre mantuvo el autor.

El ímprobo esfuerzo de Sergio para escribir y concretar esta publicación tiene el sabor de las cosas que provienen del interior profundo de nuestro país, y refleja una tradición arraigada en la historia de San Miguel de Tucumán, ciudad donde se declaró la independencia, donde nació Juan Bautista Alberdi –el teórico de nuestra Constitución–; donde se eligió como uno de sus constituyentes a Fray José Manuel Pérez, el primer presidente que tuvo, en las sesiones preparatorias, el Congreso de Santa Fe, que luego dictaría la Constitución en 1853, y donde nacieron los dos presidentes más jóvenes que tuvo nuestro país: Nicolás Avellaneda y Julio Argentino Roca,

este último el que por más tiempo ejerció el Poder Ejecutivo en dos períodos de seis años cada uno, cuyas obras de gobierno serán, por siempre, recordadas por los argentinos.

Felicitaciones, querido Sergio Díaz Ricci, por este libro, felicitaciones a la Universidad Nacional y a la provincia de Tucumán por este importante aporte a la cultura jurídica argentina.