

PRIMERAS JORNADAS PARA JÓVENES INVESTIGADORES EN
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES: SOCIEDAD, DERECHO Y ESTADO EN CUESTIÓN

EL CONSTITUCIONALISMO COMO AMENAZA PARA LOS DERECHOS

Por Lucas Arrimada*

“No se debería poner un poder extraordinario en manos de ningún individuo.... no importa que se le llame presidente, rey, emperador, senador o por cualquier otro nombre que la inteligencia o la necesidad inventen o la arrogancia tome”.

Thomas Paine, *Derechos del Hombre*, 1792.

1. A modo de introducción. Encontramos muy arraigada una asociación común en el pensamiento legal y social que identifica al constitucionalismo moderno inherentemente vinculado a los derechos humanos. Si estudiamos la historia de las constituciones a nivel comparado resulta difícil conciliar su pasado con esa proyección imaginaria. El constitucionalismo moderno es resultado de complejos e intensos -nada pacíficos ni desinteresados- procesos sociales, económicos y políticos superpuestos. En esos procesos, podemos encontrar a las Revoluciones Norteamericanas y Francesa, inmersas en sus cuerpos doctrinales y legales que impulsaron textos constitucionales que dejarán una marca en el pensamiento político y legal de toda la modernidad. Sus pensadores -los conocidos y desconocidos- y actores políticos de vuelo, desde Madison a Paine, de Rousseau o Lafayette, fueron protagonistas de privilegio y autores de primer nivel a la hora de explicar las ideas de las épocas. Esos procesos de conquista política y de desarrollo económico de una clase, la burguesía -con nobleza en Francia, sin nobleza pero con autoridad colonial en Estados Unidos-, fue el motor de la revolución del capitalismo que emergía en plena era de la revolución industrial. Fuerzas convergentes y complejas que en su intersección provocaban textos constitucionales tensionados por las diferentes fuerzas generacionales y culturales. En ellas batallan pasado y presente, economía versus sociedad, política del progreso y reacción conservadora. A todos esos procesos, en el constitucionalismo latinoamericano se le deben sumar particularidades autóctonas, procesos sociales y las cosmovisiones surgidas en tiempos coloniales y de independencia nacional, propios de cada contexto y cultura política (Palti, 2007:254).

La evidencia historiográfica no nos permite afirmar que el constitucionalismo fuese inicialmente igualitario y democrático. Justamente lo opuesto es lo que aparece a la luz de un análisis, incluso superficial y caritativo con el

* Abogado (UBA). Doctorando UBA. Becario CONICET. Docente de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho. UBA. Miembro Adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja". Integrante de la Comisión de Jóvenes Investigadores en Derecho y Ciencias Sociales.

constitucionalismo. Casi con unanimidad las constituciones modernas fueron textos dirigidos a frenar a las fuerzas mayoritarias y a defender algunos derechos por sobre otros. Específicamente, conceder más poderes institucionales a las minorías propietarias que a las no propietarias, defender a los acreedores y no a los deudores, negar derechos a las mujeres, a los mestizos, a los afroamericanos o mulatos -en la mayoría de los territorios esclavos o sojuzgados-, a los gauchos y criollos, a los pobres, etcétera. Mientras las asambleas constituyentes se realizaban a puertas cerradas, sin publicidad o apertura social, sin siquiera plena representación política, esos textos terminaban de concederle -a través de procesos formales o fácticos- a una minoría propietaria, por ejemplo en Estados Unidos o a una aristocrática nobiliar en Francia, inmensa preponderancia en el sistema constitucional.

Las fuerzas sociales que llevaron adelante los procesos constitucionales tuvieron claros sesgos de clase, raciales y de género (Beard: 1913). Durante mucho tiempo existieron cláusulas abiertamente discriminatorias en muchas constituciones latinoamericanas. Piénsese, el caso del requisito de "dos mil pesos fuertes" en el artículo 55 de la Constitución Nacional. Incluso aquellos textos que contenían nominales referencias a la igualdad convivían con groseras desigualdades respaldadas por las legislaciones infra-constitucionales y sostenidas por un sistema político y social conscientemente comprometido con esas injusticias.

La exclusión mayoritaria es la característica primordial de las primeras asambleas constituyentes y del mismo constitucionalismo. James Madison, lo reflejaba cuando sostenía que el "trono de la Razón" debía ser resguardado de las "pasiones mayoritarias" (Gargarella: 2001). Así, en Estados Unidos, cincuenta y cinco personas -aunque la constitución será firmada solamente por treinta y nueve-, varones, blancos y propietarios, representantes de trece estados -en la actualidad existen cincuenta- dictaron el texto constitucional que sigue vigente y que únicamente fue modificado a través de un proceso de enmiendas que mantiene aquel texto original inalterado. Ese texto canónico es, recordemos, la primer Constitución escrita de la modernidad y la única que nunca se reformó. El *We, the People* parece ser una ficción, mera retórica republicana y que opera como pantalla para exclusiones históricas (Dahl, 2003:10).

La Constitución Nacional Argentina no tiene una apelación inicial y directa al pueblo, sino que alude a sus representantes, ocultando la soberanía popular. "Nos, los representantes del pueblo.." evoca a una asamblea constituyente, incluso en el marco de las exclusiones históricas que podrían caracterizar esos tiempos, con cierta legitimidad de origen. Pero nuevamente las ficciones constitucionales nos juegan una mala pasada. Los 24 "representantes" de la convención constituyente de 1853, tuvieron muy poco de representantes y una ficticia legitimidad popular. En dicho contexto, los procesos democráticos eran un futuro indeseable, a evitar, la amenaza de la anarquía del "bajo pueblo" (Di Meglio, 2006:255,309). Hoy, la impronta antidemocrática es identificable en el texto y sus déficit igualitarios, muy a pesar de las reformas parciales, permanecen como marca distintiva del constitucionalismo contemporáneo.

Los textos constitucionales no fueron dictados por sistemas ni republicanos, ni representativos, sino de corte clasista y aristocrática. Los dueños de la tierra, los propietarios y hacendados de su tiempo, incluso dueños de provincias enteras, estirpes pseudo feudales o con esclavos, fueron los que protegieron sus derechos con su poder caudillista, tomando recaudo que sus intereses económicos y estratégicos sean representados (Saguié, 2007:105).

En nuestros días, cabe apuntar, aquellas fuerzas políticas y sociales, con apoyo en el mundo académico, que quieran tomar al constitucionalismo como un aliado estratégico para la lucha por la igualdad (de clase o de género), debe recordar su pasado y sus reglas internas, que suelen dificultar aquellos cambios sociales y legales que los procesos políticos mayoritarios y democráticos impulsan. Fue la democracia como práctica social y política la que alcanzó lo que las constituciones y el derecho les negaron a los grupos desaventajados, afroamericanos o mujeres. Fue la acción colectiva ascendente la que le permitió expandir progresivamente sus horizontes como grupo bajo regímenes de opresión o de dominación.

La democracia es un compromiso relativamente reciente de los gobiernos constitucionales. Lo mismo opera para los Derechos Humanos, que van mucho más allá de los derechos individuales e incluso pueden entrar en conflicto con estos últimos. Si bien el "*Bill of Rights*" fue una revolucionaria declaración de derechos en tiempos de la monarquía, sus silenciosas exclusiones, su selectividad, se observaron claramente. Ni las mujeres, ni los afroamericanos, ni otros grupos tendrán esos derechos. El constitucionalismo tuvo que esperar aproximadamente 150 años para expandir esos derechos, a través de los movimientos sociales, partidos políticos (históricamente indeseados por fomentar a las "facciones") y hacerlos universales. La universalidad de los derechos humanos es una conquista de las últimas décadas. Y sobre todo, cabe remarcar, es una conquista de la política democrática que la protege y expande en su acción cultural cotidiana.

Nuestra Constitución Nacional, a toda luz, parece debilitar las posibilidades de las prácticas democráticas cuando en su Artículo 22 afirma "que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes" y, a continuación, amenaza con un poder coercitivo en caso de que grupos de personas se arroguen representarla. Pretendiendo anular, de esta forma, toda posibilidad de movilización social que no sea unánime, super-mayoritaria e inclusiva en grado extremo. Incluso en este escenario, el artículo 22 podría ser interpretado prohibiendo los famosos "momentos constitucionales" (Ackerman: 1991) e instrumentalizarse para identificar esa práctica de las democracias contemporáneas como un caso de desobediencia civil injustificada y legalmente perseguible. Otros pasajes permiten entrar en un juego interpretativo menos severo, pero no atemperan ni reducen el temple conservador de este clásico artículo. Eso no agota los sesgos antidemocráticos de nuestra Constitución. Las diferencias entre Diputados y Senadores en edad, en duración y en el requisito del ingreso anual, se deben a un diseño frontalmente elitista. Las prioridades de ciertos cultos en la función ejecutiva que primó hasta 1994, una negación a la libertad de culto y a la igualdad religiosa que cualquier concepción fuerte de igualdad rechazaría; concepción que hoy unánimemente los tratados internacionales de derechos humanos reconocen e impulsan. Todo ello, parece plantear desafíos de reconciliación y fuertes tensiones hacia dentro del propio texto fundamental.

En el diseño de los derechos solamente encontramos parte de los peligros de las constituciones hacia los mismos derechos. En el diseño de las instituciones vemos con claridad el poder negativo, antidemocrático, de excepción que tienen las constituciones. No por ser un fenómeno republicano el constitucionalismo está exento de un perfil dictatorial y no carece de mecanismos para "restringir" -o directamente violar- los derechos individuales y sus garantías. Toda república puede tener como salida la dictadura, sobre todo en estados de crisis o emergencia, en definitiva, de excepción (Agamben: 2004). En estos contextos es cuando la figura de la excepcionalidad permite suspender esos derechos y concentrar institucionalmente el poder en una *dictadura comisarial* (Schmitt: 1985), en un presidente dictatorial (Rossiter: 1948). Esa dictadura no es un exceso de las personas que están en función ejecutiva

sino un objetivo deseado, pre-configurado en las Constituciones. La construcción de la dictadura constitucional es parte del diseño institucional de la norma fundamental.

En la historia argentina, esa excepcionalidad se profundizó con intensidad un 6 de Septiembre de 1930 -si bien se pueden rastrear violencia política y excepcionalidad, en tiempos pasados- con el golpe de Estado al gobierno constitucional que presidía Irigoyen (1918-1924/1928-1930). Solamente cuatro días después, una tristemente famosa Acordada de la Corte Suprema convalidará a las nuevas autoridades de facto. Los golpes de Estado y su reconocimiento legal fueron una práctica que consolidó toda una tragedia constitucional (Eskridge y Levinson: 1998). La magnitud del error, los altos costos de la tragedia no fueron suficientes para evitar su repetición, más allá de toda farsa. Así, esa historia se repitió específicamente en 1943. Además, a posteriori, en 1955, 1962, 1966, y 1976, los golpes de Estado, se reiteraron y siempre hubo dolor colectivo, represión militar, muertes y cicatrices sociales. Sin lugar a dudas, Argentina es un país que ha vivido situaciones extremas de emergencia y excepcionalidad. Las irregulares declaraciones de Estado de Sitio en Democracia de 1985, 1989, 1990, 2001, siempre han dado paso a días de luto y violencia política. Todavía hoy, ese tipo de excepcionalidad, no tan inusual, sigue configurado – retóricamente limitado y controlado- en las constituciones de la mayoría de las sociedades.

Las constituciones permitieron tanto Estados de excepción (como la intervención federal o el Estado de sitio) como normas de excepción. Éstas últimas, aparecen en la actualidad como decretos de necesidad y urgencia (CN, Art.99 inc. 3) y decretos delegados (CN, Art. 76). El poder ejecutivo tiene características propias de un dictador, “un rey sin corona, un monarca electo” tanto que en sus catálogos de facultades se le da el título, la potestad de ser *Jefe supremo de la Nación*. Las facultades materiales, meta-constitucionales y de excepción resultan evidente a la hora de analizar sus atribuciones. Por ejemplo, una facultad que entra en contradicción con cualquier gobierno que sea, efectivamente, el gobierno de las leyes, el *Rule of Law* y no de las personas, es la de facultad de indultar. En Argentina, su ejercicio incluyó, constitucionalmente, “suprimir” condenas que el mismo Estado de Derecho -con un proceso político, social y judicial histórico como fue el Juicio a las Juntas- había dado a los peores criminales, los representantes del mal absoluto en la historia reciente Argentina.

En contraste, en la actualidad, la nueva excepcionalidad parece estar constitucionalizada. Los decretos presidenciales fueron legalizados, luego que la Corte Suprema los haya “habilitado” irregularmente en fallos como “Peralta” (CS, Fallos: 313:1513 de 27/12/1990). En efecto, la reforma constitucional de 1994, con el objetivo de “atenuar el presidencialismo” configuró un sistema de controles demasiado laxos para una facultad tan enorme como peligrosa; lo que ha permitido usos descontrolados y abusos irresponsables. En lugar de adoptar ese diseño de frenos endebles y frágiles, resulta claro que debió reforzarse los controles exógenos del sistema político. El carácter delegativo de la república, post 1994, resulta peligroso para los derechos y para la misma práctica democrática.

Los Estados de excepción y las normas de excepción son un desafío para la sociedad democrática. Especialmente para la sociedad argentina que parece haber vivido todo su siglo XX en una constante emergencia política, tanto en etapas dictatoriales como -hacia fines del siglo pasado- con la consolidación de la democracia. El constitucionalismo, aquí, juega un doble rol de problema y solución, de forma y sustancia. Es el medio para solucionarlo, y al mismo tiempo es el problema. Una política constitucional democrática debería tener en cuenta que el diseño de la constitución es parte del problema y no sólo parte de la solución (Levinson: 2006).

Más allá de los déficits democráticos del sistema político y constitucional, de los peligros inherentes al poder concentrado, de la fragilidad de todo derecho, de los avances realizados, de los retrocesos evitados, debemos recordar: los horizontes no son todos negativos. El constitucionalismo no puede evitar el nacimiento de lo nuevo. Lo germinal surgirá dentro o fuera de su estructura, no importa que la política se intente congelar, frenar, limitar en su núcleo. Lo político, entendido como proceso emancipador, es indócil incluso para "los hijos", los productos, más clásicos de la política constitucional. De la mano de la política democrática, de herramientas inclusivas y prácticas sociales horizontales, será que la sociedad protegerá los derechos humanos y defenderá las prácticas culturales que consolidan su conciencia colectiva, y así generará cambios constituyentes y transformaciones sociales y -por supuesto- un nuevo lenguaje para el autogobierno democrático.

2. Los trabajos: En el presente capítulo, encontramos el ensayo de Miguel Godoy (UFPR-Brasil) "Constitucionalismo y democracia. Poder constituyente y soberanía: Un breve ejercicio de teoría constitucional" que toma esa tensión histórica para explorar un punto clave del Derecho Constitucional de todos los tiempos: El concepto de Poder Constituyente. En este punto, siempre se recuerda la íntima relación entre este concepto y lo indócil de lo político. La idea del poder constituyente como un poder excepcional, único e irrepetible, todopoderoso, también tiene relación con las doctrinas decisionistas de los Estados de excepción. Así, en otra cara del tema, Ramiro Riera (UBA) y su "Cuerpo y capital. Anatomopolítica del derecho procesal de los derechos humanos", junto con el trabajo de Griselda Iglesias (UBA) "El Estado de sitio en la constitución de 1853 y su posterior aplicación en el tiempo" y "Derechos Humanos y garantías en el Estado de Excepción" de Guido Puig Cicchini (UBA), intentan analizar los límites de la protección de los derechos humanos en los Estados de excepción a través de las garantías judiciales, con especial referencia a episodios paradigmáticos de Estados de sitios en la historia reciente de la democracia argentina.

Provenientes del muy interesante y activo panel "Derecho constitucional y Género", los trabajos "Colonialismo, *performance* y género: la saga de Lorena Bobbit" de Chloé Georas (UPR-Puerto Rico) y "Las acciones afirmativas en el derecho norteamericano" por Estefanía Ziliani (UBA) se suman al debate sobre el constitucionalismo y una agenda legal por los derechos de las mujeres. Por una lado, el ensayo de Ziliani explora una de las -relativamente- nuevas herramientas del constitucionalismo bajo el tardío Estado de bienestar y de las medidas político-administrativas resultantes de la conquista de los movimientos de derechos civiles, en especial, en Estados Unidos. Por otro lado, y finalmente, Chloé Georas analiza el histórico caso de Lorena Bobbit desde una perspectiva de los estudios de géneros que deconstruye y reconstruye las "miradas" sesgadas de diferentes esferas -mediáticas o judiciales- de la mujer frente a un caso extremo y públicamente resonante. Ambos trabajos invitan a expandir nuestras visiones, perder ingenuidades y nos tienden puentes hacia lo multidisciplinario con una crítica lúcida y un análisis detallado.

3. Epílogo: Educación legal y legitimidad. Desde las esferas de los operadores legales y de las comunidades académicas, hay grandes responsabilidades y mucho por hacer frente a los desafíos que nosotros, como jóvenes investigadores, identificamos. La enseñanza del derecho, especialmente del Derecho Constitucional, debe tener en cuenta los aspectos históricos y politológicos de los procesos sociales. El derecho nunca es autosuficiente como fenómeno social. Está atado a la política. En la actualidad a un tipo de política que está fuertemente arraigada en la

práctica social: la política democrática. Pensarlo como atado a una democracia deliberativa, horizontal, inclusiva, que entiende a la política como un proceso de diálogo, que no niega el conflicto político pero lo reconduce, que implica participación mayoritaria, no elitista, conlleva diversas consecuencias prácticas. Las comunidades académicas pueden generar una práctica de diálogo y discusión con el fin que, desde esa práctica, la educación vuelva a ser una práctica emancipatoria, en lugar de ser una instrucción embrutecedora, dogmática, instrumental (Ranciere: 2007). En lugar de ser un ámbito donde las instituciones buscan estudios amigables y legitimantes, a una esfera donde la sociedad deposita -al menos parte- de sus expectativas de estudios de librepensamiento exigente y crítico (Habermas: 1982) para hacer que los espacios institucionales y políticos tengan más legitimidad y mejores derechos. Esa práctica es la que proyectamos en la Jornadas y que las presentes ponencias exploran.

Bibliografía:

- Ackerman, Bruce (1991), *We, the People: Foundations*, Cambridge, Harvard University Press.
- Agamben, Giorgio, (2004), *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo.
- Beard, Charles (1913), *An economic interpretation of the Constitution*, New York, The Macmillan Company.
- Dahl, Robert (2003), *¿Es democrática la constitución de los Estados Unidos?*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Di Meglio, Gabriel (2006) *¡Viva el bajo pueblo!*, Buenos Aires, Prometeo.
- Eskridge, William y Levinson, Sanford -editors-, (1998) *Constitutional stupidities, Constitutional tragedies*, New York, New York University Press.
- Gargarella, Roberto (2000) *The scepter of reason*, Dordrecht, Kluwer.
- Habermas, J. (1982), *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus.
- Levinson, Sanford (2006), *Our undemocratic constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- Palti, Elias (2007), *El tiempo de la política*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- Ranciere, Jacques (2007), *El maestro ignorante*, Buenos Aires, Libros del Zorzal.
- Rossiter, Clinton (1948), *Constitutional dictatorship*, Princeton, Princeton University Press.
- Saguer, Julio (2007), *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Buenos Aires, Prometeo.
- Schmitt, Carl (1985), *La dictadura*, Madrid, Alianza.