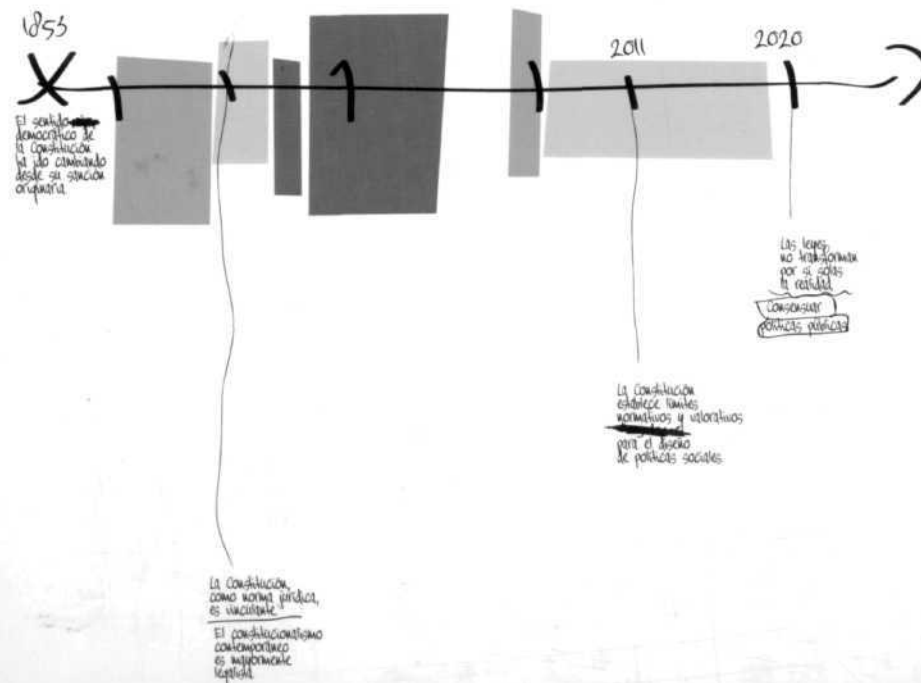


La Constitución en 2020

48 propuestas para una sociedad igualitaria

Roberto Gargarella

coordinador



9. Democracia, representación y participación política

LOS FUNDAMENTOS DE UNA COMUNIDAD

DE IGUALES Y EL ARTÍCULO 22

*Roberto Gargarella**

En este texto, examino críticamente el lugar y el sentido del art. 22 en nuestro esquema constitucional. En particular, intento cuestionar la concepción de la democracia que normalmente resulta asociada con dicho artículo, y ofrecer razones para afirmar una idea de democracia diferente.

I

La Constitución argentina de 1853, que dio cobijo al art. 22 (referido al "pueblo" que "no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes"), es producto, como todo el texto constitucional, de un acuerdo entre liberales y conservadores. Según entiendo, la reflexión sobre tan llamativo acuerdo puede enriquecer nuestra aproximación al art. 22. El acuerdo liberal-conservador resulta curioso (mirado hoy, a la distancia), ya que liberales y conservadores se habían considerado y tratado mutuamente como enemigos mortales durante décadas. Encontramos allí, entonces, un primer hecho que merece atención y reflexión académica: ¿cómo se explica ese pacto, luego de años de enfrentamientos armados? Dar cuenta cabal de lo ocurrido excede tanto mis capacidades como las preocupaciones de este escrito. De todos modos, me animaría a hacer referencia a dos cuestiones importantes, que considero directamente pertinentes para el examen que aquí interesa llevar a cabo.

En primer lugar, señalaría que una de las principales causas que se advierten detrás de aquella paulatina convergencia entre liberales y conservadores en toda la región se relaciona con el riesgo que representaba la oleada democratizadora que por entonces llegaba a las costas americanas. En efecto, hacia mediados del siglo XIX, Europa vivía una oleada de cambio —que dio lugar a las

conocidas revoluciones de 1848-, que reunía a artesanos con estudiantes en reclamos por una mayor democratización de la sociedad. En Latinoamérica, Perú, Chile y sobre todo la Nueva Granada resultaron los espacios más fértiles para la reproducción de estos acontecimientos revolucionarios. En estos países, una incipiente clase de artesanos comenzó a bregar por una voz política propia, hecho que generó un temprano y tal vez injustificado pánico en las clases dirigentes locales. En la Argentina, la elite dominante padeció similares temores, al asociar impropriamente esta oleada democratizadora con el temible fenómeno político que se acababa de dejar atrás: el rosismo. El pacto liberal-conservador argentino puede explicarse, al menos en parte, por la memoria del pasado que se convertía en ansiedad por el futuro. La democratización fue vista entonces, fundamentalmente, como una amenaza que debía contenerse a través de la fuerza coercitiva del Estado.

El otro punto que me interesaba mencionar, estrechamente relacionado con el anterior, es el siguiente: el pacto liberal-conservador no sólo encuentra causas históricas que lo explican, sino también fuentes teóricas que le dan sentido. Y es que, más allá de las diferencias que habían contribuido a situar a los integrantes de ambas fuerzas como enemigos, lo cierto es que ambas cosmovisiones tenían un amplio espacio común de coincidencias que tornaba verosímil su reunión. En efecto, liberales y conservadores mantenían parciales desacuerdos tanto en materia de derechos, como de organización del poder. Los liberales abogaban por establecer, de algún modo, un "muro de separación" entre la Iglesia y el Estado, mientras que los conservadores querían, ante todo, echar abajo ese muro, para afirmar la primacía de la religión católica dentro de la nueva organización institucional. A su vez, los liberales propiciaban un sistema institucional de "frenos y contrapesos" que los conservadores repudiaban, mientras defendían un sistema político de autoridad política concentrada. Sin lugar a dudas, estas diferencias, que separaban ambos proyectos constitucionales, resultaban muy relevantes. Sin embargo, y por otro lado, las coincidencias que los unían también resultaban amplias y significativas. Estas coincidencias pueden reconocerse, otra vez, en ese doble terreno de los derechos y la organización del poder. En tal sentido, podemos señalar que liberales y conservadores compartían, en muchos aspectos, su mirada sobre los derechos: ambos miraban con desconfianza los derechos más vinculados con las aspiraciones sociales de la comunidad; ambos se mostraban preocupados por asegurar protección para el que consideraban sagrado derecho a la propiedad privada, y ambos resistían, sobre todo, una aproximación generosa en relación con los derechos políticos: era demasiado arriesgado —o demasiado temprano para— ampliar los derechos políticos, tal como reclamaban los grupos excluidos o algunos de sus representantes (por ejemplo, los

nos ayuda a advertir el espacio de coincidencias existente entre liberales y conservadores en materia de organización del poder. Para ambos resultaba claro que el cerrado sistema político argentino debía mantenerse, todavía, restringido. El riesgo de la apertura política era denunciado, entonces, en términos catastróficos.

II

Aunque la Constitución de 1853 y, de modo destacado dentro de ese contexto, el art. 22 son hijos de la concepción política elitista que abrazaron nuestros "padres fundadores", nunca debemos perder de vista que nuestra vida constitucional trasciende largamente este primer "momento constitucional". En efecto, a lo largo de las décadas siguientes, la Constitución sufriría unas pocas pero significativas reformas. Entre las que nos interesan, mencionaré la reforma de 1949, promovida por el peronismo (y luego anulada a través del golpe militar que puso fin al segundo gobierno de Juan Perón); la reforma de 1957, a través de la cual se modificó la Constitución original (que había vuelto a ganar vigencia luego de la derogación de la Constitución de 1949) para dar cabida a algunas de las aspiraciones sociales que el peronismo había querido consagrar a través del texto de 1949; y la de 1994 que, entre otras modificaciones, vino a dar rango constitucional a los principales compromisos internacionales asumidos por el país en materia de derechos humanos y abrió la Constitución a algunas (nuevas y modestas) herramientas para la participación política y el control del poder.

Si bien es mucho lo que puede decirse sobre estos cambios, aquí me interesa señalar lo siguiente: todas las reformas constitucionales que se sucedieron en el siglo XX vinieron a desafiar algunos de los principales presupuestos teóricos que parecían sostener al texto de 1853. Si la Constitución de 1853 podía asociarse al pensamiento librecambista de algunos de sus autores, las modificaciones que tuvieron lugar en el siguiente siglo afirmaron una y otra vez compromisos sociales que, desde entonces, sólo habrían de ratificarse y expandirse con el paso del tiempo. Si la Constitución originaria se mostraba hostil a la participación política, las nuevas reformas fueron producto de una sociedad movilizadada y ansiosa por ganar y afirmar un mayor protagonismo político, también en términos constitucionales. Si la Constitución del siglo XIX aparecía como el producto de una idea elitista sobre la ciudadanía política, las modificaciones que la sucedieron parecieron inspiradas, más bien, en lecturas populistas o liberal-populistas sobre la vida pública. Podríamos sintetizar estas diferencias entre la vieja Constitución y la que fue emergiendo luego de las reformas del siglo XX, haciendo referencia a distintas ideas de democracia, o a una idea de democracia que se desarrolla:

una evolución que avanza desde la visión más temprana, excluyente, elitista, muy conservadora, a otra que pretende ser amplia, inclusiva, socialmente de vanguardia.

III

Lo examinado en las secciones anteriores nos permite reconocer que nuestra Constitución acumula en su texto sedimentos provenientes de tradiciones de pensamiento diferentes, lo cual termina por darle un perfil especial, que torna más compleja su apropiación colectiva y la consiguiente asignación de sentido a sus términos. Simplificando, podríamos decir que nuestra Constitución mezcla, de manera abierta, y como mínimo, una tradición democrática elitista, asociada con el pacto liberal-conservador que estuvo en el origen de su creación (1857); una tradición social, con raíces en la doctrina social de la Iglesia, el socialismo y el peronismo (1945/1957); y una doctrina más actual, más propia de los años ochenta con su oleada de "transiciones a la democracia", que muestra una preocupación especial por el resguardo de los derechos humanos (1994).

Este fenómeno de *superposición de capas constitucionales* parece muy propio de nuestro tiempo. La Constitución argentina es un buen ejemplo, ya que se llega a ella a partir de la acción sucesiva de grupos con visiones políticas más bien contradictorias entre sí. Esto nos plantea numerosos interrogantes teóricos, aunque aquí sólo podré referirme, brevemente, a algunos de ellos –los vinculados a los modos de reformar la Constitución y los relacionados con cuestiones de interpretación jurídica–.

Sobre lo primero presentaría, ante todo, una pregunta: ¿qué se hace cuando nos enfrentamos con un texto constitucional que alberga componentes contradictorios entre sí, tal como ocurre en todos los textos constitucionales de la región (llamemos a este hecho, el *hecho de la contradicción*)?

La cuestión referida nos confronta con un problema teórico de interés, que tiene que ver con los modos de integrar una reforma realizada sobre un cuerpo o legado constitucional que lleva décadas de vigencia. El tema no parece haber sido bien resuelto, ni en la Argentina ni en otros países vecinos, a pesar de su centralidad y la recurrencia con que fue discutido (el debate parecía ser el más importante en los primeros años del constitucionalismo latinoamericano, que en forma reiterada se preguntaba cómo lidiar con el legado jurídico colonial). Claramente, no basta con arrojar algún texto o unas pocas cláusulas sobre un determinado cuerpo constitucional ya "vivo" para asegurar la integración y subsistencia de las novedades introducidas: como ocurre con los trasplantes de células, el cuerpo dominante puede absorber o rechazar esos

a cabo ese implante.¹ Nuestra costumbre, me parece, ha sido, de modo muy habitual, una que resulta peligrosamente emparentada con la desidia constitucional o la hipocresía, y que se ha expresado en la mera agregación de esos artículos o células nuevas sobre el viejo cuerpo constitucional existente. Es decir, nos hemos desentendido del difícil trabajo que requiere la integración de lo "nuevo" con lo "viejo".

La cuestión se torna más complicada en casos como el argentino, en el que el cuerpo constitucional vigente aparece entrelazando –impropiamente, agregaría– tradiciones legales más bien opuestas y, en consecuencia, instituciones y herramientas que no se llevan bien entre sí. Y es que, en efecto, y como nos lo demuestra el caso del art. 22, nuestra Constitución tiene secciones enteras escritas a la luz de presupuestos antimayoritarios y al mismo tiempo, y por otro lado, cláusulas más nuevas que parecen responder a otra filosofía política, y a otra teoría de la democracia más vinculada con la pretensión de una ciudadanía políticamente activa. Según entiendo, tomarse en serio la reforma de la Constitución nos conmina a enfrentar, en lugar de simplemente aceptar, dichas contradicciones. En tal sentido, agregaría, no basta sólo con proclamar: "no hay problemas con lo anterior, ahora tenemos una nueva filosofía". Y ni siquiera basta con decir: "desde ahora, esta es la filosofía que debe verse asociada a la Constitución". Puede ocurrir –como ocurre en nuestro país y el art. 22 ratifica– que la vieja filosofía se haya traducido en cantidad de arreglos institucionales e interpretaciones que, en los hechos, han obstaculizado o hecho más difícil el desarrollo de una nueva filosofía constitucional. De ahí que no sorprenda que, por caso, el propio art. 22 siga siendo invocado, en la actualidad, para condenar las movilizaciones populares o para dar fundamento constitucional a la criminalización de la protesta social.²

En definitiva, sólo agregaría por ahora que el reformador del art. 22 debería preocuparse no sólo por escribir un/os (nuevo/s) artículo/s internamente sólido/s, sino que además debería asegurar que este/os sea/n bien recibido/s por el resto de la estructura constitucional. Ello requiere, normalmente, rearticular y modificar parte de la estructura constitucional existente. Es decir, no podemos actuar como si las dos partes de la Constitución –la orgánica y la dogmática– fueran independientes entre sí, como si pudiera operarse sobre cada una de ellas, sin tener que ocuparse, necesariamente, de lo que se hace con el resto de la Constitución, en consecuencia. Esto es

1 Véase Roberto Gargarella (comp.), *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

2 Así, notablemente, en el fallo "Shiffirin" se sostiene que el art. 22 invita a considerar como sedición todo involucramiento cívico que exceda al sufragio periódico (sic).

lo que desnuda la supervivencia del art. 22 luego de sucesivas reformas: la clara, consistente y definida vocación social, participativa y humanista de las últimas dos grandes oleadas de reforma constitucional no se hizo cargo de la estructura políticamente restrictiva, excluyente, sobre la cual las reformas se posaban.

IV

La otra pregunta relevante que me interesa plantear es: ¿cómo (re)interpretar o reformar un esquema institucional que incluye, de modo paradigmático, artículos como el 22, que quieren arrastrar consigo una visión restringida de la democracia –una visión que hoy resultaría muy difícil de justificar públicamente–? Sobre la interpretación o reinterpretación de dicho texto diría, brevemente, lo siguiente. En primer lugar, no tenemos ninguna razón, a la hora de interpretar el texto constitucional, para sentirnos esclavos de la voluntad explícita o de intenciones presuntas de quienes lo escribieron o inspiraron. La búsqueda de aquellos criterios originarios no sólo es innecesaria hoy, cuando tratamos de reflexionar sobre los modos de pensar los principios básicos de la Constitución, sino además inútil, infructuosa: el pasado –y cada grupo de personas y cada autor que rastremos en él– es lo suficientemente complejo como para habilitar lecturas diversas acerca de los contenidos precisos de su pensamiento –y de la relación entre este y cualquier término o valor constitucional en el que pensemos–. En segundo lugar, diría que ninguna interpretación de un artículo como el 22 sería apropiada si ella negase (como una mayoría de los intérpretes de dicho artículo intentan hacer) la forma en que el sentido democrático de la Constitución ha ido cambiando desde su sanción originaria hasta hoy. De modo relevante, la idea según la cual el art. 22 pretende convertir en sedicioso cualquier desafío mayoritario al orden impuesto por el Estado (tal como sugiere, por ejemplo, el citado caso “Shiffirin”, y con él buena parte de nuestras decisiones penales en materia de protesta social) resultaría insostenible, aun si interpretativamente nos apoyáramos, meramente, en el sentido explícito de los términos incluidos en la Constitución. En tercer lugar –y en consonancia con esta última afirmación–, agregaría que existe un camino fácil, bastante allanado, que nos permite sostener que el texto de la Constitución hoy vigente se ha comprometido –de un modo cada vez más sólido y explícito– con una noción de democracia abierta, participativa, inclusiva, deliberativa, muy diferente de la que parecía dominante en 1853, entre nuestra clase dirigente. Finalmente, señalaría que no deberíamos considerar imprescindible recorrer dicho camino allanado a la hora de preguntarnos, hoy, por el contenido del art. 22: no necesitamos –aunque sea preferible– ir tan lejos. Sostener esto nos lleva a abrir una profunda discusión sobre interpretación constitucional que, de mi parte, por ahora resumiría del siguiente modo.

Según entiendo, la interpretación constitucional depende de un proceso de discusión colectiva que debe reconocer en su núcleo, de modo (no único, pero sí) indispensable, los reclamos y las convicciones de la ciudadanía “puesta de pie” para exteriorizar sus posiciones en la materia. En tal sentido, cierta lectura común de artículos como el 22 amenaza con socavar dicho principio básico, fundante, de la relación pueblo-Constitución. Por ello, en tal tipo de artículos –en el modo como se los ha interpretado de forma habitual– se juega algo que trasciende la dinámica común de la interpretación jurídica: un artículo como el 22 encierra una disputa que alcanza a los propios fundamentos del derecho constitucional; nos interroga sobre su sentido, y nos obliga a tomar posición sobre su contenido democrático. De ahí que se haga necesario resistir toda lectura que implique ver dicho artículo como negándole a la ciudadanía el papel que le corresponde en tanto autoridad soberana sobre la Constitución, y en su calidad de principal intérprete de esta. Una interpretación restrictiva del art. 22 no sólo es histórica y textualmente insostenible (a partir de consideraciones como las hechas más arriba), sino que además amenaza con poner en crisis el propio significado de nuestro emprendimiento colectivo, expresado en los ideales de democracia y Constitución.