



Diálogo sobre la Constitución de 1949

Entrevista al Dr. E. Raúl Zaffaroni
realizada por el Dr. Raúl Gustavo Ferreyra¹

—En un trabajo que usted publicó hace muy poco tiempo ha presentado e insistido con una tesis bien original. Usted dice que a la Constitución de 1949 se la quiso borrar de la historia. ¿Podríamos conocer exactamente la dimensión de su tesis?

—Sí, normalmente en la historia de un país se recuerdan todos los períodos: buenos, malos. Los alemanes no han borrado el nazismo de su historia; por supuesto lo rechazan, pero no lo borraron. Aquí se quiso hacer una cosa peor. Se quiso borrar un pedazo de historia y se borró del derecho constitucional argentino la Constitución del 49. No es que se la recha-

1. Raúl Gustavo Ferreyra es profesor titular de derecho constitucional, Facultad de Derecho, UBA. La entrevista fue realizada el 14 de junio de 2015 en la biblioteca personal del Dr. E. Raúl Zaffaroni, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ambos agradecen a la estenotipista y abogada Débora Loreley Fernández y al corrector Pablo Ali, así como también al Dr. Ernesto Gaya por haber hecho posible el encuentro.

zó; se la borró, directamente se la ignoró, como si fuese algo que no había sucedido, y se dejó un hueco en la historia, un hueco extraño.

Los mismos que impugnaban la legalidad o la legitimidad de la Constitución del 49, amparados en una cuestión formal –porque no tenían los dos tercios del total y decían que se necesitaban los dos tercios del total y no los dos tercios de los presentes–, esos que borraron con un decreto la Constitución del 49, un rato después convocaron una Constituyente sin Congreso; es decir, sin ejercicio del poder preconstituyente, asumiendo facultades revolucionarias y, por ende, legislativas. Son las contradicciones que tiene una historia polarizada. Creo que en el constitucionalismo argentino dejaron un hueco que es difícil de llenar.

—*Usted ha revisado en su obra Estructuras judiciales (Ediar, 1994) y en otros trabajos la idea de la constitucionalización de la Argentina en el siglo XIX. En el siglo XIX se llevaron a cabo solamente tres reformas a la Constitución y dos de esas reformas fueron más bien de maquillaje.*

—Sí, salvo la de 1860, las restantes fueron de maquillaje.

—*¿Se refiere a las de 1866 y 1898?*

—En efecto.

—*Con el tiempo, la ley electoral, me refiero a la Ley Sáenz Peña, casi tiene la estatura de una reforma constitucional. ¿Por qué Hipólito Yrigoyen en el siglo XX no intentó o no se le pasó por la cabeza la reforma de la Constitución, lo que le deja servido en bandeja prácticamente esta iniciativa al peronismo?*

—Creo que Yrigoyen no necesitaba una reforma de la Constitución. Estamos hablando de Yrigoyen en 1916. Estamos hablando de la mitad de la Primera Guerra Mundial. El constitucionalismo social era totalmente incipiente. Había aparecido en México en la Carta de Querétaro de 1917; en Weimar en el 19.

Yo creo que Yrigoyen quería hacer realidad la Constitución del 53/60 en el sentido de la soberanía popular. Hasta entonces el pueblo había estado totalmente marginado del escenario político a través del fraude electoral. Con la Ley Sáenz Peña –cuya primera experiencia fue un poco negativa porque no se dieron cuenta y abrieron las urnas de Santa Fe por la parte de abajo cuando estaba sellada–, des-

pués de pasar de esa experiencia, se hace un sistema electoral en el que hay mucho menos espacio para el fraude, y entonces llega Yrigoyen al gobierno. Es decir, es la primera vez que esa soberanía popular, aunque sea formal, se da en la realidad.

En ese contexto, yo creo que Yrigoyen no necesitaba una reforma. No la podía pensar tampoco. Hubiera sido un adelantado a su época si la pensaba. Era medio impensable un constitucionalismo social en la Argentina en el año 16, en el año 20. Así como Alberdi: uno hoy puede criticar muchas cosas de Alberdi, pero cada uno pertenece a una época y tiene la visión de la época.

—*Ahí quería volver, al siglo XIX. El proyecto de Alberdi –el arquitecto de la Constitución del 53– y el modelo político de Alberdi era una “re-pública pastora”, ¿verdad?*

—Sí.

—*Creo que inclusive hasta lo dice con estas propias palabras en sus Bases.² ¿Por qué cree usted que esa Argentina que pensó Alberdi desde Valparaíso para un millón de personas –casi el 97, mejor dicho: el 99 por ciento analfabetos– se transmite a pleno siglo XX, casi cien años después, para una comunidad ya no de un millón de personas sino de 15 millones de personas, con un fenómeno inmigratorio absolutamente diverso a lo imaginado por Alberdi? En 1948, cuando Perón asume la decisión de reformar la Constitución, a la luz de la historia, ¿usted juzga que era inmediatamente necesario llevar a cabo la reforma en ese momento?*

—En el 48, sí. Es decir, Alberdi concibe al país y esa Constitución en ese momento. ¿Qué era lo que tenía adelante? Exactamente, tenía un país con menos de dos millones de habitantes; tenía un país donde no se ejercía el poder estatal en todo el territorio; tenía un país con un ejército de zaparrastrosos, penados con incorporación forzada. La visión que él tenía era la visión de México; él lo dice: un país al que, estando debilitado, le habían sacado dos tercios de su territorio, que no los tenía ocupados. Esa es la visión de Alberdi.

2. La referencia completa es Alberdi, Juan Bautista: *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina, derivados de la lei que preside al desarrollo de la civilización en América del Sud y del Tratado Litoral de 4 de enero de 1831*, 2ª ed., corregida, aumentada de muchos párrafos y de un proyecto de Constitución concebido según las bases propuestas por el autor, Valparaíso, Imprenta del Mercurio, Santos Tornerio y Cía., 1852.

¿Por qué eso se traslada y por qué se continúa? ¿Por qué nuestra oligarquía hizo de esa Constitución una bandera? Porque nuestra oligarquía nunca fue liberal, nunca fue políticamente liberal. Políticamente liberal fue San Martín; políticamente liberal fueron los libertadores. Después los ingleses los mataron o los mandaron afuera y nuestras oligarquías fueron *spencerianas*, fueron racistas; y la invocación de la Constitución fue siempre una estafa por parte de las oligarquías.

Yo creo que nuestros pueblos no creen en el derecho y tienen razón en no creer en el derecho. Creo que nuestra misión es hacer que nuestros pueblos creen algún día en el derecho en serio. Tienen razón porque los estafaron siempre: constitución liberal y realidad cuasi servil. Por eso arrastraron esa Constitución, que ya no se adaptaba al país, hasta el 49. A tal punto que los propios “gorilas”, cuando convocan la Constituyente fraudulenta del 57, lo primero que ponen es el artículo 14 bis, porque se dan cuenta de que a esa Constitución ellos mismos tenían que tocarla y tenían que poner los derechos sociales en la Constitución. El mundo ya exigía eso.

—*Cuando Perón gana las elecciones en el 46, ¿usted puede interpretar o proyectar la idea de que él, al poco tiempo, ya se había dado cuenta de que con la Constitución del 53/60 y sus reformas no iba a poder gobernar, que iba a tener que llevar a cabo la reforma de la Ley fundamental con la cual había ganado las elecciones?*

—No sé si no iba a poder gobernar. Si se lo proponía, hubiera podido gobernar. Pero seguíamos teniendo una estructura jurídica para el país que era anticuada, no se adaptaba a la realidad. En el 49 ya el constitucionalismo social se extendía por toda Europa: ya estaba la Constitución italiana, ya estaba la nueva Constitución francesa, en el 49 se sanciona la Carta de Bonn para la República Federal Alemana. Era otro momento histórico y Perón era muy sensible a lo que estaba pasando en el mundo y a los momentos históricos.

—*Sí, sobre todo si uno compara las elecciones presidenciales de 1946 –en las cuales triunfa Perón por escaso margen– con los porcentajes asumidos dos años después en las elecciones de convencionales constituyentes; hay un crecimiento exponencial del justicialismo en muy poco tiempo, realmente.*

—No nos olvidemos que en 1946 –es el final de la Primera Guerra Mundial– a Perón se lo ataca tratando de asociar su imagen con un resabio de los totalitarismos que acababan de ser vencidos. Eso pesaba en la Argentina. Por otra parte, el Partido Conservador no estaba del todo desarmado; la Unión Democrática fue un frente, directamente; yo no sé si hubiera podido gobernar en caso de ganar, porque no sé si no le hubiera pasado lo mismo que a la Alianza unos cuantos años después; era un rejunte heterogéneo: estaban desde los conservadores hasta los comunistas, una cosa de lo más rara. Entonces, la consigna del 46 era “votamos por el Eje o votamos por la democracia”. Esa fue la imagen que se quiso dar.

—*Para usted, ¿la Constitución del 53 y sus reformas respondían a un modelo de Estado?*

—Sí, un modelo que nunca se había hecho.

—*¿Considera que nunca se consolidó definitivamente el proyecto de la “república pastora” de Alberdi?*

—El de Alberdi no. Se consolidó un proyecto de república oligárquica, que es análogo –con todas las diferencias folclóricas que tengamos– al porfirismo mexicano, a la República Velha brasileña, al patriciado peruano.

—*¿Usted estaría de acuerdo en extender la partida de defunción de ese modelo, que hace pie en el 53 y sus reformas, hasta 1930? ¿Cree que se perpetuó, o 1930 es una fecha en la que ese modelo hizo crack con el crack de la economía mundial? Me refiero a ese modelo de acumulación de riqueza y distribución inequitativa de los recursos.*

—En alguna medida, como acumulación de riqueza sí; porque después de 1930, en la Década Infame, tuvieron que tomar una serie de medidas de carácter *keynesiano* y de intervención económica. Pero como modelo político no termina. Lo que había pasado es que había aparecido un movimiento populista y a ese movimiento populista lo quebraron en el 30. Eso fue lo que sucedió. Quiebran la formalidad constitucional también en el 30. Pero el modelo oligárquico no iba a aceptar el sentido que llevaba ese movimiento populista.

—*Perón fue un gran espectador de todos los sucesos, en especial los de 1930.*

—Fue un espectador de eso. También fue un espectador de Mussolini en Italia. Sí, fue un espectador del mundo. Yo creo que siempre estuvo atento al mundo.

—*Incluso el famosísimo tema de la acordada de la Corte del 6 de septiembre de 1930; Perón ya en ese momento era un hombre de 35 años de edad.*

—Sí, esa famosa acordada que todo el mundo se la imputa a Figueroa Alcorta y que fue obra de Repetto. A Figueroa Alcorta le tuvieron que torcer el brazo para que la firme, porque Figueroa Alcorta era un oligarca auténtico del viejo estilo. Le costó firmar esa acordada.

—*Cuando Perón eleva un mensaje en 1948, en ese mensaje da a conocer las ideas preliminares de lo que sería más tarde la reforma constitucional de 1949. ¿Sabía enteramente el protagonismo que estaba jugando en la historia de la Argentina?*

—Sí, no tengo la menor duda de que él sabía.

—*Aprecio eso... porque hacía dos años nada más que él ejercía el poder constitucional.*

—Sí, pero en esos dos años Perón había tomado conciencia de lo que estaba transformándose. No nos olvidemos que se estaba empezando a producir el fenómeno de concentración urbana, se estaba urbanizando nuestra población. Es un cambio sustancial. Además, en esos años se produjo un fenómeno de concentración urbana muy particular. Todos los procesos de concentración urbana en el mundo, por regla general, fueron traumáticos: con muertos, violencia. Acá, como el proceso de concentración urbana se produjo con pleno empleo, hubo algún paternalismo policial, pero de ahí no pasaba. No hubo que retirar muertos todos los fines de semana. Se produjo de una manera mucho más pacífica. Si uno piensa en la concentración urbana de Londres, en la Revolución Industrial, o en la de París, fueron mucho más violentas.

—*O sea que, más allá de lo que han sostenido de modo reiterado los discursos de nuestra oligarquía, ¿Perón era un hombre que estaba persuadido, quería vivir a Derecho?*

—Sí, por supuesto. No me cabe la menor duda. Es decir, ¿quiénes fueron más liberales políticos en cierto sentido: Perón, con algunos

abusos de paternalismo policial; o los otros, que bombardearon la Plaza de Mayo, fusilaron sin proceso, derogaron una Constitución por bando? Me parece que, en el balance, Perón fue más liberal político.

—*Pasemos a algunas consideraciones políticas. Cuando Perón adopta la decisión de reformar la Constitución –muchas veces me he hecho esta pregunta–, ¿por qué abrió la puerta del desdén sobre aspectos formales de la propia variación constitucional? Es decir, ¿no había otra posibilidad de votar realmente la reforma en el Congreso? Fueron muy pocos los votos que separaron a lo que después se levantó como la impugnación de la oposición, de la Unión Cívica Radical...*

—¿En qué sentido?

—*Siempre me pregunté lo siguiente: políticamente tomó la decisión, políticamente iba para adelante y faltaban muy pocos votos; creo que eran dos o tres votos de diferencia en el ámbito congresual...*

—Usted se refiere a dos o tres votos para tener la mayoría de los dos tercios absolutos.

—*Exactamente, a eso me refiero.*

—Supongo que le habrán dicho –lo mismo que sostuvo después Sampay– que era dudoso eso de que fueran los dos tercios de la mayoría absoluta. Sampay lo sostiene bastante legítimamente, lo fundamenta bastante bien con datos norteamericanos, etcétera, y después en la Constituyente. Coincido en que Perón podía haber sido un poco más prolijo. No le costaba mucho, pero de cualquier manera a esa Constitución la iban a borrar, aunque tuviera los tres votos o no los tuviera. Esa fue una objeción de tipo formal.

Por otra parte, pensemos también que en el 49 la oposición a Perón –por lo menos las caras de la oposición a Perón–no era la misma que en el 46. No era la Unión Democrática. Era un radicalismo que aparecía renovado y que pretendía correr a Perón por izquierda. Me refiero a Moisés Lebensohn.

—*Injustamente olvidado, como dice usted.*

—Sí, injustamente olvidado. El “rusito de Junín”, que le decía Eva Perón, porque se conocían del mismo pueblo.

—*Ahora bien, es curiosa la pirueta del radicalismo en el 48, verano del 49; porque, por un lado, van a la elección y como resultado*

de la elección gana abrumadoramente el justicialismo; no obstante, los radicales tienen una buena cantidad de constituyentes. Deciden ir al comicio, van al comicio, eligen convencionales constituyentes y la primera actividad que hacen es impugnar la decisión de reformar la Constitución.

—Es la misma decisión que toma el sector frondizista en el 57 y deja virtualmente en minoría la Constituyente de 1957.

—*En términos políticos, muchísimos años después, ¿usted cree que fue ventajosa o desventajosa la actitud que asumió la Unión Cívica Radical al retirarse de la Asamblea Constituyente de 1949?*

—Creo que fue un gravísimo error, que dejó formalmente deslegitimada la Constitución del 49 y condicionó a que durante muchísimos años no supiésemos qué constitución teníamos.

—*Convengamos que el acto político más importante que hay es dar y crear la Constitución, y el segundo más importante es reformar la Constitución. En la historia política de la Argentina, salvo la separación de Buenos Aires en el siglo XIX, no teníamos un antecedente de esta naturaleza, de que la oposición se levante en bloque y se levante del recinto la deliberación de un pacto constituyente.*

—Es cierto, creo que eso fue un gravísimo error.

—*¿De Lebensohn?*

—La voz cantante del radicalismo en aquel momento era Lebensohn. Era el Movimiento de Renovación.

—*Era un hombre joven.*

—Sí, y murió joven incluso. La voz cantante era Lebensohn, que era el más doctrinario de los radicales del Movimiento de Renovación. Pero no nos olvidemos que el radicalismo tenía adentro un ala de derecha, el llamado “unionismo”, que de alguna manera eran los resabios del “alvearismo”, que era sumamente “gorila”. Lebensohn era un hombre más dialogante. El resto, esa ala era... Debía tener sus presiones internas, sin lugar a dudas. Y eso tuvo que decidirse internamente.

—*En la Argentina de fines del 48 y principios del 49, a juzgar por el resultado de los comicios, había dos partidos, ¿verdad?*

—Sí, había dos partidos: radicales y peronistas.

—*¿Usted piensa que los radicales no midieron exactamente la dimensión histórica, política, que iba a tener esta decisión de abandonar el recinto?*

—No, no la midieron. Creo que en el fondo había todo un sector del radicalismo que seguía viendo esto como un resabio del totalitarismo de entreguerras, y no se dieron cuenta de que ellos también estaban llamados a tener un papel protagónico. Era el papel protagónico de una oposición, por supuesto.

—*Incluso, si uno la compara –usted recién lo mencionó– con el hecho que sucede años después en la Constituyente del 57; pero la Constituyente del 57 tiene una serie de debilidades, comenzando por su inconstitucional convocatoria, que no las tuvo el acto de 1948... en portación semejante...*

—Era ilegítima, claramente. Estaba convocada en función de un supuesto poder revolucionario que habían asumido unos tipos que habían dado un golpe de Estado en 1955.

—*Y con la proscripción del justicialismo.*

—Sí, y con la proscripción del partido mayoritario.

—*Que no fue el episodio de 1948, donde fueron elecciones abiertas, y se dio la paradoja de que existió solamente el modelo bipartidista; seguramente es ese bipartidismo...*

—Se respondía a un sistema electoral de mayoría minoría. En un sistema electoral de mayoría minoría no queda otra que hacer un bipartidismo.

—*En el caso de la relación de Perón con el justicialismo, la Constitución de 1949 tiene una característica, que, como toda reforma constitucional, agregó algunos artículos, suprimió otros artículos y modificó otros. ¿Usted cree que Perón participó activamente en la línea general y en la política?*

—Sí, en las líneas generales creo que sí. Él eso no lo iba a delegar. La línea directiva general partía de él, sin duda. Perón era un hombre que estaba al tanto de lo que se estaba gestando en el mundo, que era el Estado Social de Derecho, el *Welfare State*. Hoy se sabe que en

la biblioteca de Perón estaban los discursos de Roosevelt marcados al margen por él. Claro, en aquel momento no los podía citar por lo de Braden y Perón, pero los leía. Podría decirse que Roosevelt fue el Perón de Estados Unidos.

—*La Constitución de 1853 y sus reformas poseía poco más de 7.300 palabras; la Constitución de 1949 pasa a cerca de 9.800 palabras. Es decir, que en cantidad de palabras parecerían pocas, me refiero a las estrictamente empleadas para provocar el cambio constitucional del texto de 1853-60 al de 1949...*

—Es sobria comparada con la Constitución brasileña de 1988, por ejemplo. Esto es actual.

—*Sin embargo, suprimió solamente 11 artículos, agregó 4 y modificó 51. Evidentemente, el técnico o los técnicos que imaginaron este modelo reflexionaron lo suficiente. ¿Usted qué piensa? Porque realmente haberlo logrado con una moderada cantidad de palabras empleadas ya sea para expandir, contraer o revisar el texto objeto de cambio constitucional...*

—Sí, fue una labor técnica interesante, no cabe duda.

—*Yo no tenía este balance –lo hice especialmente para esta entrevista; no había hecho este cuadro comparativo– y llama la atención que, repito: con una moderada cantidad de palabras utilizadas para las formulaciones constitucionales, se haya cambiado radicalmente la arquitectura fundamental de la Argentina.*

—Es verdad, pasó de un proyecto de país agroexportador, de un país pastor –como decía usted hace un momento– a un proyecto de Estado social.

—*Esto ya está anunciado en la arquitectura del Preámbulo, ¿verdad?*

—Sí, está anunciado en el Preámbulo. Tengamos en cuenta que la Constitución siempre es un proyecto, un proyecto que tiene que realizarse.

—*Usted refería recién a Ecuador y, con motivo de esto –no sabía que lo iba a hacer, pero forma parte de la casualidad–, quería comentarle que hace pocos días realicé un relevamiento de la Constitución de Ecuador: tiene más de 35 mil palabras.*

—Sí, son verdaderos libros. La Constitución de Brasil, por ejemplo, tiene el Reglamento del servicio doméstico en su interior, tres artículos referidos al servicio doméstico.

—*Calculando entonces que hoy, por ejemplo, el poder constituyente de la República del Ecuador necesita 35 mil palabras para llevar adelante una revolución ciudadana, treinta y cinco mil palabras nuevas...*

—Tenga en cuenta cuántas constituciones tuvo Ecuador.

—*Innúmero, creo.*

—No sé, yo perdí la cuenta.

—*Pasemos a otra cuestión. No es ninguna peculiaridad positiva ni negativa, es una pregunta neutra: ¿por qué los argentinos, más allá de la rigidez de la Constitución, la hemos reformado tan pocas veces? La reformamos tres veces en el siglo XIX y en tres ocasiones en el siglo XX, una de las cuales –según usted– la han querido borrar de la historia. ¿Cómo evalúa esta situación frente a las 223 reformas de la Constitución de Querétaro, de México?*

—Le hago otra pregunta. ¿Cuántos Códigos Penales tuvimos? Dos, el de 1886 y el de 1921. No tuvimos más Códigos Penales. ¿Por qué? Porque son textos en los que se necesita tener consenso, salvo que los haga un golpe de mano así brutal como fue el del 57. Pero, si no, se necesita consenso político; y nuestros consensos políticos siempre fueron muy difíciles.

—*A la luz de nuestra experiencia comparada, según la cual actualmente se observa que en 98 años los mexicanos reformaron 223 veces la Constitución, los brasileños 88 veces en 26 años, los colombianos casi 40 en 23 años; dogmáticamente, aunque usted dice que no es constitucionalista, le pregunto como ciudadano y como jurista: ¿tiene una vocación más a favor de las reformas de la constitución, o de las pocas o escasas reformas a los modelos?*

—Yo creo que es mejor que la constitución tenga escasas reformas, que se reforme cuando es necesario, pero no que se la esté tocando a cada rato. La Constitución de México, en este caso, es un ejemplo bastante problemático. A cada rato están tocando la constitución. En

lo que me incumbe como penalista, han introducido un Código Penal en la Constitución. No sé las cosas extrañas que han hecho.

Me parece que una constitución tiene que estar suficientemente preservada de las reformas coyunturales. Es decir, hay que reformarla cuando hay que reformar el proyecto de Estado. Pero no puede estar sometida a los vaivenes de una opinión pública coyuntural, que puede ser manipulada, porque cuando eso sucede pierde el carácter de constitución: pierde el carácter de estatuto, pierde el carácter estatuario que tiene que tener una constitución.

—*No lo habíamos hablado antes, pero me voy a permitir leerle un texto muy breve de Perón, del 11 de marzo de 1949, porque parece que pensaban lo mismo. Perón dijo: “La estabilidad es condición fundamental de toda Constitución, pero ella no ha de ser tal que sufra en su perfectibilidad, que está en razón directa a su evolución”*³

—Coincido. Obviamente que en el 49 ya el proyecto tenía que ser distinto al de 1853. Sin embargo, eso no justifica que se ponga una Constitución flexible, que a cada rato la estén tocando.

—*Ahora le hago una pregunta bastante incómoda. Usted tiene más de 50 años de experiencia como abogado, como jurista, como juez, pero fundamentalmente como Ministro de la Corte Suprema de Justicia. ¿Cree que la evolución de la Constitución, la evolución del Derecho constitucional, se puede llevar a cabo en estos términos desde la Corte Suprema, o es necesario llamar a una reforma? Me refiero a la perfectibilidad que mencionaba Perón en el 49 y a la perfectibilidad o adaptabilidad de la que está hablando usted.*

—Puede irse adaptándola jurisprudencialmente, sí. De todos modos, no creo que nuestra Corte Suprema, con esa debilidad del control de constitucionalidad que tiene —que ni siquiera tiene el *stare decisis* que se usa en Estados Unidos—, tenga capacidad jurisdiccional como para ir modificando la aplicación de la Constitución; no tiene mucha capacidad. Puede hacerlo en alguna medida. Desde luego, la jurisprudencia tiene que irse adaptando: la interpretación del derecho

3. Discurso de Juan Domingo Perón propiciatorio de la reforma constitucional, publicado en folleto por la Subsecretaría de Informaciones de la Presidencia de la República, Buenos Aires, 1948.

es progresiva, a veces regresiva; pero lo ideal es que sea progresiva. Ahora bien, hay algún momento en que, si el proyecto de Estado tiene que ser distinto, si el Estado tiene que tratar de configurar una sociedad diferente, ahí se necesita una reforma constitucional.

—*Cuando Moisés Lebensohn impugna, en el seno de la Constituyente, la regularidad de la convocatoria constitucional, la doctrina de la sentencia arbitraria en la Corte Suprema y la presencia o el protagonismo de la Corte Suprema no eran ni por asomo los episodios continuados que se aprecian actualmente, ¿verdad?*

—Es verdad.

—*En los últimos años –usted lo ha narrado, lo ha enunciado, lo ha criticado– hubo una tendencia a judicializar aspectos concretos de la política. Nosotros, en esta tarde de domingo, no vamos a ser videntes; pero a Moisés Lebensohn no se le ocurrió judicializar.*

—No.

—*Lo impugnó, le dijeron que no...*

—Y ahí se terminó.

—*Se retiraron.*

—Sí.

—*Es altamente probable que el día de mañana, cuando se reforme la Constitución de la Argentina –porque algún día se va a reformar la Constitución federal–, aquellos que estén en desacuerdo intenten judicializarlo.*

—Posiblemente.

—*Estamos hablando de un territorio...*

—Hipotético pero posible.

—*Entonces, voy a dividir la pregunta en dos partes. La primera parte: ¿usted cree que es admitido constitucionalmente, que tiene amparo constitucional la judicialización del ejercicio del poder preconstituyente?*

—No; creo que el poder constituyente es soberano, básicamente. Como todo, no creo que haya actos que no sean judiciales; creo que todo acto es judicial. Cualquiera puede hacer un disparate que sea

inconmensurable, pero hay grados de judicialización, y creo que uno de los menores grados de judicialización es el poder constituyente, salvo que haya defectos de forma gravísimos: que hayan sentado en la Constituyente a tipos que no son constituyentes, el “diputrucho”, cosas por el estilo.

—*Me refería a lo que vemos cotidianamente, que aquellos que pierden la elección en el Congreso van corriendo hasta tribunales y presentan una demanda sobre “supuesta inconstitucionalidad”...*

—No, creo que es muy limitado el poder de la judicialización del poder constituyente. No digo que no exista en algún extremo; por ejemplo, un poder constituyente al que se le ocurra relegitimar la esclavitud; un poder constituyente que establezca el partido único, una cosa por el estilo. Pero fuera de esos extremos, no.

—*Ahí nos estamos refiriendo a la convocatoria. Pero ahora vayamos a los ejes, a los contenidos, e imaginemos un poder constituyente que dentro de unos años decida la conformación de la república parlamentaria; o un poder constituyente que, de acá a unos años, decida que el dominio de los recursos naturales pertenece al Estado federal; o un poder constituyente que diga que los recursos tributarios habrá que distribuirlos con equidad; o un poder constituyente que declare de interés público los servicios de comunicación audiovisual. ¿Sería controlable judicialmente ese ejercicio del poder constituyente?*

—No, a mi juicio, no. Si bien no existen cláusulas pétreas en nuestra Constitución, creo que sólo podría habilitar la judicialidad algo que abiertamente esté contra el principio republicano de gobierno, el principio democrático; fuera de eso, no.

—*Pero ¿acaso es una fantasía que yo esté imaginando hoy que el día de mañana, que se decida la configuración de la república parlamentaria, alguno crea que el presidencialismo es una cláusula pétrea?*

—¡Se le va a ocurrir a alguno! No sólo se le va a ocurrir a alguno sino que se le puede ocurrir a alguna Corte Suprema, que ande dando vueltas por ahí, que un tribunal constitucional es inconstitucional, porque le saca poder a la propia Corte. En ese caso, habría que echar a la Corte Suprema, hacerle un juicio político y echarla.

—*Veo que usted lo pensó esto.*

—Por supuesto.

—*Yo estaba por preguntar: si se instalase mañana el tribunal constitucional, van a decir...*

—La Corte Suprema que esté va a decir: “¡No, me están sacando poderes! Eso es inconstitucional. Desconozco al tribunal constitucional”. En ese caso, lo que tiene que hacer el poder político es hacerles un juicio político a los miembros de esa Corte Suprema y echarlos.

—*Pero esa Corte Suprema seguramente va a decir: “Nosotros venimos pronunciando sentencias desde octubre de 1863”.*

—Claro, algunas aberrantes, pero no importa, y alguna acordada también.

—*Volviendo a la Constitución de 1949, ¿qué piensa de la labor de Arturo Sampay?*

—Fue un trabajo interesantísimo. Técnicamente lo que hizo –esto que estábamos viendo: en lo escueto, en cuanto respetó la estructura de la Constitución, en lo referente a la estructura formal en general– me parece un trabajo de verdad extraordinario, de alguien que no era un ignaro, alguien que conocía el derecho.

—*Era una persona que había nacido en 1911. No había cumplido 40 años todavía.*

—Einstein tampoco había cumplido muchos años cuando hizo la teoría de la relatividad.

—*Desde luego, pero me refiero al ejercicio de comparatismo en y del derecho que realiza...*

—En efecto, lo hizo muy bien. Sin lugar a dudas que lo hizo muy bien.

—*¿Usted dónde cree que están los mayores hallazgos desde el punto de vista político de la Constitución de 1949?*

—En principio, la introducción de todos los derechos sociales. Eso es incuestionable. En segundo término, trata de empoderar a la Corte Suprema. De alguna manera creo que –en un modelo que no me gusta– trató de pasar en limpio algo que ya se veía que se iba a hacer, y que en definitiva se hizo.

—*Es interesante que usted se extienda sobre esto, aunque sea unas palabras, porque este empoderamiento de la Corte Suprema forma parte de la imaginación de algunos actualmente. Es algo que de hecho la Corte hace hoy: esta casación federal.*

—Claro, la casación federal la legitimaba. ¿Por qué? Porque la Corte Suprema se la había atribuido desde 1904; la pasaba en limpio. Se erogaba conforme a la letra de la Constitución. Hoy lo está haciendo sin la letra de la Constitución. Hoy nuestra Corte se ha convertido en una Corte de casación. Fundamentalmente es una Corte de casación. Muy minoritaria y de modo excepcional es una Corte de control de constitucionalidad normativo. Y esto no tiene base legal, simplemente es una construcción pretoriana, que empezó excepcionalmente y ahora se convirtió en regla.

—*Sampay, a lo largo de su tarea como constituyente, y después como jurista, unos tres o cuatro años antes de morir –murió en 1977–, realiza una declaración;⁴ usted la señala en un trabajo. No voy a decir que es una suerte de mea culpa lo que hace Sampay, pero sí es un comentario, es un “confieso que he vivido”. Casi 25 años después dice –palabras más, palabras menos– que no hizo todo lo que debía hacer, o que lo que había hecho respecto a la Constitución del 49... No es que había fracasado, pero que no había cumplido. ¿Qué piensa de esa declaración dogmática?*

—Creo que cualquiera de nosotros, llegada una altura de la vida, si miramos para atrás, sentimos la culpa de no haber hecho todo lo que podíamos haber hecho. Mirando retrospectivamente siempre sucede eso. Uno siempre piensa: “Si hubiera sabido, hubiera hecho tal cosa; si lo hubiera pensado...”. Me parece que un poco es una reflexión que corresponde a una altura de la vida, nada más.

—*Yo, si me permite, lo había visto también desde otra perspectiva; cuando él se refiere concretamente al almacén del poder político, a la*

4. Dijo Sampay: “La Reforma Constitucional de 1949 no organizó adecuadamente el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares, debido, primero, a la confianza que los sectores populares triunfantes tenían en la conducción carismática de Perón y, segundo, al celoso cuidado que el propio Perón ponía para que no se formara paralelamente al gobierno legal un coadyuvante poder real de esos sectores populares, por lo que el nuevo régimen iba a mantenerse hasta que la oligarquía cautivara a los oficiales de las fuerzas armadas”. *Revista de Derecho Público*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, número 9, p. 19, 2015.

estructura que se le había dado al poder político –porque la Constitución del 49 no cambia el presidencialismo–; no digo que se arrepiente, pero tiene un comentario crítico respecto de lo que se había hecho o las expectativas que se habían generado con relación a Perón y ese poder político.

—Yo no estoy tan seguro de qué se podría haber hecho. Pensar en un parlamentarismo en el año 1949 era difícil. Yo creo que hoy podría hacerse una reforma de carácter parlamentarista, claramente; pero cuando se necesita transformar una estructura, cuando se necesita incorporar un porcentaje de población muy alto que está excluido, yo no sé si un parlamentarismo es capaz de llevar eso adelante. ¿Usted le diría a Evo Morales que hiciera una Constitución parlamentaria?

—*Podría decírselo, pero no creo que Evo Morales lo haga.*

—No creo que lo haga y me parece que tendría sentido común no hacerlo.

—*No sé con Evo Morales, pero por ahí con alguien que los dos sí tenemos una relación más cercana, con Rafael Correa.*

—Son países donde se necesita de alguna manera un cambio muy estructural. No sé si un sistema parlamentario puede hacer eso. Tengo mis serias dudas.

—*No me estoy refiriendo a que la Argentina estuviese preparada en 1949 para recibir la república parlamentaria. Me llama la atención que Sampay –25 años después– sostenga que el cambio constitucional de 1949 no ordenó “...el predominio y el ejercicio del poder político por los sectores populares...”;⁵ con andamio en la propia confianza que tenían en la conducción política de Juan Domingo Perón.*

—Eso plantea un problema que lo tenemos que volver a plantear.

—*Sí, por eso lo traigo a colación.*

—En realidad, los populismos latinoamericanos –el varguismo brasileño, el peronismo nuestro, el propio yrigoyenismo, el APRA peruano, el cardenismo mexicano– fueron movimientos personalistas, y no podían ser de otra manera. Las personas son personas: se gastan,

5. Citado textualmente de Sampay, Arturo Enrique, *Constitución y pueblo*, Buenos Aires, Cuenca Ediciones, 1973, p. 122.

tienen una vida, se mueren. El gran debate es cómo institucionalizar eso, cómo garantizar una continuidad más allá de la persona. Eso no es sencillo. Pero creo que es el gran interrogante que tenemos hasta el día de hoy.

—*Usted, que ha insistido desde hace muchísimos años con la distinción entre ciudadanía formal y ciudadanía real y el aporte concreto de los movimientos populistas en América Latina, ¿juzga que la reforma de 1949 ha sido un paso claramente en la conformación de una ciudadanía real, es decir, una ciudadanía material, una ciudadanía fuerte?*

—Toda la acción del peronismo fue indiscutiblemente una enorme ampliación de la ciudadanía real. En qué medida la Constitución del 49 fue un instrumento, no lo sé; habría que ver qué hubiera pasado sin la Constitución del 49. Yo no creo en el milagro normativo. El deber ser no siempre se convierte en ser. Fue un instrumento. No lo atribuyo a la Constitución, lo atribuyo a la gestión del peronismo en aquel momento.

—*Voy a mencionar cuatro debilidades que se han señalado reiteradamente acerca de la Constitución del 49: una acerca de la falta de nomenclatura de los derechos políticos; otra con relación al estado de “prevención y alarma”; otra, a que reitera la concentración de facultades del presidente; y otra en torno a la reelección indefinida. ¿Usted no cree que estas debilidades hayan configurado un desempeño poco fértil en relación con el diseño de esa ciudadanía real, o que en el balance configuran realmente un lastre negativo?*

—Vamos por partes. Hay aspectos criticables de la Constitución del 49; no lo voy a negar. Se habló mucho y se la criticó mucho por la posibilidad de someter a civiles a jurisdicción militar. Yo pregunto: ¿el peronismo sometió civiles a jurisdicción militar?

—*No.*

—Entonces, no nos olvidemos que... ¿el hábeas corpus dónde aparece?

—*En la Constitución del 49.*

—En efecto. A mí nunca se me ocurriría poner en una Constitución el sometimiento de civiles a jurisdicción militar, pero el peronismo no lo llevó a la práctica. No sé qué hubiera pasado de seguir vigente esa

Constitución. De todos modos, no creo que esos hayan sido obstáculos para la ampliación de la ciudadanía real.

—*¿Por qué cree que entre 1950 y 1955 ha sido tan escasa la literatura dogmática sobre la Constitución del 49?*

—Porque todos se dedicaron a demolerla, directamente.

—*¿Usted coincide en que es una tarea casi de antropología jurídica encontrar en las bibliotecas trabajos estrictamente dogmáticos sobre la Constitución de 1949?*

—Claro. Estrictamente dogmáticos sobre la Constitución, yo no sé... Hay que hacer una pesquisa. Nuestro constitucionalismo consideró que era un producto típico de los autoritarismos de entreguerras, que había que ponerlo entre paréntesis y que no valía la pena dedicarse a hacer nada con ello.

—*Cinco años parece un lapso interesante para llevar a cabo una producción dogmática.*

—Sí, sobre todo porque era una novedad.

—*Con la cantidad de novedades que tenía, aun para aquellos que la impugnaban o desoían, por ejemplo, o los que estaban a favor; por las luces y por las ausencias que tenía el propio tejido constitucional, ¿no es cierto?*

—Sí, pero como estaban fuera de las universidades nacionales, se consideraba que eran exiliados internos o externos y nuestra dogmática no se ocupó de eso.

—*Tampoco la judicial fue muy fértil en la época.*

—Tampoco. Convengamos en que tampoco fue muy lúcido lo que hizo esa Corte.

—*Es difícil encontrar precedentes judiciales significativos en el quinquenio 1950-1955...*

—Sí, es muy difícil. Aparte, lo que decíamos al comienzo: se la quiso borrar. Desde el comienzo creo que la intención fue borrarla, desde que se hizo.

—*Es curioso cuando uno repiensa este asunto, porque la Constitución del 49 era tan fértil dogmáticamente que la Corte Suprema de Justicia*

del período tenía la posibilidad de llevar a cabo un desarrollo de la naturaleza dogmática de la Constitución, ¿no?

—No era una Corte muy rica tampoco en intelectualidad. La verdad era esa. No creo que haya habido fallos brillantes en esos años.

—Al ritmo que se vislumbra en los ámbitos académicos, no es difícil pronosticar que finalmente pueda cumplirse esto de que la quisieron borrar de la historia, porque la Constitución del 49 casi no figura en los programas de estudio de derecho constitucional de las universidades nacionales. ¿Usted cómo considera que podría ser la mejor herramienta para potenciar el estudio de la Constitución del 49? ¿Qué cree que es lo que realmente se podría hacer en las facultades de derecho o en las escuelas de derecho?

—En principio, creo que lo que se podría hacer es comparar los derechos que consagraba la Constitución del 49 con los derechos que consagran hoy los tratados internacionales incorporados a la Constitución actual. De ese modo, nos daríamos cuenta de que la Constitución del 49 fue un adelanto de antropología constitucional, que hoy tiene vigencia por otra vía totalmente diferente y que nos llega a través del derecho internacional, incorporado al derecho constitucional. Esa concepción antropológica que hoy tenemos es la misma de la Constitución del 49.

—Tenemos un amigo en común, el profesor Peter Häberle.⁶ Usted recordará, cuando estuvo en la Argentina, que él no podía creer que la Constitución justicialista de 1949 hiciera concreta referencia al sustantivo “cultura”. Usted se lo explicó a él acá mismo, en este mismo lugar. Años después, tantos años después, cuando se trata de conectar la cultura, la antropología y el derecho constitucional, ¿no cree que éste es uno de los principales hallazgos?

—Sí, por supuesto. Tengamos en cuenta que Häberle es uno de los pocos constitucionalistas alemanes que encaran el derecho constitucional desde ese punto de vista. Los demás se quedan en un normativismo complicado, que a mi juicio es hijo de Huber. Nunca se lo dije

6. Peter Häberle (Göppingen, Alemania, 1934) es profesor de la Universidad de Investigaciones de Derecho constitucional europeo.

a Häberle, pero me parece que ese formalismo normativista es hijo de Huber.

¿Cómo puede un derecho constitucional no vincularse con la cultura? No se puede meter cualquier Constitución en cualquier país sin tener en cuenta cuál es la cultura del país; y mucho menos en nuestra América Latina, donde ¿qué somos?, incluso en la Argentina: un proceso de sincretización de culturas. Somos un país pluricultural, pluriétnico.

En ese sentido, me parece que Sampay o Perón –no sé quién habrá sido– no hizo más que captar una realidad, un dato de la realidad: un país donde llegaban los “cabecitas negra” del interior; donde estaban los hijos de los inmigrantes, los inmigrantes que venían de los barcos de cualquier país; los hijos de la inmigración que recién llegaban a la universidad y luego salían de la universidad y se creían que eran los visionarios que tenían el privilegio de reconstruir el país... Era una mezcla interesante. Ese era el año 50.

—*Un fenómeno de realidad que usted dice que fue tan ágilmente comprendido. Nosotros no sabemos si fue comprendido por Perón, por Sampay o por quién.*

—No sé por quién.

—*Sea como sea, el preámbulo de la Constitución del 49 dice: “El bienestar general y la cultura nacional”.*

—Así es. La cultura nacional era una cultura sincrética, sin duda.

—*Ha pasado todo este tramo de la historia y nuestro Preámbulo ha vuelto –por un tema que habíamos dejado en suspenso antes, con la Constituyente del 57– a la Constitución del 53/60 y al viejo Preámbulo.*

—Al viejo Preámbulo, exactamente.

—*Sin cultura. Solamente “bienestar general”...*

—Sin cultura. A tal punto –lo que decía hace un momento– que la concepción antropológica de nuestra Constitución se tiene que cerrar por vía del derecho internacional. Esa es la realidad. No la cerramos por vía de un derecho constitucional nuestro. Ha tenido que venir el derecho internacional a darnos la muleta.

—*¡El denominado constitucionalismo global!*

—Tan lejos estábamos incluso hasta de los estándares jurídicos mundiales.

—*Usted fue convencional constituyente en 1994. Recién le hice preguntas en torno de Lebensohn, de Sampay y de Perón. Ahora le voy a hacer una a usted directamente.*

—No nos fuimos de la Constituyente, contra todo lo que decía Pino Solanas; nos quedamos.

—*¿Usted tenía idea, una dimensión total del impacto que iba a tener en el derecho argentino el artículo 75, inciso 22, el día que lo sancionaron?*

—Sí, y por eso casi interrumpen la Constituyente para que no lo sancionemos. Sí, por eso promovieron un incidente para que se interrumpa la Constituyente.

—*Es muy probable que en los libros de historia ya esté debidamente consignado el verdadero impacto que ha tenido.*

—Estábamos tan atrasados con el texto constitucional que, si no incorporábamos eso, el concepto de persona de nuestra Constitución quedaba totalmente debilitado. Estaba en un contexto magro.

—*Recién hablábamos de los mexicanos, y los mexicanos recién en 2011 le dan equivalencia al derecho internacional de los derechos humanos, sin el numerus clausus que nosotros fijamos en el artículo 75, inciso 22.*

—Bueno, es la única norma flexible de nuestra Constitución, ¿no?

—*Sí, en cierta medida...*

—Que flexibiliza la Constitución; la posibilidad de incorporar tratados.

—*No voy a intentar hacer ninguna clasificación. Pero México en 2011, Colombia en 1991, Ecuador en 2008 han tomado la idea de constitucionalismo global diciendo –palabras más, palabras menos– que el derecho internacional de los derechos humanos tendrá jerarquía equivalente o prevalente, según los modelos, sin un modelo taxativo. El único modelo taxativo que existe en América Latina es el que ustedes elaboraron en 1994, que dijeron: “Estos once instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos tienen jerarquía constitucional”. En el marco del constitucionalismo latinoamericano, ¿a usted qué sistema le*

gusta más: el sistema taxativo adoptado únicamente por la Argentina o los otros sistemas que dicen “tendrá equivalencia el derecho internacional de los derechos humanos ratificado por el Congreso”?

—Prefiero el nuestro, porque cuantas menos dudas queden, mejor; porque tratados internacionales de derechos humanos hay muchos y queda una duda, por ejemplo, sobre si el derecho internacional humanitario forma parte o no forma parte de los derechos humanos. Es una de las tantas dudas. Yo creo que sí. Esas dudas es mejor despejarlas.

—*Nosotros no somos quiénes para dar recomendaciones a nadie. Pero, por ejemplo, uno de los pocos Estados que quedan en América Latina sin decir nada al respecto en su Constitución es... Uruguay.*

—Sí.

—*No les vamos a recomendar a los uruguayos lo que tienen que hacer; pero, dentro de los modelos que coexisten...*

—Yo creo que lo que nosotros hicimos en 1994, y lo que hacen los otros países de ponerlo expresamente en la Constitución, es innecesario. Si se ratifica internacionalmente un tratado de derechos humanos, desde el punto de vista del derecho internacional no tiene importancia lo que se haga adentro. “Usted se arregla; si no, usted es responsable del incumplimiento de esto. Usted ratificó, se arregla su derecho interno. No me venga a decir: ‘No lo puedo aplicar porque mi derecho interno me lo impide’. Ese es un problema suyo.”

De todos modos, me tranquiliza mucho más que estén en la Constitución, que estén enumerados, que quede claro. Pero, si no están, tendrían que aplicarse igual. Es decir, de alguna manera, hubo quienes nos criticaron por lo que hicimos en el 94, por eso. Quizás técnicamente tengan razón; lo que pasa es que pragmáticamente es mejor ponerlo.

—*Usted ya no sólo tiene la experiencia como convencional constituyente, como abogado litigante, como magistrado de la Corte Suprema y como ciudadano.*

—Acuérdese que técnicamente el tratado internacional de derechos humanos tiene vigencia interna. Punto. La teoría del derecho único... Pero acordémonos que antes de la introducción en la Constitución

apareció un juez de la provincia de Buenos Aires que dijo que no regían los tratados para la provincia de Buenos Aires. No nos olvidemos que fue necesario que alguien denuncie a la Virgen. No sé lo que hizo para que alguien dijera: “El derecho de réplica existe”. Por razones pragmáticas era necesario ponerlo.

—*Hoy usted está sin ninguna aspiración a función electiva. Es un momento de su vida en el que es un ciudadano a tiempo completo.*

—Sí. Estoy en la cola del jubilado para cobrar.

—*A lo largo de esta entrevista hemos hablado de la “república pastora” de Alberdi, de la república o Estado social de derecho imaginado por Perón y consagrado jurídicamente por Sampay. ¿Usted cree que era necesario reformar la Constitución durante el gobierno de Cristina Fernández de Kirchner?*

—Yo creo que sí, que se va haciendo necesario reformarla. No sé si durante el gobierno de Cristina, o del que venga; pero sí.

—*Creo que planteé mal la pregunta. Contrafáctica: ¿hubiera sido necesario reformarla durante el gobierno de Cristina?*

—Creo que hay algunas cosas que son urgentes y estamos notando que esta Constitución, así como funciona, hace ruido. Y no sólo hace ruido, sino que parece que a veces se traba algún mecanismo, algún émbolo que no funciona. Primero, creo que necesitamos un sistema de gobierno que nos permita en los momentos de debilidad, en los lideratos, poder superar las crisis. El líder político –y no digo el gran líder político; me refiero al conductor político– a veces existe y a veces no existe. Una Constitución con un presidencialismo como el nuestro corre el riesgo de que, de repente, nos encontremos con alguien en una posición ejecutiva que no tenga la capacidad para ejercer. Ya nos pasó. Puede volver a pasarnos.

—*Efectivamente.*

—Hay que tratar de resolver eso cuando pasa. No es que el presidencialismo genera el líder. *Lo que natura non da, constitutio non presta.* No hay nada que hacer. El liderato, la conducción política, es una condición natural de una persona. Sí es necesario tener un sistema que, cuando se produce eso, podamos resolver el conflicto; podamos salir

del trance sin necesidad de matar a veinte personas en la Plaza de Mayo y esas cosas. En ese sentido, creo que tenemos que pensarlo.

Cuando pienso en un sistema parlamentario, no estoy pensando en un gobierno débil. El sistema parlamentario de ninguna manera es débil, es muy fuerte, porque el que gobierna tiene la mayoría del Legislativo, de modo que es fuerte. Es mucho más fuerte que un Ejecutivo que no tiene mayoría en el Legislativo. Si perdió la mayoría en el Legislativo, se fue. ¿Qué vamos a hacer? Se hará otra mayoría. Si no quieren hacer otra mayoría, se borra al Legislativo y se llama a elecciones en treinta días, y listo.

Por otra parte, necesitamos tener un control de constitucionalidad fuerte; lo que tenemos no sirve para eso. Tenemos una Corte Suprema que es un almacén de ramos generales que resuelve cualquier cosa: controla la constitucionalidad, hace casación, etcétera. Y tenemos un control de constitucionalidad difuso, que se hace difuso en cuatro mil jueces –no sé cuántos hay– que pueden declarar la inconstitucionalidad de cualquier cosa y parar la ejecución de cualquier ley, el cumplimiento de cualquier ley, por vía de cautelar o lo que sea. Se traslada la idea de cautelar del derecho privado al derecho administrativo y se puede hasta interrumpir el funcionamiento de una administración.

Creo que éstos son riesgos institucionales que, de alguna manera, requieren una reforma constitucional para neutralizarlos, porque nos pueden generar conflictos muy fuertes, muy serios. No estoy pensando en lo que pase hoy: Cristina, Scioli. Todo eso pasa y dentro de diez años no sabemos lo que va haber.

—Lo que sí sabemos es que en 162 años la Constitución se reformó seis veces. Es decir, que en la Argentina la reforma de la Constitución es un hecho fisiológico, pero muchas veces parece más patológico que fisiológico, porque cuando ocurre se presenta en medio de un marasmo. Aun con la Constitución del 94 pasó eso.

—Sí, pasó eso. Pero la Constitución del 94 fue una reforma. Tuvo virtudes, no lo voy a negar; pero tuvo un defecto también: teníamos un objetivo claro, que era la reelección de Menem, y todo lo demás lo dejaron sin terminar. Los grandes conflictos que tenemos, en gran medida, surgen por instituciones mal pergeñadas en la Constitución del 94: Consejo de la Magistratura, que no se sabe qué es; autonomía de la Ciudad de Buenos Aires,

que no se sabe si es una provincia, si no es una provincia, qué diablos es, si es una ciudad autónoma; sui géneris, dicen, claro, cuando no se sabe decir algo, se dice que es sui géneris.

—*Coparticipación federal.*

—Coparticipación federal, que se quedó ahí abierta; Ministerio Público: “Habrá un Ministerio Público”. Una Constitución no puede decir: “Habrá un Ministerio Público”. ¿Qué es eso? Yo lo observé en la última sesión de la Constituyente. Sí, me doy cuenta de que a don Raúl [Alfonsín] le habían jugado sucio con el asunto de la letra chica; y después la letra chica la escribieron los otros en el curso de la constituyente. Él tomó la palabra y dijo: “Ésta es la característica del constitucionalismo argentino”. Pero lo habían estafado, en alguna medida. El resultado de eso fue una Constitución que nos deja problemas.

No se sabe cuántos miembros tiene la Corte Suprema: se pueden sumar, se pueden restar, se puede agrandar, se puede achicar. Se incluyeron algunas cosas parlamentarias como la mayoría calificada para nombrar jueces de la Corte Suprema. La mayoría calificada, como no hay práctica parlamentaria de negociación, en qué se traduce hoy: la oposición dice “no voy a nombrar a nadie”, en una absoluta irresponsabilidad. Y no hay modo de establecer una sanción cuando alguien se niega a cumplir la Constitución directamente. La Constitución le dice: “Negocie para nombrar a alguien”. “No, no voy a negociar porque no se me antoja”. Es un incumplimiento de la Constitución. Pero no está previsto lo que debe hacerse en estos casos, algún mecanismo para resolver eso. Más aun, me olvido algo, si hubiera un conflicto de poderes, ¿quién lo resuelve en la Argentina?

—*No está contemplado.*

—No está contemplado. Yo creo que lo tendría que resolver la Asamblea Legislativa, porque es lo más cercano a la soberanía popular.

—*Los conflictos entre poderes del Estado hay que llevarlos a la formulación normativa de la propia Constitución en una próxima reforma.*

—Hay que llevarlos a la Constitución en una reforma. No podemos estar garantes. Sí, alguien lo tiene que resolver porque, si no, es la guerra civil, ya sé; pero la Constitución no lo dice.

—*De hecho, yo pienso que es el principal argumento por el cual no se puede controlar la constitucionalidad de los actos preconstituyentes, porque no está definido en la propia Constitución, como sí lo hace Colombia, por ejemplo.*

—Claro. No está definido. Lo que sí no estoy de acuerdo es en una Constitución flexible, que con una mayoría calificada o algún otro procedimiento se pueda estar reformando a cada rato.

—*¿Usted estaría de acuerdo en mantener en la Constitución la formulación normativa de Asamblea Constituyente?*

—Sí.

—*En ese caso, nosotros seguiríamos siendo casi únicos en América Latina, porque la Argentina es uno de los pocos países que quedamos en acudir a la Asamblea Constituyente.*

—Sí, defendiendo ese sistema.

—*¿Para todo?*

—Sí, para todo.

—*Por ejemplo, en el caso de Ecuador, algunas cosas van por constituyente, otras pueden ir por poder constituido.*

—Yo defendiendo el sistema de Asamblea Constituyente.

—*¿Como poder constituyente?*

—Sí, como poder constituyente. Cuando digo esto me pueden decir: “Eso impide la adaptación de la Constitución”. No, un momento. Si nosotros tuvimos tribulaciones graves en nuestra historia constitucional, no fue porque nuestra Constitución sea rígida; las tuvimos por interferencias en la constitucionalidad, pero no por la rigidez de nuestra Constitución, que no nos acarreó muchos males. Cuando fue necesario, se la reformó.

—*Comparativamente en el constitucionalismo latinoamericano, en el inventario, como beneficio de la rigidez constitucional del texto fundamental argentino, es que realmente fomenta los estudios dogmáticos, ¿no es cierto?*

—Sí, eso es cierto.

—*Frente a una Constitución como la brasileña, que cambió 88 veces en 26 años. Los brasileños hoy, en este momento, están discutiendo –me parece que está entre líneas lo que usted imaginó– que, si se reforma la Constitución por el poder constituido, hay un momento en que van a encontrarse con reglas de dos naturalezas: de la propia creación originaria del poder constituyente y las introducidas por la vía de las enmiendas por el Poder Legislativo.*

—Sí, efectivamente.

—*La última pregunta es doble: en primer lugar, aquello que yo no le haya preguntado de política, historia o derecho en esta entrevista, y, luego, ¿por qué cree usted en la naturaleza seminal de la Constitución de 1949?, ¿por qué tenemos los argentinos y las argentinas que ir una y otra vez a esa Constitución para refrescarnos constantemente?*

—Históricamente, nosotros hemos sufrido una etapa de colonialismo que termina con la Independencia y después de la Independencia el país se organiza, por así decir, muy dificultosamente, y no se preocupa mucho de su institucionalización, ni se preocupa mucho del control social. Yo hacía referencia a los códigos penales. Somos el único país de América Latina que tardó más de tres cuartos de siglo de vida independiente en tener un Código Penal, porque nuestra oligarquía no lo necesitaba, las elites nuestras no lo necesitaban. Se arreglaban con los códigos rurales, se arreglaban con mandar a Martín Fierro a la frontera. En unos pocos casos, aplicaban alguna ley española por ahí. El control social de la exclusión social lo hacían a través de legislación de policía –lo que sería hoy legislación contravencional o medidas de seguridad policiales directamente–; incorporación forzada a los ejércitos, esas cosas.

Cuando, por presión inglesa, tienen que hacer esas cosas –porque hubo presión inglesa por el desplazamiento: Inglaterra tenía que exportar capital porque estaba a la cabeza del proceso de acumulación originaria, y no podía reinvertir todo el capital (la alta renta del poco capital originario interno), porque entonces tendría que haber incorporado capas de menor productividad y eso la iba a llevar a producir a unos costos que no iban a ser competitivos a nivel internacional; entonces, exporta capital y lo exporta al Cono Sur–, en ese momento nos encontramos con un Cono Sur que estaba muy poco poblado, sin

capacidad de mano de obra. Entonces, aprovecha también para descomprimir los países atrasados, que eran aliados de ellos del sur de Europa; atrasaron el proceso de acumulación de capital y mandaron a nuestros abuelos, bisabuelos, para acá.

Esa república oligárquica racista entra en crisis con el peronismo, definitivamente; la tambalea un poco y mete la clase media adentro el yrigoyenismo, pero después entra en crisis con el peronismo. La Constitución del 49 es producto de ese momento de crisis y de ese momento de ampliación de la ciudadanía real, de la base de ciudadanía real. En consecuencia, a ese momento histórico siempre tenemos que volver.

¿Después qué sucede? Hay todo un movimiento de contención o de reducción de esa fase de ampliación, que para mí cierra la etapa del neocolonialismo. El neocolonialismo fue una ocupación mediata: primero, a través de nuestras elites oligárquicas. Cuando con el populismo peronista se pone en crisis ya definitivamente las elites oligárquicas, ¿cómo nos ocupan? Nos ocupan a través de nuestras fuerzas armadas. Fuimos un país ocupado en la dictadura. Ésa es la realidad. Un país ocupado por nuestras propias fuerzas armadas con una ideología colonialista, que era la doctrina de seguridad nacional francesa.

Ahí se termina el neocolonialismo. Yo creo que no vamos a volver a tener una ocupación mediata de fuerzas armadas; eso no, eso se terminó. Ahora estamos en una fase superior o avanzada del colonialismo, donde nos controlan a través de los financieros: nos quieren controlar a través del capital financiero, a través de la deuda, a través de los monopolios mediáticos, que forman parte del capital financiero; no es que estén al servicio, forman parte de ello.

En esta otra etapa en la que queremos volver a ampliar la base de ciudadanía, tenemos que volver necesariamente a aquella resistencia que hubo en la etapa neocolonialista. Siempre tenemos que volver a eso. Mirando para atrás decimos: “¿Por qué estamos parados acá?, ¿por qué nosotros no somos analfabetos?”. No somos analfabetos porque pudimos ir a la escuela, pasaron una serie de cosas, etcétera. ¿Qué nos permitió eso? Esa etapa de ampliación de ciudadanía.

—*Yo le prometí que era la última pregunta, pero ahora que lo escuché hablar le prometo que sí le voy a hacer la última: ¿la Constitución del*

49 es el instrumento jurídico de mayor envergadura en términos de ciudadanía real en la historia argentina?

—Sí, claro, es eso; con defectos, como toda obra humana: tiene aspectos criticables; en lo institucional habría que repensar muchas cosas. No es un texto para poner hoy en vigencia en ese estado, pero en su momento por supuesto que fue eso.

—*Muchísimas gracias, Raúl.*

—A usted.