



Los usos de la Constitución y los olvidos de la derecha

MAURO BENENTE (CONICET/UBA/UNPAZ)
1 DE MAYO DE 2016

I. La derecha y los usos de la Constitución

Mientras en las calles y espacios públicos de casi todo el mundo el primero de mayo se asocia con el día del trabajador y la trabajadora, en las oficinas de buena parte de los y las juristas, la memoria no nos direcciona ni a la huelga iniciada en Chicago en 1886, ni al acuerdo parisino de 1889 de la Segunda Internacional que imprimió en el primero de mayo un homenaje a los tres condenados a prisión y los cinco condenados a la horca, sino que las coordenadas apuntan al decreto firmado en 1853 por Justo José de Urquiza promulgando la Constitución Nacional, y a la semblanza ya no de mártires sino de un notable intelectual como fue Juan Bautista Alberdi.

Aunque a primera vista estos dos recuerdos parecen bien distintos y distantes, comparten un secreto. Un secreto, que tratándose de un recuerdo, resulta paradójico: el *olvido*. Tanto en las reflexiones sobre la utilidad de la historia para la vida que Friedrich Nietzsche escribió intempestivamente en febrero de 1874, cuanto en la descripción que setenta años después hizo Jorge Luis Borges de Ireneo Funes, resuena una melodía que amenaza con transformarse en discordancia: el *olvido* es necesario para la acción. Para actuar, para desarrollar el acto de *recordar*, necesitamos *olvidar*. Dicho de otro modo, y en este caso en compañía de Paul Ricoeur, ante la imposibilidad de recordar absolutamente todo, la apuesta es direccionarse hacia un trabajo del *recuerdo* que apele a un *uso razonado del olvido*. De lo que se trata es de revisar si en los *usos* actuales de la Constitución, en el empleo estratégico y táctico con el que se habla de la Constitución, es razonable lo que de ella *olvidamos*.

En la América Latina contemporánea, y en particular en el Cono Sur, el constitucionalismo andino –Ecuador modificó su Constitución en 2008 y Bolivia en 2009– irrumpió con interesantes novedades. También resultan atractivos las discusiones posconstituyentes puesto que los gobiernos sustentan su accionar en los textos constitucionales, pero la oposición, tanto de derecha cuanto de izquierda, critica esas acciones en nombre de esos mismos textos constitucionales. En un contexto de confrontación política, las Constituciones se transformaron en armas del campo de batalla política, pero también en terrenos de disputa interpretativa. En el caso de Brasil y Argentina, las presidencias de Lula da Silva y Dilma Rousseff, y de Néstor y Cristina Kirchner, rara vez motivaron sus acciones gubernamentales en la aplicación de la Constitución. Esto no quiere decir que la vulneraran, sino que no fue un argumento retórico empleado con frecuencia. Asimismo, mientras en Bolivia y en Ecuador la defensa de la Constitución se transformó en un arma empleada por derechas e izquierdas, en Argentina y en Brasil las oposiciones de izquierda rara vez articularon sus posturas en términos constitucionales, mientras que las derechas transformaron en bandera “la defensa de la Constitución”. En el caso argentino, la defensa de la Constitución emergió en el marco de balbuceos que acusaban al gobierno de Néstor y Cristina Kirchner de desplegar una política de confrontación más que de consenso, de avasallamiento de las instituciones republicanas, y en definitiva, de vulnerar la sacrosanta Constitución Nacional. En términos más generales y conceptua-

les, a la forma de gobernar desplegada por el Frente Para la Victoria (FPV) se opuso a la Constitución Nacional como un valor en sí mismo. Las derechas opusieron la lógica del gobierno a las premisas de la Constitución, y analizaron la legitimidad de la primera a la luz de la segunda.

Aunque no quisiera profundizar en este punto, no parece apropiado caracterizar al gobierno del FPV como violador sistemático de la Constitución Nacional. Al menos, no más avasallador que otros gobiernos –ninguno ha instaurado el juicio por jurados, ni hizo participar a los trabajadores de las ganancias de empresas, como se lee en la Constitución–. Es por ello que si tomamos la política del FPV en materia de retenciones al agro y medios de comunicación audiovisual, y la comparamos con las medidas adoptadas por Cambiemos, no observamos una grave vulneración a la Constitución.

La resolución 125 firmada en 2008 por el Ministro de Economía Martín Lousteau, fue dictada en uso de atribuciones del artículo 755 del Código Aduanero, que facultaba al Poder Ejecutivo a establecer derechos de exportación, y del decreto 2752/91 que había subdelegado estas atribuciones en el Ministerio. En medio del conflicto político suscitado, el Poder Ejecutivo envió un proyecto de ley con el contenido de la resolución, y una vez rechazado la derogó. El gobierno no estaba obligado a enviar el proyecto de ley ni a derogar la resolución una vez rechazado, pero en una muestra de institucionalidad procedió de ese modo. Sobre este asunto, hay que recordar que la reforma constitucional de 1994 estableció que la delegación legislativa que no tuviera plazo de vigencia caducaría en 1999 a menos que el Congreso la ratificara expresamente. Con las leyes 25.148, 25.645, 25.918, 26.135 y 26.519 se prorrogó ese plazo, y la última de las normas creó una Comisión Bicameral para evaluar la delegación legislativa. Ésta emitió un dictamen y para no perder vigencia las normas tenían que ser ratificadas antes del 25 de agosto de 2010, pero la entonces oposición –hoy oficialismo– no prestó el acuerdo y la delegación legislativa, dentro de la cual estaba el artículo 755 del Código Aduanero, caducó. Lo notable es que el decreto 133/2015, mediante el cual el actual Presidente eliminó y disminuyó las retenciones al agro, sí es inconstitucional porque se dictó en uso de facultades delegadas por el citado artículo 755, que no está vigente.

Sobre la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual podemos acordar en que hubie-

ra sido más atractivo un tratamiento parlamentario más intenso, puesto que el proyecto de ley ingresó el 27 de agosto de 2009 y fue aprobado el 10 de octubre, pero no hay que *olvidar* que el 18 de marzo de 2009 se había presentado un anteproyecto que fue discutido en veinticuatro foros públicos, recibiendo ciento treinta y nueve aportes. Además, el proyecto fue apoyado por diversos movimientos sociales y políticos –en particular por la Coalición por una Radiodifusión Democrática–. Por su lado, el Presidente Macri dictó un Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) para modificar la Ley de Ministerios y ubicar al AFSCA –el órgano de aplicación de la ley– dentro de la órbita del recientemente creado Ministerio de Comunicaciones, y luego dispuso su intervención. Esto motivó una medida precautelar que impedía realizar modificaciones en la estructura del AFSCA, pero el Presidente dictó otro DNU y reemplazó al AFSCA por el Ente Nacional de Comunicaciones. Desde 1999 la jurisprudencia de la Corte Suprema indica que estos decretos sólo pueden dictarse si el Congreso no puede reunirse por catástrofes naturales, o si la urgencia del caso es incompatible con los trámites parlamentarios ordinarios, supuestos que no existieron al momento dictar los DNU mencionados y por ello son inconstitucionales.

Si bien entiendo que buena parte de las medidas adoptadas por el gobierno del FPV respetaron la Constitución –incluso aquellas más criticables como la reforma a la Ley de Accidentes de Riesgos del Trabajo, la reforma al Consejo de la Magistratura, el veto al 82% móvil, etc.– no deseo ensayar una defensa de su institucionalidad. Me interesa remarcar las deficiencias de aquellos discursos de oposición, pero no tanto porque no sean aplicables al proceso político liderado por el FPV. Más bien, deseo subrayar los *olvidos no razonados* que lucen aquellas proclamas políticas, provenientes generalmente desde los espacios de derecha, que vinculan a la Constitución con el consenso, a la Constitución con el respeto a las instituciones. También deseo enfatizar los *olvidos* que están presentes en esta supuesta oposición entre gobierno y Constitución.

II. Constitución, acuerdos e institucionalidad. El primer mal recuerdo

El Soberano Congreso General Constituyente, reunido en Santa Fe, inició sus sesiones preparatorias el 15 de noviembre de 1852, y continuó su funcionamiento más allá del 1

de mayo de 1853. No contó con la participación de Buenos Aires, y en cumplimiento del Tratado de San Nicolás de los Arroyos, cada Provincia envió dos representantes. Todos hombres, de una posición social acomodada, doce eran abogados, tres eran clérigos, uno era militar. Como no podría ser de otro modo, en esta reunión privada entre notables caballeros, se selló un acuerdo liberal-conservador. Una dimensión del acuerdo supuso una lógica de negociación, y en ese marco los caballeros liberales incluyeron libertades civiles –tales como la libertad de expresión y cultos, el derecho de propiedad, y varias libertades mercantiles– mientras que los caballeros conservadores obtuvieron que el Estado sostuviera el culto católico apostólico romano, y que el Congreso sancionara leyes para evangelizar a las comunidades indígenas. No fue necesario rosquear sobre la organización de las instituciones políticas, puesto que tanto liberales como conservadores se abrazaron afectuosamente a la hora de impedir la participación popular. Es por ello que sentenciaron que “el pueblo no delibera ni gobierna”, diagramaron un Senado aristocrático elegido de modo indirecto y al que solamente podían acceder quienes acreditaran un ingreso anual de 2000 pesos fuertes, establecieron un Presidente con amplias facultades elegido de modo indirecto, e instituyeron un Poder Judicial oscuro, con magistrados vitalicios, y nombrados a propuesta del Presidente con acuerdo del Senado en una sesión secreta. Tan secreta como aquellas tertulias en las cuales se redactó la Constitución.

Ese acuerdo de caballeros, que estableció un diseño institucional alejado de la participación ciudadana, se articuló a partir de notables exclusiones: de mujeres, de sectores populares, de comunidades indígenas. Pero además se desarrolló cuando la sangre de la batalla, por definición opuesta a los consensos, todavía estaba fresca. La condición de posibilidad de esa tertulia entre caballeros no fue el acuerdo de San Nicolás, sino la batalla de Caseros. El antecedente de la Constitución no fue solamente el diálogo y el consenso de élites, sino fundamentalmente la guerra. Para realizar esta afirmación no hay que implantar los desarrollos de Walter Benjamin o de Michel Foucault, y trazar líneas de continuidad entre violencia o guerra y derecho e instituciones. Tampoco hay que apelar a un revisionismo histórico. Simplemente *no hay que olvidar* las últimas palabras que se pronunciaron en el Soberano Congreso General Constituyente aquel 1 de mayo de 1853. Alrededor de las cinco de la tarde –así se escribía en ese entonces–, el Presidente

de la Sesión, Facundo Zuviría, la cerraba con estas palabras “el 1° de Mayo de 1851 el vencedor de Caseros firmó el exterminio del terror y del despotismo. El 1° de Mayo de 1853 firmamos el término de la anarquía; el principio del orden y de la ley. Quiera el Cielo seamos tan felices en nuestra obra, como él fué en la suya”.¹

Asociar la Constitución con el acuerdo, supone *olvidar* los muertos en la batalla y la exclusión de amplios sectores sociales. Supone, en definitiva, *olvidar* justamente aquellos acontecimientos que impiden observar en la Constitución algo así como un acuerdo.

Sin embargo hay otros elementos que además de impedir asociar la Constitución con el consenso, obstaculizan vincularla con la institucionalidad. Realizar esta articulación implica *olvidar* las prácticas inconstitucionales y anti-institucionales que, paradójicamente, son las que permiten que el primero de mayo *recordemos* a la Constitución. En primer lugar, no es posible *olvidar* que la Constitución de 1853 estipulaba que durante los primeros diez años de vigencia el texto no se podría reformar y que cualquier proyecto de declaración de reforma debía iniciarse en la aristocrática Cámara de Senadores. Sin embargo, la Constitución fue reformada en 1860 –a los siete años de vigencia–, con un proyecto que se inició en la Cámara de Diputados. Finalmente, cabe destacar que el *recuerdo* de la Constitución implica el *olvido* de la Constitución de 1949 y el decreto 229/1956: dictado en el marco del gobierno *de facto* que se inició en 1955, el 27 de abril la firma de Pedro Eugenio Aramburu anuló la Constitución de 1949, reformada por una Convención Constituyente para cuya elección participaron por primera vez las mujeres.

III. Gobierno vs. Constitución

Así como para usar a la Constitución como emblema de acuerdos y de institucionalidad resulta más necesario *olvidar* que *recordar*, también es ineludible *olvidar* si nos proponemos realizar una oposición entre gobierno y Constitución. En este caso, hay que borrar de la memoria a nada más ni nada menos que las reflexiones de Juan Bautista Alberdi. Sus desarrollos son importantes, y sería problemático *olvidarlos*, porque buena parte de

1 Actas de las Sesiones Públicas del Soberano Congreso General Constituyente de la Confederación Argentina, años 1852-1854 (1939). En E. Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas 1813-1898* (pp. 403- 540). Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía de la Universidad de Buenos Aires, p. 538.

sus *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, publicadas en 1852, fueron tenidas muy en cuenta en el diseño constitucional argentino. De todos modos, su estudio sobre el constitucionalismo debe ser completado con los *Elementos del derecho público provincial para la República Argentina*, de 1853, y con el *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina*, aparecido en 1854. Lo notable, a diferencia del distraído discurso de las derechas políticas, es que para Alberdi la Constitución Nacional no era oponible *per se* al gobierno. Bien por el contrario ella era, fundamentalmente, una forma de gobernar.

Tras la caída de Juan Manuel de Rosas, Alberdi creía que tal como había sucedido en 1810 era urgente establecer en nuevo gobierno “y una constitución que sirva como regla de conducta a ese gobierno”.² Las constituciones poscoloniales habían tenido la misión de consolidar la libertad y la independencia de los nuevos Estados, pero ya a mediados del siglo XIX era momento que las Constituciones organizaran “los medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado obscuro y subalterno”.³ Las Constituciones debían establecer reglas claras para lograr el objetivo gubernamental del progreso económico, y para ello no solamente había que diagramar las instituciones políticas sino también declarar ciertos derechos. Como resume en el *Sistema económico y rentístico*, “la libertad es el *medio*, no el *fin* de la política de nuestra Constitución”,⁴ y estos medios apuntan a “ver opulentos y ricos nuestros Estados”.⁵ A diferencia de los discursos de las derechas contemporáneas, que separan la Constitución de toda lógica de gobierno y de toda contaminación política, el propio Alberdi no se enrojecía al vincular estrechamente ambos dominios: “la política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución. Ella no es sino el arte de conducir las cosas de modo que se cumplan los fines previstos por la Constitución. De suerte que los principios señalados en este libro como bases, en vista de las cuales deba ser concebida la Constitución, son los mismos principios en cuyo sentido debe ser encaminada la política que conviene a la República Argentina”.⁶

2 Alberdi, J. B. (1915). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: La cultura argentina, p. 37.

3 Ibid., p. 67.

4 Alberdi, J. B. (1921). *Sistema económico rentístico de la Confederación Argentina. Según su Constitución de 1853*. Buenos Aires: Vaccaro, p. 37.

5 Alberdi, J. B. (1915). *Bases... op. cit.*, p. 68.

6 Ibid., p. 229.

Tal como el propio Alberdi destaca, la Constitución incluye un programa de gobierno –ver opulentos a los Estados– y articula principios acordes para desarrollarlo. Cuando los discursos de derechas oponen la Constitución a ciertas lógicas de gobierno, *olvidan* que la Constitución no es un mero criterio de legitimidad para analizar los gobiernos, sino que incluye en su seno ciertas racionalidades gubernamentales. Las derechas utilizan a la Constitución como un criterio impoluto y valorable en sí mismo para analizar la legitimidad de las decisiones gubernamentales, pero si *recordamos* a Alberdi advertimos que la vara con la cual miden formas de gobernar, es una vara tramposa: la Constitución es también una forma de gobernar.

IV. Colofón

Aunque no logro representarme cómo los sectores privilegiados acordarían perder sus privilegios, ni tengo especial atracción por las instituciones poco democráticas y representativas que funcionan en Argentina, resulta entendible que las derechas lean la política a través del prisma de los acuerdos y las instituciones. Aquello que no es tan fácil de comprender, y que sólo es posible realizar a partir de un *olvido no razonado*, es la asociación entre Constitución, consensos e instituciones. Si queremos analizar e idealizar la política bajo la grilla de los acuerdos y las prácticas institucionales, no parece razonable *olvidar* que en el árbol genealógico de la Constitución encontramos exactamente lo opuesto al consenso y la institucionalidad.

Por otra parte, me parece saludable desarrollar poderosas críticas a las acciones de gobierno, pero no parece honesto hacerlo enarbolando a la Constitución como un valor en sí mismo. Solamente si *olvidamos* que la Constitución es un programa de gobierno podemos pensar en ella como buena *per se*. Sin embargo el costo de ese *olvido* es enorme, puesto que no nos permite criticar los objetivos y lógicas de gobierno que en ellas se insertan. Este *olvido* no nos permite analizar, no nos permite *recordar*, si el programa de gobierno liberal-conservador instaurado aquél primero de mayo de 1853 es más cercano a los intereses de los mártires de Chicago, o a sus verdugos.