

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

A 25 años

Mauro Benente
(compilador)



Agostina Daniela González - Ana María Bestard - Andrés Rosetti -
C. Ignacio Giuffré - Facundo Capurro Robles - Federico G. Thea -
Fernando Braccacini - Gerardo Tripolone - Gonzalo Sebastián
Kodelia - Isaías Losada Revol - José María Salgado - Juan Seda -
Liliana Ronconi - María Valeria Berros - Mauro Benente - Mishkila
Rojas - Nicolás Diana - Sebastián Linares - Sergio Sebastián
Barocelli - Silvina Zimmerman

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994

A 25 años

Mauro Benente
(compilador)



Colección **Pensamiento Nacional**

Benente, Mauro

Las deudas y promesas incumplidas de la reforma constitucional de 1994 : a 25 años / Mauro Benente. - 1a ed. - José C. Paz : Edunpaz, 2019.

500 p. ; 23 x 15 cm. - (Pensamiento Nacional)

ISBN 978-987-4110-35-0

1. Derecho. 2. Derecho Constitucional. I. Título.

CDD 342.009

1ª edición, septiembre de 2019

© 2019, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2019, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-4110-35-0

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico G. Thea**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Corrección de estilo: **María Laura Romero y Nora Ricaud**

Diseño de colección: **Amalia González**

Arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Ilustración de tapa: (Collage) **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales.

Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Índice

Prólogo <i>Federico G. Thea y Mauro Benente</i>	11
El pueblo delibera y gobierna. En defensa de la regulación de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas <i>Sebastián Linares y C. Ignacio Giuffré</i>	23
La reforma constitucional de 1994 y la participación de las mujeres en cargos de decisión: logros y desafíos <i>Liliana Ronconi y Agostina Daniela González</i>	53
Selección y disciplina de jueces y juezas. Notas críticas sobre el Consejo de la Magistratura <i>Mauro Benente</i>	73
Repensar al Ministerio Público Fiscal en clave democrática <i>Fernando Braccacini</i>	105
Decretos de necesidad y urgencia: debates doctrinarios y realidad constitucional <i>Ana María Bestard</i>	143

Que el presidente legisle. Decretos delegados o el modo en que el Congreso declara su incapacidad <i>Gonzalo Sebastián Kodelia</i>	169
Poderes militares y tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional <i>Gerardo Tripolone</i>	207
El dominio de los recursos naturales en la Constitución de 1994 (en particular, los hidrocarburos) <i>Nicolás Diana</i>	233
El olvido del poder económico en la reforma constitucional de 1994 <i>Mauro Benente</i>	265
Jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos <i>Federico G. Thea e Isaías Losada Revol</i>	293
Los derechos económicos, sociales y culturales y la reforma de 1994: pasaron 25 años y... <i>Andrés Rosetti</i>	337
El recorrido del (des)amparo colectivo en el ámbito federal <i>José María Salgado</i>	351
Medidas de acción positiva para las personas con discapacidad <i>Juan Antonio Seda</i>	385
Los derechos de los consumidores y usuarios. A 25 años de la reforma constitucional de 1994 <i>Sergio Sebastián Barocelli</i>	407

**Los derechos de los pueblos indígenas
en Argentina post reforma constitucional de 1994:
una relación en conflicto y en cuestión**

Silvina Zimmerman, Mishkila Rojas y Facundo Capurro Robles 435

**Depende del lente con que se mire:
derecho a un ambiente sano en Argentina**

María Valeria Berros 467

Sobre los autores y las autoras 491

**El pueblo delibera y gobierna.
En defensa de la regulación
de las iniciativas ciudadanas
de referéndum indirectas**

Sebastián Linares y C. Ignacio Giuffré

1. Introducción

El contenido de la Constitución argentina, vigente desde 1853/60, resultó profundamente influenciado por el constitucionalismo norteamericano, como así también, pese a que no fue convencional constituyente, por el pensamiento de su autor intelectual: Juan Bautista Alberdi. Así, el modelo constitucional fue fruto de *pactos acumulativos*, signados en su mayoría por posicionamientos liberales y conservadores. A contraluz de las tradiciones radicales que defendían la intervención ciudadana en los procesos de toma de decisiones, ambas corrientes triunfantes coincidieron en lo vinculado al modo de articular los asuntos políticos.¹ Así pues, la Constitución originaria resultó adversa a la participación social y más bien institucionalizó la desconfianza (Gargarella, 2009, 2015, 2016). El artículo 22 de la Constitución Nacional fue expresión cabal de esa desconfianza original hacia la participación de las personas en la política: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”.

1. A más de lo referido a la participación ciudadana, esta estrategia para definir el contenido de la norma constitucional se materializa, al menos, en los siguientes pasajes. *Por un lado*, en lo que atañe a la división vertical del poder, la ingeniería fue el resultado de un pacto acumulativo entre centralistas y federalistas. Esta fórmula mixta dio lugar a lo que Alberdi denominaría *Federación Unitaria* o *Unión Federativa*. *Por otro lado*, se advierte una fórmula similar en lo vinculado con la división horizontal del poder mediante un sistema de *checks and balances* junto con un sistema presidencial fuerte. Otro tanto sucede con lo relativo al reconocimiento de derechos y principios constitucionales. Así, las referencias al “orden y moral pública” (art. 19), “(acciones) reservadas a Dios” (art. 19) o “el sostenimiento del culto católico” (art. 2), “la protección de Dios” (preámbulo), constituyen notas eminentemente conservadoras. En cambio, las libertades del artículo 14 –v. gr. culto, asociación– o la referencia a “las acciones privadas” (art. 19) son notas liberales.

Pese a que a lo largo de la historia el artículo 22 fue concebido como un cerrojo para la intervención ciudadana de cualquier carácter –vinculante o no vinculante–, dicha lectura se hallaba en tensión con la recepción normativa del principio republicano (art. 1, vigente desde 1853), como así también con formas de participación no contempladas explícitamente y que surgen del principio de soberanía popular (art. 33, vigente desde 1860). Sin embargo, la reforma constitucional de 1994 acogió nuevos elementos participativos, principalmente la *iniciativa legislativa popular* (art. 39) y la *consulta popular* (art. 40), los cuales vinieron a poner en entredicho la pretendida animadversión a la participación ciudadana de la Constitución originaria.

En el presente trabajo, el *objetivo general* consiste en ofrecer una interpretación de esta tensión, a los efectos de armonizar el espíritu de la reforma constitucional de 1994 con el espíritu del artículo 22 y las intenciones de los convencionales de 1994. En ese marco, la *tesis* que vamos a defender es que, desde la modificación de 1994, la balanza se inclina a favor de la participación ciudadana en cuestiones políticas y, derivadamente, a favor de un modelo de democracia más robusto. Asimismo, argumentaremos que las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas* no resultan contradictorias con el plexo constitucional vigente y que el nuevo artículo 39 no descarta su regulación legislativa.

A fin de cumplir dicha tarea, este trabajo se desagrega en cuatro *objetivos específicos*. *Primero*, explicitaremos la influencia del constitucionalismo norteamericano en la Constitución Nacional originaria respecto de la expulsión de la ciudadanía hacia los márgenes de la toma de decisiones políticas. *Segundo*, examinaremos los avances y limitaciones de la reforma constitucional de 1994 en torno a la participación ciudadana. *Tercero*, reconstruiremos el artículo 22 como un tipo especial de *principio jurídico*, y examinaremos sus implicaciones en torno a las iniciativas ciudadanas de referéndum. *Cuarto*, desarrollamos una propuesta de diseño institucional de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas, de acuerdo con los parámetros constitucionales vigentes y con las auspiciosas prácticas participativas que ofrece la literatura contemporánea y el derecho comparado. *Finalmente*, terminaremos con algunas conclusiones sobre los avances, retrocesos y desafíos institucionales aún pendientes en lo que respecta a la participación ciudadana a veinticinco años de la reforma de 1994.

2. Los orígenes del artículo 22 de la Constitución de 1853/60

En este apartado daremos cuenta de la influencia del constitucionalismo norteamericano en la Constitución originaria de Argentina, respecto de la expulsión de la ciudadanía hacia los márgenes de la toma de decisiones políticas. También argumentaremos que esta marginación da lugar a tensiones y contradicciones al interior del texto normativo sancionado en 1853/60.

Tal como anticipamos, la exclusión política de la sociedad se advierte, principalmente, en el *principio jurídico* que establece el artículo 22 desde la Constitución originaria y que perdura vigente:

El pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición.

A su vez, esta idea se materializa en, al menos, los siguientes *arreglos institucionales de rasgos elitistas*: un presidencialismo con poderes fuertes del presidente; la ausencia de canales institucionales de intervención ciudadana en el gobierno de los asuntos comunes; un sistema de pesos y contrapesos basado en la desconfianza y la ambición de poder, antes que un sistema de diálogo cooperativo entre las ramas de gobierno, a la vez que entre aquellas y la ciudadanía. Tanto el artículo 22 como sus derivas institucionales encuentran fundamento filosófico en la obra *El Federalista* (1788), que contiene los textos escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay.

Así, el espíritu de la *primera parte del artículo 22* no puede leerse sino en referencia directa a numerosos pasajes de *El Federalista*. Por ejemplo, en el N° 63 se dice:

el principio de representación no fue desconocido en los antiguos regímenes [republicanos: Roma, Cartago, Grecia] ni completamente desechado por éstos. Pero la verdadera distinción entre estos regímenes antiguos, y las nuevas repúblicas americanas, descansa en la total *exclusión del pueblo* en la capacidad colectiva de gobernar en los últimos (Hamilton et al 2010: 270; el resaltado es agregado).

De esta forma, se cuestionaba a los gobiernos basados en asambleas ciudadanas, en las que el pueblo directamente discutía y votaba por todos los asuntos, sin representantes. En su lugar, se concibió un modelo institucional orientado no a valer como sustituto pragmático de la soberanía del pueblo, sino como *un bien superior* y preferible a la democracia directa asamblearia. Así el propósito fue el de impedir –lisa y llanamente– la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y separar a los mandatarios de los representados, autonomizando a aquellos en lugar de estos (Bessette, 1980: 102, 116; Gargarella, 1995: 69, 70; Rosanvallon, 2007: 38). De esa manera, prevaleció un sistema de gobierno imbuido de una filosofía completamente adversa a cualquier expresión de democracia directa en los asuntos de gobierno ordinario, ni siquiera en clave consultiva.

Por su lado, pero vinculado con el primer párrafo, el espíritu de la *segunda parte del artículo 22* está orientado a doblugar lo que Alberdi consideró el desafío principal de la nueva forma de organización constitucional: el problema de la anarquía, es decir, las sediciones provinciales y los conflictos armados entre partidos o movimientos provinciales. Este problema, aunque no en términos idénticos, se vincula con lo que Madison llamó el *problema de las facciones*, el cual expuso inmortalmente en *El Federalista* N° 10. El término *facciones* es una etiqueta algo vaga que, según el propio Madison, se refiere a grupos de individuos unidos por una misma causa, que es adversa a los intereses legítimos o derechos básicos de otros individuos o a los intereses legítimos agregados de la comunidad. Esos grupos pueden estar respaldados por una minoría o por una mayoría social, pero el *peligro*, según él, aparece cuando un grupo se hace con el poder político o simplemente se arroga el monopolio de la fuerza y gobierna quebrantando las libertades básicas. Madison tenía en mente las asambleas legislativas de los Estados locales soberanos del período fundacional 1776-1789, que dictaron leyes de emisión de moneda y de prórroga de deudas. Así pues, si el peligro a erradicar en los Estados Unidos consistía en la tiranía de la mayoría –que una facción adversa a los intereses de la Nación tomara el poder y gobernara vulnerando los derechos básicos–, en Argentina el peligro a erradicar fue la anarquía y la sedición provincial –que fuerzas locales desconocieran el poder central y se arrogaran el derecho a gobernar en nombre del pueblo, circunvalando completamente a las autoridades electas–. Ambos peligros, aunque no idénticos, están conectados, y

las cautelas institucionales ideadas por Madison para evitar las facciones son enteramente aplicables al desafío de Alberdi.

Dado que las facciones no pueden ser eliminadas sin abolir la libertad, el desafío –para Madison– consistía en mitigar sus efectos. Para evitar este *mal*, el pensador norteamericano ideó *precauciones institucionales*. Una de ellas fue el *gobierno representativo puro*, por contraposición a la *democracia pura* –por la que entendía el gobierno del pueblo a través de la participación directa de las personas en asambleas, al estilo de la antigua Atenas–. Según Madison, las asambleas populares son proclives a los arrebatos pasionales y al quebrantamiento de las libertades individuales.² En contraposición, entendía que un gobierno representativo puro está mejor preparado para atenuar la tiranía de la mayoría: los representantes son menos propensos a incurrir en pasiones y arrebatos violentos, ya que deben poner en balance las demandas conflictivas provenientes de todos los sectores sociales y territorios. Asimismo, el *sistema de frenos y contrapesos* y el *federalismo* contribuían –respectivamente– a dispersar el poder en términos *verticales* y en términos *horizontales*, como así también a extender la diversidad de intereses contrapuestos en la población. De esta forma, se volvía improbable que una facción terminara congregando un respaldo social mayoritario en todas y cada una de las causas o asuntos sobre los que había que gobernar. En suma, representación política pura, frenos y contrapesos, y federalismo, fueron los principales diseños institucionales para evitar el riesgo de la tiranía de la mayoría. A estas precauciones institucionales, Alberdi recomendó agregar una más, orientada a remediar el peligro de la anarquía: un poder Ejecutivo fuerte, con poderes suficientes para poner a raya las sediciones provinciales –al respecto,

2. Son muchos los pasajes en los que hace referencia a esta proclividad: “La falta de fijeza, la injusticia y la confusión a que abre la puerta en las asambleas públicas, han sido realmente las enfermedades mortales que han hecho perecer a todo gobierno popular” (Hamilton et al, 2010: 36), luego insiste en “la confusión que produce la multitud” (ibídem: 40). Más adelante reitera: “La historia de casi todas las grandes asambleas... es una historia de facciones, contiendas y desengaños, y puede clasificarse entre los espectáculos más tristes y deshonorosos que descubren la depravación y las taras del carácter humano” (ibídem: 151-152). Y continúa así: “Lo cierto es que determinado número mínimo parece indispensable en todos los casos para asegurar los beneficios de la libre deliberación y consulta y para precaverse contra fáciles combinaciones para propósitos indebidos, en tanto que, por otra parte, dicho número debe mantenerse dentro de cierto límite con el objeto de impedir la confusión y los excesos de la multitud. En todas las asambleas muy numerosas cualquiera sea la índole de su composición la pasión siempre arrebató su cetro a la razón” (ibídem: 236).

resulta ilustrativo el capítulo XXV de la obra alberdiana *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*—.

Así pues, el artículo 22 de la Constitución argentina expresa, en su primera parte, la filosofía política que caracterizó los orígenes del constitucionalismo norteamericano, cuyo rasgo fue la desconfianza hacia la democracia asamblearia directa, y en su segunda parte expresa el desafío vernáculo de poner a raya las sediciones provinciales. Como derivado, se estableció la prohibición de cualquier circunvalación de las autoridades representativas, junto con el castigo a la irrupción de movimientos que aspiren ejercer el gobierno por su cuenta y en nombre del pueblo. Por lo tanto, la *primera parte del artículo* debe entenderse en consonancia con la filosofía de *El Federalista*, en el sentido de que la representación política es necesaria y que ninguna decisión colectiva puede tomarse sin la intermediación de los representantes. Por su lado, la *segunda parte del artículo* debe entenderse como una amenaza de castigo a la irrupción violenta de las asonadas provinciales o los golpes de Estado.

Ahora bien, en lo que concierne ya no a la filosofía de *El Federalista*, sino a las normas que existen al interior de la Constitución norteamericana, cabe destacar los siguientes matices en el texto constitucional argentino. En cuanto a la *primera parte del artículo 22*, advertimos que en la Constitución de los Estados Unidos no existe ninguna referencia análoga a dicha cláusula. Es más, a diferencia de la Constitución norteamericana, en cuyo *preámbulo* se hace depositario de la soberanía directamente al pueblo —“Nos, el Pueblo...”—, la Constitución argentina parece atribuir dicha soberanía a los representantes políticos —“Nos, los Representantes del pueblo...”—. Esto robustece aún más la concepción restrictiva de la participación ciudadana en la Constitución argentina.

En cuanto a la *segunda parte del artículo 22*, hay que entenderla a la luz de las facultades ejecutivas de intervención federal y de declarar el estado de sitio. Es necesario remarcar que estos amplios poderes que la Constitución argentina situó originariamente en manos del órgano ejecutivo implican un rasgo cesarista que no está presente en la Constitución liberal de Estados Unidos. Estas facultades fueron pensadas para poner a raya cualquier irrupción violenta de facciones provinciales que desconocieran la legitimidad de las autoridades políticas. Son famosas las palabras de Alberdi, en ese sentido, alegando que el presidente tenía que estar en condiciones de asumir las facultades de un Rey para doblegar a *las desobediencias de la anarquía* (Alberdi, 2017: 162).

A su vez, queremos resaltar que esta filosofía adversa a la participación ciudadana directa en el manejo de los asuntos de gobierno encuentra un correlato manifiesto en el mecanismo previsto para la *reforma constitucional*. En efecto, la Constitución argentina, inspirada en los federalistas norteamericanos, prevé que el proceso de revisión constitucional debe canalizarse sin instancias de participación de la sociedad en la deliberación y en la toma de decisiones. De forma tal que, el poder constituyente del pueblo ha sido relegado a *un poder meramente simbólico o fáctico* (Negretto, 2016: 792), antes que institucionalizado. En efecto, nuestra Constitución dispone que se requiere tanto una Ley del Congreso Nacional que declare la necesidad de la reforma, así como la conformación de una Convención Constituyente, cuyos miembros sí son elegidos por sufragio popular, para llevar adelante tal meta (art. 30). Todo esto cierra la puerta a la inclusión política de la ciudadanía, por medio de canales legales, para requerir, aprobar o desechar modificaciones normativas.

En definitiva, hay un lazo o puente entre, por un lado, la filosofía constitucional poco proclive a la participación ciudadana que impera en la Constitución de Estados Unidos desde el siglo XVIII y, por el otro, la filosofía que dio origen a la Constitución de Argentina de 1853/60. Esa vinculación entre ambos sistemas no es exacta, pero tiene puntos en común. El primer punto en común está dado por el hecho de que ambos modelos constitucionales apuntan al mismo cometido: la institucionalización de la desconfianza. En efecto, en las dos constituciones se aspiró a apartar a la ciudadanía de la participación en la deliberación y en la toma de decisiones, tanto en los asuntos de gobierno cuanto en los aspectos de reforma constitucional. Sin perjuicio de esto, en Argentina, tal como señalamos, hay elementos aún más elitistas en lo que atañe a la explicitación de la marginación ciudadana –v. gr. en el preámbulo y en el artículo 22– y más cesaristas en lo atinente a la concentración de poderes en el Poder Ejecutivo –v. gr. intervención federal o declaración del estado de sitio–.

Con todo, queremos señalar que la expulsión de la ciudadanía de la toma de decisiones políticas genera tensiones al interior del texto constitucional argentino. Así pues, la Constitución prevé, de un lado, el principio republicano (art. 1, desde 1853 y hasta la actualidad) junto con el principio de soberanía popular (art. 33, desde 1860 y hasta la actualidad), por el cual entendemos el poder del pueblo a ser portador del derecho subjetivo a participar en pie de igualdad en la formación democrática de la voluntad política. A su vez,

del otro lado, la Constitución posterga a la ciudadanía en la dirección de los asuntos de gobierno (art. 22, desde 1853 y hasta la actualidad), cuanto en el proceso de revisión constitucional (art. 30, desde 1853 y hasta la actualidad). Sin embargo, si se reconoce el principio de soberanía popular y si se acepta que la validez de la Constitución encuentra respaldo en el consentimiento del pueblo (Paine, 1995: 468)³ o que el pueblo constituye la única fuente de la legitimidad de ella (Hamilton et al, 2010: 214), luego, resulta dudoso prohibir la regulación de resortes legales para que el pueblo pueda participar directamente en los asuntos legales y constitucionales.

La referida tensión halla uno de sus hitos más álgidos en las previsiones del artículo 14 y de la segunda parte del artículo 22. El punto de partida es que una *reunión de personas*, en sí misma, es el resultado del ejercicio de los derechos liberales a *reunirse* e, incluso, a *asociarse*, que están reconocidos desde la Constitución originaria (art. 14). Más aún, el texto constitucional también admite el derecho a *peticionar a las autoridades* (art. 14). Sin embargo, el artículo 14 prevé que “toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición” (art. 22). En este marco, surgen las controversias: la Constitución, por un lado, habilita la reunión, asociación y petición a las autoridades (art. 14) y, por el otro lado, da lugar a la atribución del delito de sedición por igual tanto a una fuerza armada *que se arrogue los derechos del pueblo*, como a una *reunión de personas que peticione pacíficamente a las autoridades en nombre de este* (art. 22). No obstante la tensión expuesta, entendemos que el artículo 22, en combinación con el artículo 14, solo puede ser interpretado como prohibición de toda fuerza armada que se arrogue para sí los derechos del pueblo, esto es, el derecho a ostentar el monopolio de la fuerza y circunvalar por la vía del ejercicio de la fuerza la legitimidad de las autoridades representativas.⁴ Mientras que en el resto de los casos debe primar una interpretación lo más amplia posible de las libertades políticas.

3. Al respecto, también puede verse la Declaración de Independencia de Estados Unidos, donde se expresó: “Que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que *derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados*” (el resaltado es agregado).

4. En línea con esta interpretación, pueden verse las intervenciones del representante Rodríguez Sañudo en la Convención Nacional Constituyente de 1994 (*Diario de Sesiones*, 1994).

3. El artículo 22 ante la reforma constitucional de 1994

En 1994 la Constitución argentina experimentó una reforma que mutó significativamente varios aspectos de su contenido. Sobre todo, incorporó en el texto normativo una concepción que transformó radicalmente la manera de concebir la participación ciudadana y, derivadamente, el modelo de democracia. Bajo el presente apartado nos proponemos examinar el artículo 22 de la Constitución Nacional ante los avances y retrocesos que fueron debatidos y reformados en 1994. Nuestro argumento es que si antes de 1994 existían dudas en torno a la compatibilidad o incompatibilidad de la participación ciudadana con la letra del artículo 22, ahora, con los nuevos contenidos constitucionales, aquellas dudas quedaron disipadas: los mecanismos de participación ciudadana, explícita o implícitamente, están permitidos.

Ante todo, debemos señalar que la Ley N° 24309, declarativa de la necesidad de reforma constitucional, le prohibió a la Convención Nacional Constituyente que modifique el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución (art. 7), razón por la cual el artículo 22 no pudo ser revisado. Sin perjuicio de ello, la reforma de 1994 implicó ciertos *avances* en términos de profundización de la democracia. En tal sentido, es destacable la inclusión de, por lo menos, los siguientes aspectos: la defensa de la democracia, el derecho de resistencia (art. 36); los derechos políticos, sufragio e igualdad de oportunidades (art. 37); los partidos políticos (art. 38); la participación ciudadana en el control de los servicios públicos (art. 42); las acciones de incidencia colectiva (art. 43); los derechos de minorías, de mujeres, de las víctimas de crímenes de lesa humanidad, de la ancianidad, de la niñez y de los pueblos originarios (art. 75 incs. 17, 22 y 23); el deber del Congreso de promover los valores democráticos (art. 75 inc. 19); la facultad de intervención federal en manos del Congreso (art. 75 inc. 31); la elección directa de los senadores (art. 54), de la fórmula presidencial (art. 94) y del jefe de gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129).

En lo que concierne a nuestro tema, particular relevancia reviste la incorporación de la iniciativa popular (art. 39) y la consulta popular (art. 40). Ambos instrumentos estuvieron habilitados por el inciso c del artículo 3 de la Ley N° 24309, que declaró la necesidad de reforma constitucional. La *iniciativa popular* es regulada del siguiente modo:

Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa para presentar proyectos de ley en la Cámara de Diputados. El Congreso deberá darles expreso tratamiento dentro del término de doce meses. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, sancionará una ley reglamentaria que no podrá exigir más del tres por ciento del padrón electoral nacional, dentro del cual deberá contemplar una adecuada distribución territorial para suscribir la iniciativa. No serán objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a reforma constitucional, tratados internacionales, tributos, presupuesto y materia penal.

No obstante que volveremos sobre este tema, cabe adelantar que el artículo 39 descarta claramente las *iniciativas ciudadanas de referéndum directas*, ya que exige presentar los proyectos ante la Cámara de Diputados y establece que el Congreso debe darles expreso tratamiento. Sin embargo, existen dudas en relación a si esta disposición recepta la facultad del Poder Legislativo de reglamentar por vía legal solo *iniciativas de agenda*, o también las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas*.⁵ Para esclarecer esto debemos definir estas tres formas de participación. Tanto las *iniciativas de agenda* como las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas* otorgan a un número o porcentaje de la población el derecho a presentar proyectos de ley ante el Congreso. Pero sus efectos son distintos. La *iniciativa de agenda* consiste en la facultad de la ciudadanía de peticionar la sanción, reforma o derogación de una disposición legal, pero el Congreso tiene autoridad final para aprobar, rechazar o simplemente omitir pronunciamiento sobre las presentaciones, sin que nada de eso desemboque en un referéndum. En cambio, en las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas*, cuando un proyecto presentado por la ciudadanía alcanza el número de firmas exigido y el Congreso rechaza o no se pronuncia sobre la misma en el plazo fijado, las autoridades están obligadas a convocar un referéndum. Las *iniciativas ciudadanas de referéndum directas*, por su parte, no pasan por ninguna fase legislativa, es decir, si una propuesta de la sociedad reúne el umbral de firmas requerido, las autoridades están obligadas a convocar un referéndum directamente. De la lectura del artículo 39 no queda claro,

5. Véase, por caso, la intervención del convencional Guzmán (Frente Cívico y Social), que adhiere al despacho de mayoría y, sin embargo, deja entrever que la iniciativa ciudadana de referéndum podría en un futuro ser reglamentada por el Congreso (*Diario de Sesiones*, 1994).

pues, si permite solo las iniciativas de agenda, o también la regulación de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas.

La *consulta popular* está regulada del siguiente modo:

El Congreso, a iniciativa de la Cámara de Diputados, podrá someter a consulta popular un proyecto de ley. La ley de convocatoria no podrá ser vetada. El voto afirmativo del proyecto por el pueblo de la Nación lo convertirá en ley y su promulgación será automática. El Congreso o el presidente de la Nación, dentro de sus respectivas competencias, podrán convocar a consulta popular no vinculante. En este caso el voto no será obligatorio. El Congreso, con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, reglamentará las materias, procedimientos y oportunidad de la consulta popular.

Este artículo permite distinguir los siguientes *dos supuestos*. El *primero*, se refiere a una consulta popular vinculante y voto obligatorio, bajo la autoridad del Congreso –a iniciativa de la Cámara de Diputados–. El *segundo*, se refiere a una consulta popular no vinculante y voto no obligatorio, que aplica solo para facultades privativas del Congreso –v. gr. destitución del jefe de gabinete, intervención federal– y del Poder Ejecutivo –v. gr. indulto, veto–.

Tanto la iniciativa popular legislativa como la consulta popular tienen una enorme relevancia, pues abren las puertas a la participación ciudadana. Pero la incorporación de ambos instrumentos vino a agudizar la tensión entre la filosofía originaria del artículo 22 –según la cual cualquier mecanismo de participación ciudadana debería quedar excluido– y el principio de soberanía popular –según el cual el pueblo tiene la facultad de autogobierno y auto-legislación–; o, más bien, vino a inclinar la balanza hacia este último lado. De ahora en más, con el ingreso de ambas instancias, la participación de la sociedad ya no es más un anatema, como así tampoco es posible sostener que la soberanía del pueblo reside en la práctica única y exclusivamente de *sus representantes*. Creemos, entonces, que estos dos nuevos elementos transformaron radicalmente la manera de concebir la participación ciudadana dentro de la Constitución reformada. Ahora, el artículo 22 no debe concebirse como un cerrojo contra la participación ciudadana.

Sin perjuicio de los referidos avances, la reforma constitucional de 1994 también supuso *limitaciones* en términos de participación ciudadana. En esa línea, prohibió la iniciativa popular sobre algunos puntos de la fibra más ín-

tima de toda sociedad: la reforma constitucional, los tratados internacionales, los tributos, el presupuesto y la materia penal (art. 39). En lo atinente a estas materias vedadas, podría plantearse la duda respecto a si aplican también para los casos de consulta popular (art. 40). Sin embargo, ante la ausencia de prohibición literal, y a la luz del principio republicano (art. 1) y del principio de soberanía popular (arts. 33 y 37), corresponde interpretar que el Congreso está habilitado para plantear una consulta popular sobre cualquier asunto.

Dilucidado el nuevo marco normativo que vino de la mano de la reforma de 1994, a continuación queremos exponer los *posicionamientos partidarios* al interior de la Convención Nacional Constituyente, los cuales culminaron en la recepción de los citados artículos 39 y 40. De las intervenciones en la convención surge que la gran mayoría de los convencionales no supo distinguir entre las iniciativas de agenda y las iniciativas ciudadanas de referéndum, y tampoco entre iniciativas ciudadanas de referéndum directas e indirectas. Las principales posturas sobre este tema fueron, al menos, las tres siguientes (*Diario de Sesiones*, 1994).

Por un lado, el Frente Grande (FG) junto con la Fuerza Republicana (FR) defendieron la propuesta de incluir en la Constitución Nacional no solo a la consulta popular y la iniciativa legislativa popular, sino también a la iniciativa ciudadana de referéndum indirecta. En tal sentido, consideraron que dichos institutos eran compatibles con el artículo 22. Para este posicionamiento, la democracia semidirecta era compatible con la Constitución entonces vigente, puntualmente entendían que este modelo de democracia se desprendía del juego de los artículos 22 y 33. A su vez, debemos destacar que el bloque Fuerza Republicana (FR) se opuso, aunque sin éxito, a la veda de materias que pueden ser objeto de iniciativas popular (art. 39) y, en cambio, defendió una postura profundamente amplia según la cual este instituto debía versar sobre cualquier asunto. Ahora bien, de la intervención del Frente Grande (FG) queda claro que, al menos una parte de la Convención Constituyente consideró que el artículo 39 no obstaculizaba la posibilidad de reglamentar, a través de una ley, las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas*. En efecto, entendieron que dicho artículo simplemente menciona que la sociedad, tras reunir un número de firmas, podrá presentar proyectos de ley y el Congreso deberá expedirse en un plazo de doce meses, pero nada dice sobre los efectos del rechazo o el silencio

legislativo. Al respecto, pueden verse las intervenciones de los convencionales Cardesa (FG) y Conesa Mones Ruiz (FR) (*Diario de Sesiones*, 1994).⁶

Por otro lado, el Movimiento por la Dignidad y la Independencia (MODIN) junto con la Unión del Centro Democrático (UCD) adoptaron la postura según la cual ni la iniciativa legislativa popular ni la consulta popular de los artículos 39 y 40 podían ser incorporadas en la Constitución Nacional. A contrapelo de la perspectiva anterior, consideraron que estos institutos eran incompatibles con el sistema representativo que surge de los artículos 1 y 22. No obstante lo anterior, el MODIN consideró la viabilidad de regular las iniciativas legislativas en cabeza de las entidades intermedias corporativas, específicamente como facultad del Consejo Económico Social. En suma, la posición de ambos partidos fue la más conservadora y restrictiva. Al respecto, son claras las presentaciones de los convencionales Núñez y Frontera (ambos del MODIN) (*Diario de Sesiones*, 1994). Sin embargo, esta posición fue la que perdió.

Por último, la Unión Cívica Radical (UCR) y Partido Justicialista (PJ) sostuvieron la posición relativa a que la consulta popular y la iniciativa popular legislativa eran compatibles con el artículo 22.⁷ Sin embargo, de las intervenciones del bloque mayoritario no queda claro si las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas están permitidas. Al respecto, resulta ilustrativa la intervención de Rodríguez Sañudo (PJ), quien sostuvo que el artículo 22

6. Además, el Frente Grande (FG) consideró que el término iniciativa legislativa popular del artículo 39 debía ser reglamentado en la forma de una iniciativa ciudadana de referéndum. En palabras del convencional Cardesa: "nuestra propuesta tiene continuidad con una consulta popular de carácter vinculante cuando el Congreso rechace, ignore o modifique de manera inaceptable el proyecto presentado. Si la iniciativa continuase con una consulta, el Congreso puede presentar un contraproyecto alternativo a la propuesta de quienes presentaron la iniciativa popular. Esta fórmula de ningún modo limita la iniciativa popular a una simple petición frente a las autoridades, ya que será el electorado quien tendrá la decisión definitiva cuando los legisladores no hayan prestado acuerdo al proyecto de derogación o sanción de una ley" (*Diario de Sesiones*, 17° Reunión). Por otro lado, este bloque propuso la iniciativa popular en materia administrativa para obligar al Ejecutivo a dictar decretos o normas administrativas en caso de silencio o desvío del espíritu de la ley. También sugirió que un proyecto aprobado por ocho legislaturas provinciales puede ser sometido a consulta popular vinculante cuando es ignorado, rechazado o modificado inaceptablemente por el Parlamento, pudiendo este presentar su propio proyecto. Así, cuando las provincias dispongan de un consenso regional suficiente, contarían con un dispositivo institucional para canalizar iniciativas políticas ante el poder central.

7. A su vez, los dos bloques coincidieron en que era compatible con el artículo 22 dotar al Poder Ejecutivo de la autoridad de convocar plebiscitos no vinculantes (art. 40), en contradicción con las prácticas de países como Suiza o Uruguay, que confieren dicha autoridad solo al Congreso. Este punto fue cuestionado, aunque sin éxito, por el Partido Demócrata (PD) y el Frente Grande (PG).

solo rechaza la anarquía y el resquebrajamiento de las instituciones políticas, pero no la participación ciudadana en sus diversas expresiones. A su vez, la ponencia de la diputada Roque (UCR) expresó que el artículo 33 permite la regulación de diversos mecanismos de participación directa de la ciudadanía, pero sin especificar cuáles. Aún más interesante es la exposición del convencional Brusca (PJ), quien mencionó como ejemplos de instancias semidirectas permitidas por el artículo 22 a las receptadas por algunas constituciones provinciales, entre las cuales nombra a la de Río Negro (1988), que es la única que incluye una iniciativa ciudadana de referéndum vinculante.⁸ Asimismo, es destacable la intervención de Cafero (PJ), en tanto sostuvo que el procedimiento y los efectos de la iniciativa deben ser librados a lo que una ley reglamentaria establezca. Por su parte, el convencional Menem (PJ), en los fundamentos que pidió insertar al final de la versión taquigráfica, menciona las formas semidirectas de los cantones suizos como ejemplos paradigmáticos de participación ciudadana que podrían ser adoptados por la nueva Constitución. A juzgar por las premisas vertidas y por los ejemplos de derecho comparado que brindaron desde ambos bloques, no parece que las intenciones de estos convencionales haya sido la de prohibir las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas, ni la de cerrar la puerta a que el Congreso las reglamente mediante una ley. De cualquier manera, cabe inferir que si –como sostuvieron– el artículo 22 prohíbe la anarquía y el gobierno directo del pueblo circunvalando a las autoridades representativas, entonces no hay obstáculo para regular las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas*. Esto es así porque ellas no instrumentan el gobierno *directo* del pueblo, sino que pasan obligatoriamente por una fase de discusión legislativa, es decir, una etapa que las caracteriza como compatibles con el artículo 22.

En definitiva, las intervenciones de los distintos bloques de la Convención Nacional Constituyente no hicieron una distinción clara entre las iniciativas de agenda y las iniciativas ciudadanas de referéndum, y menos aún entre iniciativas ciudadana de referéndum directas e indirectas. Todavía más: en muchas intervenciones se ofrecieron ejemplos de mecanismos semidirectos de democracia que incluían de manera indiscriminada todas las formas de parti-

8. Se trata de la iniciativa ciudadana de referéndum abrogativo de las leyes.

cipación ciudadana. Esto pone en entredicho cualquier lectura que pretenda hacerse de las intenciones de los convencionales en el sentido de prohibir las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. El único punto remarcado en los debates fue que la intervención de los representantes siempre es necesaria, pero precisamente esta condición es compatible con las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas.

Si bien antes de 1994 los defensores de una concepción democrática más robusta consideraban que estas formas de participación se hallaban implícitas (art. 33) y eran compatibles con el artículo 22, también estaban presentes posicionamientos contrarios.⁹ Pero lo que queda claro es que, luego de la reforma constitucional de 1994, este debate devino zanjado, pues la participación ciudadana en los asuntos de gobierno ante el artículo 22, de la mano con las nuevas incorporaciones de los artículos 39 y 40, resultó notablemente ampliada, pese a que se dispusieron restricciones como las materias vedadas del artículo 39 –la reforma constitucional, los tratados internacionales, los tributos, el presupuesto y la materia penal–.

4. El artículo 22 como *principio jurídico* y sus implicaciones

Aquí reconstruiremos el artículo 22 como un tipo especial de *principio jurídico* y examinaremos sus implicaciones en relación a las iniciativas ciudadanas de referéndum. Puntualmente, en lo que sigue queremos, de *lege lata*, justificar que la regulación, por vía legal, de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas se encuentra permitida por la Constitución argentina.

Si se recuerda, la primera parte del artículo 22 establece que “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes”. Frente a esta redacción, cabe preguntarse qué clase de enunciado es este. A los efectos de despejar la pregunta debe tenerse presente la distinción entre *principios jurídicos* y *reglas jurídicas*. Aunque hay muchos criterios para diferenciar ambos enunciados normativos (Martínez Zorrilla, 2007), aquí diremos lo siguiente.

9. Dentro de este último grupo se afirmaba la inconstitucionalidad de los instrumentos participativos en virtud de su supuesta contradicción con el régimen representativo, estipulado en los artículos 1 y 22 de la Carta Fundamental (v. gr. Linares Quintana, 1959: 73, 74).

Las *reglas* son imperativos específicos que enlazan las condiciones de aplicación o el supuesto de hecho con la consecuencia jurídica, de forma tal que, si no se dan esas condiciones, no se aplican las consecuencias. En cambio, los *principios* son imperativos que disponen de una dimensión de peso, pues funcionan como razones que deben tenerse en cuenta y ponderarse entre sí a los fines de su aplicación. Esto se traduce en que las *reglas* definen razones definitivas o perentorias, mientras que los *principios* ofrecen razones *prima facie* o no concluyentes. Como correlato, la aplicación de las *reglas* es una cuestión de todo o nada –en el sentido de que se cumplen o se incumplen–, mientras que la aplicación de los *principios* es una cuestión gradual –en el sentido de que se aplican en mayor o menor medida– (Dworkin, 1977).

A su vez, dentro de la categoría de principios existe dos distinciones relevantes. Por un lado, Alexy distingue entre los *mandatos de optimización* y los *derechos fundamentales*. Los *primeros* son directrices que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida que permiten las posibilidades jurídicas y reales existentes, en tanto que los *segundos* prescriben una solución determinada (1986: 86). Por otro lado, Waldron (2019) recientemente distingue dos tipos de principios jurídicos: los *caracterizadores* –*characterizing principles*– y los *normativos* –*normative principles*–. Los *principios caracterizadores* son los rasgos descriptivos que se encuentran en un determinado sistema legal –v. gr. el principio de *soberanía parlamentaria* en el régimen político británico–. Los *principios normativos*, en cambio, tienen una función normativa, en el sentido de que se supone que guían la conducta de los operadores del derecho –v. gr. legisladores, jueces, ciudadanos–. En ese contexto, los *principios normativos* –sean derechos o mandatos de optimización– pueden tener anclaje en el texto legal o constitucional –por ejemplo, cuando dice suscribir el principio de la *separación de poderes*, *democracia*, o *Estado de Derecho*–, o no tener ningún anclaje formal y emerger como un reflejo moral o abreviatura del conjunto de reglas y prácticas jurídicas de una comunidad. Dicho sea de paso, estos últimos forman el eje central del pensamiento no positivista de Dworkin (1977), para quien existen principios que emergen del conjunto de reglas jurídicas pese a que no han sido promulgados formalmente por las autoridades competentes para producir derecho. Es decir que ellos no tienen asidero en ninguna regla de reconocimiento, ni poseen formulación canónica, pero

forman parte del derecho y pueden ser usados por los operadores jurídicos para resolver *casos difíciles*.¹⁰

Hechas estas consideraciones conceptuales, debemos dilucidar qué clase de norma es el artículo 22. A nuestro juicio, la primera parte del artículo 22 de la Constitución formula un *principio de tipo jurídico normativo* de la especie de *mandato de optimización*, en el sentido de que señala un fin que debe ser alcanzado en mayor o menor grado de acuerdo a las posibilidades reales o jurídicas. Aquel no puede ser un *principio caracterizador* porque se encuentra dentro de un texto que es esencialmente normativo, que aspira a guiar la conducta de la ciudadanía en el acceso al poder, en el ejercicio del poder, y en la distribución de cargas y beneficios de la cooperación social. Tampoco puede ser un *derecho fundamental*, ya que los elementos centrales del enunciado son *participa y delibera por medio de sus representantes*, que introducen dimensiones de peso y que indican un estado de cosas que debe alcanzarse en la mayor medida de lo posible, más desde la reforma de 1994 con la introducción de los artículos 39 y 40.

El carácter de principio jurídico del artículo 22 hace que sus implicaciones normativas no sean como las que caracterizan a las reglas jurídicas. Su función es la de aportar razones orientadas *en un cierto sentido*, pero dichas razones deben siempre sopesarse con otros principios que compiten por definir una solución concreta. Y es que así funcionan los principios, pues no son como algoritmos que despliegan un camino automático y sencillo una vez que se introducen ciertas coordenadas. Como dijimos, no operan como razones perentorias una vez que se cumplen unas condiciones detalladas de aplicación. Los principios son *prima facie* y deben ser ponderados frente a otros principios que pugnan en direcciones contrarias (Waldron, 2019).

Una vez caracterizada la primera parte del artículo 22 *como principio jurídico normativo* —específicamente como *mandato de optimización*—, podríamos apresurarnos a preguntar: ¿qué reglas jurídicas concretas se derivan del artículo 22? Para debe tenerse en consideración que ninguna regla se deriva

10. El ejemplo famoso de Dworkin es el caso *Riggs vs. Palmer*, en el cual un juez debía declarar heredero a una persona que había contribuido a la muerte del causante, pese a que la ley no estipulaba dicho extremo como causal de desheredación. La Corte, para resolver el caso, apeló al principio de que *nadie puede aprovecharse de su propio fraude, sacar ventaja de sus errores, o adquirir propiedades de sus víctimas*. Así, entendió que este principio encontraba fundamento en el espíritu de la ley, aun cuando no se encontraba plasmado en ningún texto jurídico concreto (Dworkin, 1977).

de un único principio jurídico. Más bien, las reglas son el resultado práctico de la confluencia de una pluralidad de principios jurídicos que coexisten al interior de las constituciones con el cometido de orientar la acción del Estado y la sociedad. De hecho, como venimos argumentando, en la Constitución Nacional, el referido principio del artículo 22 convive con otros principios –en particular, con la soberanía popular–. Entonces, tenemos que ponderar todas las directrices involucradas, por lo que cabe reformular la pregunta del modo siguiente: ¿qué reglas jurídicas atinentes a la participación ciudadana en el manejo de los asuntos políticos pueden ser derivadas del conjunto de principios reconocidos por la Constitución argentina?

Tal como lo hemos señalado, la respuesta no se halla libre de tensiones contrapuestas. Así pues, en la actualidad encontramos las siguientes guías normativas. *En primer lugar*, tenemos el artículo 22, que dice, en términos generales, que el pueblo no gobierna ni delibera sino *por medio* de sus representantes. *En segundo lugar*, tenemos el artículo 1, que reconoce el principio republicano, junto con formas de participación no contempladas explícitamente y que surgen del principio de soberanía popular (art. 33, vigente desde 1860, y art. 37, vigente desde 1994).¹¹ *En tercer lugar*, tenemos el artículo 39, que reconoce la facultad de la ciudadanía de plantear propuestas de leyes mediante la recolección de firmas, y que deja para una ley reglamentaria la regulación tanto de sus efectos como del procedimiento. *En cuarto y último lugar*, tenemos el artículo 40, que concede –por un lado– al Congreso la potestad de consultar al pueblo con carácter vinculante, y –por otro lado– al Congreso y al Poder Ejecutivo la potestad de realizar consultas no vinculantes en aquellas materias que forman parte de las facultades privativas de ambos.

A la luz de estos principios y piezas de derecho, entendemos que resulta infundado sostener que la Constitución Nacional prohíbe la adopción –por vía legal– de las *iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas*. Esa supuesta prohibición o regla jurídica no surge del artículo 22, que simplemente sostiene que *el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes*.

11. Por su parte, los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional a partir del nuevo artículo 75 inciso 22, contemplan el derecho a la participación ciudadana con la finalidad de promover la democracia directa en los asuntos relacionados con la política en general (art. 23.1 Convención Americana de Derechos Humanos; art. 21.1 Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 20 Declaración Americana de Derechos Humanos).

Este principio es perfectamente compatible con la recepción de las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas*, por cuanto en ellas la intermediación de los representantes está asegurada. El artículo 22 establece un mandato de optimización en materia de participación ciudadana, con la condición de que se asegure la intermediación de los representantes. El Congreso tiene libertad para decidir qué asuntos, bajo qué procedimientos y con qué efectos, se regula la participación ciudadana, siempre que se asegure la intermediación de las autoridades representativas.

Luego de la reforma de 1994, la expresión *por medio de* no puede significar que la autoridad final tiene que estar exclusivamente en manos del Congreso, toda vez que este puede decidir delegar dicha autoridad al pueblo en su conjunto –conforme al nuevo artículo 40–. La frase *por medio de* solo puede significar *intermediación*, de lo contrario el propio artículo 40 sería inconstitucional. Esta implicación se robustece cuando traemos a colación el principio de soberanía popular, reconocido en el artículo 33 y reafirmado en 1994 por el nuevo artículo 37. En este cuadro, *soberanía popular* no puede significar algo distinto que facultar al conjunto de personas de una comunidad para expresarse y votar con carácter vinculante sobre una cuestión que les importa.

En otras palabras, a partir de la reforma constitucional de 1994, consideramos que el balance razonable entre el principio del artículo 22 –por un lado– y los postulados de los artículos 1, 33, 37, 39 y 40 –por el otro–, permite concluir que la adopción de las iniciativas ciudadanas de referéndum *indirectas* está permitida. Asimismo, si el Congreso tiene autoridad para llamar a una consulta popular vinculante (art. 40) sin entrar en contradicción con el artículo 22, entonces no existen razones para negar su autoridad en aras de regular las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. De hecho, y como ya mencionamos, algunas intervenciones del bloque mayoritario y de otros partidos en la Convención Constituyente de 1994 entendieron que el artículo 39 no cierra la puerta a ninguna forma de participación ciudadana, sino que deja abierta la cuestión para que una ley reglamentaria lo decida en el futuro.

Distinto es el supuesto de las iniciativas ciudadanas de referéndum *directas*, las cuales sí quedan claramente prohibidas. Dicha lectura obedece a que esta modalidad no asegura la intermediación de las autoridades representativas que exige el artículo 22. De cualquier manera, creemos que esta prohibición es una buena noticia, ya que hoy en día se entiende que los mecanismos

de democracia directa activados por la ciudadanía no aspiran a circunvalar a las autoridades representativas, sino que funcionan como un instrumento más de la democracia representativa. Aún más, ellas mismas canalizan una especie de representación política —la del grupo promotor con sus firmantes—.

En síntesis, no queremos defender que la Constitución argentina obliga a adoptar las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. Nuestro argumento es que de la lectura en balance de, por un lado, el artículo 22 y, por otro lado, el principio de soberanía popular no cabe derivar ninguna regla jurídica precisa que las prohíba. Tampoco tiene asidero empírico ni teórico ver a las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas como amenaza a la democracia representativa (Altman, 2019; Qvortrup, 2014; Ruth, Welp y Whitehead, 2017). Según creemos, ningún tribunal podría ofrecer razones de peso, a la luz de estos principios, para declarar la inconstitucionalidad de una ley que recepte las iniciativas ciudadanas de referéndum en su formato *indirecto*.

5. Propuesta de regulación legislativa de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas

En respuesta a las críticas que hemos explicitado respecto de la exclusión política de la ciudadanía, y una vez despejada la posibilidad de que el Congreso reglamente las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas, a continuación, propondremos los rasgos que podrían asumir dichas instancias participativas en una eventual y futura regulación legislativa.

En la ley reglamentaria de las iniciativas ciudadanas de referéndum de tipo indirecto en Argentina, creemos que deberían tenerse en consideración los siguientes aspectos. Ante todo, del análisis comparado surge que la regulación en América Latina durante la etapa fundacional ha sido, con la excepción de Uruguay, bastante deficitaria, al punto de que allí donde han sido receptadas, su implementación práctica ha sido escasa (Welp, 2013). Una explicación plausible de este pobre uso reside en los obstáculos legales: umbrales elevados, materias prohibidas muy amplias, controles sustantivos muy exigentes, incertidumbre acerca de los requisitos para recoger firmas, falta de información acerca de los plazos para que las autoridades certificadoras se

expidan, o incluso, la necesidad de contar con la autorización del Congreso una vez que se reúnen las firmas (Linares y Welp, 2019).

La exigencia de umbrales demasiado elevados en poblaciones muy grandes vuelve inviables a las iniciativas ciudadanas de referéndum en la práctica. En Uruguay, por caso, a pesar de que los umbrales son altos en perspectiva comparada –10% para las iniciativas ciudadanas de reforma constitucional y 25% para las derogatorias–, el tamaño pequeño de su población de votantes hace que no sean insuperables. Pero en un país como Argentina, el 25% significaría condenar las iniciativas ciudadanas de referéndum al cementerio de las normas *vigentes en los libros*, pero inaplicables en la práctica. Por ello, el 1% parece resultar razonable, quizá con un criterio de distribución geográfica –por ejemplo, aquel según el cual es necesario que al menos 4 provincias aporten por separado un 5% de las firmas–.

Otra regulación inapropiada es la de consignar *prohibiciones genéricas substantivas*;¹² nos referimos a expresiones tales como las que aluden a *leyes que restrinjan los derechos*. Sin perjuicio de ello, la consignación de *materias prohibidas* –v. gr. penal, presupuestaria–, tal como lo estatuye el artículo 39 vigente, a nuestro modo de ver implican restricciones a la participación ciudadana sobre asuntos públicos de relevancia. Sin ir más lejos, con arreglo al texto constitucional, estaría prohibido recoger firmas para convocar un referéndum sobre la regulación del aborto, un asunto sobre el cual no tenemos ningún reparo en que sea delegado a la decisión de la ciudadanía –no obstante, creemos que el Congreso puede convocar una consulta popular sobre el aborto, pues las restricciones del artículo 39 no aplican al artículo 40–. En ese sentido, vemos con simpatía la tradición suiza, donde prácticamente no existen prohibiciones sustantivas. De ser viable una reforma constitucional, nosotros propugnamos eliminar dichas prohibiciones. Sin embargo, mientras dicha reforma no tenga lugar, deben respetarse las distintas restricciones que

12. De añadirse nuevas limitaciones, sería importante que la nueva reglamentación evite la fórmula de las *prohibiciones genéricas substantivas*, del estilo *leyes que restrinjan los derechos humanos* o *leyes que afecten los egresos del Estado*. Estas fórmulas requieren de evaluaciones empíricas sobre las consecuencias prácticas de las leyes, una evaluación que, en abstracto y *a priori*, siempre es difícil de realizar y se presta a arbitrariedades. El margen de estas arbitrariedades se amplía aún más en sistemas judiciales con tribunales constitucionales que ejercen el control previo y concentrado de constitucionalidad, pues por regla general estos tribunales están llamados a intervenir en materia abstracta.

establece la norma. De hecho, la iniciativa ciudadana de referéndum tramitaría previamente como una iniciativa de agenda, por lo que las prohibiciones del artículo 39 se le aplicarían directamente y una ley reglamentaria podría desconocerlas, so pena de inconstitucionalidad.

A su vez, entendemos que convocar a un referéndum, cuando se reúnen las firmas y se cumplen con los requisitos legales, no requiere de autorización o aprobación del Congreso, ni de ninguna otra autoridad. Al contrario, supeditar el referéndum a una previa autorización del Parlamento significa desvirtuar la naturaleza del instituto (Linares y Welp, 2019). Es importante, además, que la ley consigne los plazos en los que las autoridades deban expedirse para admitir o no el proceso de recolección de firmas o certificar su validez, ya que muchas iniciativas pueden ser paralizadas mediante la falta de pronunciación al respecto. Para resolver este punto, debiera establecerse el silencio positivo, según el cual la ausencia de decisión en un determinado plazo significa admisión del proceso de recolección o certificación de las firmas.

Una eventual y futura ley reglamentaria de estas formas de participación tampoco debiera soslayar los recientes desafíos que se abren con los avances tecnológicos. Las nuevas tecnologías están desafiando la concepción clásica sobre las iniciativas ciudadanas de referéndum. En esa línea, se vislumbran, por lo menos, los siguientes cuatro *modelos de recogimiento de firmas*:

a) *Modelo clásico*: se trata de recoger firmas manuales, como tradicionalmente se hace en Suiza y en los Estados de Norteamérica (Qvortrup, 2014). Aquí existen dos variantes: *con plazo legal* y *sin plazo legal*. En el *primer supuesto*, la autoridad competente es la encargada de proveer los formularios oficiales, y los responsables de recoger las firmas deben hacerlo dentro del plazo legal indicado. En el *segundo supuesto*, la gente puede descargar los formularios de la web o solicitarlos a la autoridad competente, y firmarlos, hasta completar el umbral. Una vez completado, se entregan ante las autoridades respectivas para activar el trámite del referéndum (Hoesly, 2005).

b) *Modelo digital*: consiste en autorizar, a veces en conjunción con la recolección manual de firmas, el recogimiento de firmas digital —*blockchain* podría alzarse como una plataforma útil en ese sentido—. Finlandia, por caso,

ya permite el recogimiento de firmas digital para las iniciativas de agenda, lo mismo que la iniciativa ciudadana de agenda europea.¹³

c) *Modelo de prerreferéndum*: este es el prototipo uruguayo, según el cual el grupo promotor, tras reunir un mínimo de firmas de respaldo, puede designar cuatro o cinco días para que la ciudadanía concurra a los sitios oficiales, previamente definidos por la autoridad electoral, con el fin de depositar su apoyo a la propuesta. Si se reúnen los apoyos necesarios, la iniciativa pasa a sede legislativa para su tratamiento. La virtud que tiene el prerreferéndum es que garantiza la confidencialidad de los firmantes y socializa parte de los gastos de la campaña (Linares y Welp, 2019).

d) *Modelo deliberativo*: radica en combinar un umbral de firmas bajo –v. gr. el 0,2%–, que puede ser recolectado por vía digital, manual o ambas, de la mano de una asamblea de ciudadanos sorteados con competencia para autorizar o no la iniciativa. Si la autoriza, la iniciativa prosigue su camino en sede legislativa, mientras que si es rechazada –o el Congreso no la trata– entonces desemboca en un referéndum. Este modelo *condorceteano* (Linares, 2017) de iniciativas ciudadanas de referéndum aún no ha sido experimentado plenamente en ningún país en el nivel nacional, y solo el municipio de Madrid –a través de *Decide Madrid*¹⁴– ha avanzado en este formato, pero su desempeño es muy reciente como para sacar conclusiones.¹⁵ A primera vista, este modelo parece maximizar las ventajas de la democracia deliberativa, por cuanto una asamblea de ciudadanos comunes, en pie de igualdad, con información adecuada y en un entorno discursivo, sería la responsable de decidir llevar adelante una iniciativa. Al mismo tiempo, atempera o evita los problemas del recogimiento de firmas clásico –v. gr. fraude, coacción, mercantilización del proceso, ignorancia de los firmantes–. Sin embargo, trae otros problemas, como el de su financiamiento, ya que reunir una muestra descriptiva de la población durante un mes o más tiempo tiene un costo económico bastante alto, aunque parangonable con el costo que demanda el recogimiento de firmas clásico con una población muy grande.

13. Al respecto, véase <https://citizensclimateinitiative.eu/es/>

14. Al respecto, véase <https://decide.madrid.es>

15. Véase *La Vanguardia* (2008).

A la luz de estas cuatro posibilidades expuestas, se nos ocurre que una ley futura en Argentina bien podría dejar en manos del grupo promotor la decisión atinente a cuál de los cuatro modelos seguir, con el añadido de que la financiación de la asamblea de sorteados debería correr por cuenta del grupo promotor. No obstante ello, la organización y administración de la asamblea, debería estar siempre en manos de una institución oficial neutral —como la autoridad electoral, en este caso la Cámara de Casación Electoral—.

Si se opta por el modelo de recogimiento clásico de firmas, la ley debería estipular recaudos tales como: los recolectores de firmas deben llevar consigo el texto completo de la iniciativa; los firmantes deben rellenar por su cuenta todos los datos, so pena de invalidación del formulario; los formularios deben contener el título y la síntesis; y si recolectores son contratados, deben llevar consigo, en un lugar visible, la advertencia *algunos recolectores están siendo pagados*¹⁶ (Hoesly, 2005). Pero quizá sería interesante emplear un sistema mixto, de modo tal que, si las firmas recogidas alcanzan, por ejemplo, un 2%, la asamblea de sorteados ya no tiene el poder de autorizar la iniciativa y pasa simplemente a expedirse —en carácter informativo— sobre las virtudes o defectos de la propuesta, la cual seguirá su curso y el votante al final del día, en caso de convocarse un referéndum, tendrá acceso a la opinión de la asamblea de sorteados.

Además, la ley reglamentaria tendría que asegurar que cuando se reúnan las firmas o cuando la asamblea de sorteados lo autorice, el grupo promotor de la propuesta se reunirá con los legisladores en la comisión legislativa respectiva, en sesiones cerradas y abiertas. Debe asegurarse que al menos una de esas sesiones sea pública. Los legisladores y el grupo promotor pueden acercar posiciones y cambiar el texto de la propuesta. Si hay consenso y si los delegados de los firmantes aceptan la contrapropuesta de los legisladores, luego pasará al plenario y será aprobada. Si no hay consenso y si en comisión plenaria se rechaza la iniciativa ciudadana, entonces el Congreso podrá plantear una contrapropuesta legal, caso en el cual se convocará un referéndum popular en el que se someterá a votación la propuesta ciudadana y la contrapropuesta del

16. El régimen de Oregon, por caso, es interesante en esta línea, pues establece como delito mentir sobre el contenido de las iniciativas y recoger firmas falsas o inválidas, así como hacer firmas falsas o firmar dos veces. Es un delito dar y recibir dinero a cambio de una firma. Es ilegal vender o comprar formularios firmados. El jefe de la comisión es responsable por los delitos de sus recolectores, a menos que lo haya notificado al Secretario de Estado. La publicidad falsa sobre las iniciativas está prohibida (Hoesly, 2005: 1199).

Congreso. Los votantes podrán votar por *sí* o por *no* de ambas propuestas, como así también expresar cuál de ellas ha de prevalecer en el supuesto de que las dos reciban la mayoría absoluta de votos.

Por otro lado, para ahorrar costos, el referéndum podría realizarse de manera concurrente con las elecciones de representantes o con las elecciones de precandidatos (Primarias Abiertas Simultáneas y Obligatorias). Como contracara de este ahorro, debe tenerse presente el hecho de que acumular en un único sufragio tanto la elección de representantes como la decisión sobre determinados asuntos, dificulta la deliberación pormenorizada de cada aspecto por separado. A su vez, si se opta por el recogimiento clásico de firmas, detrás de las papeletas debe figurar el argumento central de la mayoría de la asamblea de sorteados –en caso de haberse optado por esta vía–, con los votos que lo respaldan, el argumento central de la mayoría legislativa que se opone, con los votos que la respaldan, y los dos principales financiadores de cada propuesta con los montos gastados en publicidad. ¿Por qué detrás de las papeletas? Porque hay estudios empíricos que revelan que solo la mitad de los votantes leen los boletines o guías del votante que se entregan a la ciudadanía antes de emitir el voto en referéndum (Burnett, Garrett y McCubbins, 2010).

Finalmente, si se aprueba la iniciativa en referéndum, el Congreso solo puede modificarla durante el período legislativo en caso de reunir 2/3 de los votos de los miembros.¹⁷ El Congreso del período legislativo subsiguiente puede modificarla o derogarla por mayoría absoluta de votos de los miembros, siempre que haya pasado un año de instrumentación de la misma.

En suma, estos son, sin pretensión de exhaustividad, algunos de los recaudos más importantes que debería tener presente una eventual ley reglamentaria de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas. Argentina debería aprovechar lo mejor de las experiencias comparadas sobre la materia, pero sin tener miedo a innovar frente a los desafíos que presentan las nuevas tecnologías.

17. Garret y McCubbins adoptan un posicionamiento similar (2007). A su vez y por su parte, la Constitución de California prohíbe a la Legislatura derogar o modificar una iniciativa aprobada en referéndum. Esta regla prácticamente supone instaurar una especie de *rigidez* popular de algunas normas.

6. Conclusiones

A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994, son muchos los balances críticos que pueden esbozarse. Particularmente, aquí nos propusimos evaluar los avances, retrocesos y desafíos institucionales aún pendientes de la participación ciudadana en la articulación de los asuntos políticos ante el artículo 22 de la Constitución Nacional y la reforma de 1994. Dicho cometido estuvo motivado por las siguientes preguntas críticas: ¿la reforma supuso avances en términos democráticos o, más bien, supuso retrocesos?, ¿cuáles son los desafíos actuales de la participación ciudadana y qué posibilidades ofrece la Constitución?, ¿qué arreglos institucionales podrían proponerse para revertir la exclusión política y legitimar las decisiones públicas?

En respuesta a ese escenario, podemos afirmar que el artículo 22 –vigente desde la Constitución originaria y fruto de la influencia del constitucionalismo norteamericano– fue promulgado como una barrera a la participación ciudadana en la deliberación y adopción de decisiones constitucionales. A su vez, dicha interpretación ha estado en tensión con el principio republicano (art. 1, vigente desde 1853), como así también con formas de participación no contempladas explícitamente y que surgen del principio de soberanía popular (art. 33, vigente desde 1860). Sin embargo, desde la reforma constitucional de 1994, puntualmente con la incorporación de los artículos 39 y 40, la balanza se inclina a favor de la participación ciudadana y, derivadamente, a favor de un modelo de democracia más robusto. En ese marco, argumentamos que las iniciativas ciudadanas de referéndum, en su formato indirecto, están constitucionalmente permitidas. No obstante lo anterior, advertimos que la reforma de 1994 exhibe restricciones injustificadas desde una perspectiva democrática robusta, tal como sucede con las materias vedadas que trajo el nuevo artículo 39.

Después de todo, una *primera conclusión* es que, a la luz de las normas vigentes, el pueblo está constitucionalmente habilitado para deliberar y gobernar. Una *segunda conclusión* es que la regulación legislativa de las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas contribuirá a que la sociedad se sitúe en el centro de la escena constitucional. Una *última conclusión* es que, de cara al porvenir, el Congreso puede conservar las cosas tal como están –manteniendo solo las iniciativas de agendas– o avanzar hacia una democracia más participativa –regulando también las iniciativas ciudadanas de referéndum indirectas–.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (2017). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación.
- Alexy, R. (1986). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Altman, D. (2019). *Citizenship and Direct Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Argentina. Convención Constituyente (26/07/1994). *Diario de Sesiones*. 17° Reunión –Tercera sesión ordinaria (continuación)–. Santa Fe: Convención Nacional Constituyente.
- Besette, J. (1980). Deliberative democracy: The Majority Principle in Republican Government. En R. Goldwin y W. Schambra (eds.), *How democratic is the Constitution?* Washington: American Enterprise Institute.
- Burnett, G., Garrett, E. y McCubbins, M. (2010). The Dilemma of Direct Democracy. *Election Law Journal*, 9(4).
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press.
- Gargarella, R. (1995). *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño y Dávila.
- (2009). Injertos y rechazos: radicalismo político y trasplantes constitucionales en América Latina. En R. Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional: tomo I*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- (2015). *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz Editores.
- (2016). Creación constitucional en sociedades plurales. La estrategia de acumulación. *Anales de la Universidad de Chile*, (10).
- Habermas, J. (2008). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). *El Federalista*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hoesly, C. (2005). Reforming Direct Democracy: Lessons from Oregon. *California Law Review*, 93(4), 1191.
- La Vanguardia (17/11/2008). *Dos sorteos elegirán a los vocales del renovado Observatorio de la Ciudad, que tendrán dietas de 60€ por asistencia*. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/local/madrid/20181117/452984630426/dos-sorteos-elegiran-a-los-vocales-del-renovado-observatorio-de-la-ciudad-que-tendran-dietas-de-60-por-asistencia.html>
- Linares Quintana, S. (1959). *Gobierno y administración de la República Argentina: tomo I*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Linares, S. (2017). Democracia y sorteo de cargos. *Daimon Revista Internacional de Filosofía*, (72).
- Linares, S. y Welp, Y. (2019). Las iniciativas ciudadanas de referéndum en su laberinto. *Revista Latinoamericana de Política Comparada, CELAEP*. (En Prensa).

- Martínez Zorrilla, D. (2007). *Conflictos constitucionales, ponderación e indeterminación normativa*. Madrid: Marcial Pons.
- Negretto, G. E. (2016). El poder constituyente en la tradición constitucional americana: el legado problemático de los escritos federalistas. *Revista chilena de derecho*, 43(3).
- Paine, T. (1995). *Rights of Man. Collected Writings*. Nueva York: Library of America.
- Qvortrup, M. (2014). *Referendums around the World*. Londres: Palgrave MacMillan.
- Rosanvallón, P. (2007). *La contrademocracia: la política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires: Ediciones Manantial.
- Ruth, S., Welp, Y. y Whitehead, L. (eds.) (2017). *Let the people rule? Direct democracy in the twenty-first century*. Colchester: ECPR Press.
- Waldron, J. (2019). *Non-normative Principles*. Recuperado de <https://ssrn.com/abstract=3400296>
- Welp, Y. (2013). Mucho ruido y pocas nueces: mecanismos de democracia directa y poder ciudadano. Recuperado de <http://www.condistintosacentos.com/mucho-ruido-y-pocas-nueces-mecanismos-de-democracia-directa-y-poder-ciudadano/>