

Las emergencias en la Constitución ó la Constitución en emergencia

Afrontamos una situación de excepcionalidad jamás acontecida. Siempre escuchamos contar a nuestros mayores sobre guerras, pandemias y otras catástrofes naturales ó intencionales. Pero aquí en Argentina, quienes no superamos los 40-45 años de edad, nunca hemos vivido semejante estado de anormalidad. Al menos, tan alejado de la “normalidad” a la que estábamos acostumbrados. Me animo a pensar que lo deben sentir así muchos más habitantes del planeta, pero no lo podría afirmar. Son tiempos distintos. Entramos hace ya más de dos meses en el tiempo de la peste.

Y bien, ¿qué nos dice la Constitución acerca de esta excepcionalidad? Poco y nada. Son cuatro los institutos de emergencia previstos. Dos de ellos establecidos hace más de ciento cincuenta años. Y otros dos tan sólo hace veintiséis. Los primeros: Estado de Sitio e Intervención Federal. Los segundos: Delegación legislativa y Decretos de Necesidad y Urgencia. Todos ellos en cabeza del Poder Ejecutivo. La única limitación fuerte al presidente sería la prevista en el Art. 29, en cuanto a la prohibición de otorgar la suma del poder público a una sola persona, en alusión al acaecido gobierno de Juan Manuel de Rosas. Estamos hablando de la Constitución Originaria de 1853.

Va de suyo que esto no alcanza para enfrentar una Pandemia Mundial en el 2020. Y que una situación así no fue prevista por ninguno de los constituyentes de todas las épocas. Pero además,

¿Por qué seguimos creyendo que:

1. el poder podría ser ejercido desde el Parlamento? ¿o que podría ser “repartido” entre ejecutivo, legislativo, judicial y ministerio público ecuanímente?
2. el poder lo ejerce únicamente el Ejecutivo? (¿y no otros poderes no institucionalizados pero con una capacidad de acción que supera con creces a la de un gobierno en cabeza de un Estado diezmado?)
3. nos hallamos en un estado de supuesta “normalidad”?

Digámoslo: vivimos en la *normalidad de la excepción*. En un estado de Excepción y por fuera de la Constitución. La emergencia sanitaria solo ratifica lo que ya sabíamos. En vano entiendo nos aferramos a la ilusión de sentir el “adentro”. Esa falsa creencia nos mantiene en la empresa de forzar la interpretación del texto constitucional para aggiornar su espíritu a un orden social complejo, caótico, reordenado y totalmente distante de la aldea que éramos a mediados del S. XIX. No solo los medios de comunicación y producción eran distintos. La ciencia ha progresado infinitamente. Los conceptos de ciudadanía, representación, sufragio, partidos políticos, de familia, de medio ambiente, nuestras historias, las interrupciones institucionales. Viajamos una gran distancia en el tiempo. El mapa y el territorio nos son completamente ajenos al país imaginado los tiempos de la sanción de aquella Constitución.

En un párrafo sobre el tratamiento de la Peste, en Vigilar y Castigar, Michel Foucault dice “*La peste (prevista como una posibilidad al menos) es el juicio en el cual se puede definir idealmente el ejercicio del poder disciplinario. Para que los derechos y las leyes funcionen de*

*acuerdo con la teoría pura, los juristas se colocan imaginariamente en el estado de naturaleza. Para ver el funcionamiento perfecto de las disciplinas, los gobernantes soñaban con la peste. Proyectos disciplinarios subyacentes, la imagen de la peste representa todas las formas de confusión y desorden;*ⁱ

¿Qué nos da a entender? Que desde la pureza de la teoría jurídica todo se nos muestra desordenado. Pero el poder no se ejerce según los postulados prescriptos (con esperanza) por los constituyentes del pasado. El poder no reposa en la Constitución. Allí solo aparecen los representantes del Poder: los órganos de poder institucionalizados a través de la racionalidad de una época, expresados a través de las fórmulas del Derecho. Pero el disciplinamiento de los cuerpos a través de los Estados centralizados en la figura del monarca primero y los ejecutivos fuertes después, es algo que nació mucho antes de las revoluciones burguesas de la modernidad. Y ese mismo disciplinamiento continuó después. Cada vez con más eficacia y mejor tecnología. Un momento clave hacia la conformación de ese Estado Moderado ocurre en plena era medieval: el Rey Felipe el Bello, convoca por primera vez a los Estados Generales, en lo que sería el Reino de Francia para crear un impuesto que permita financiar ejércitos en la guerra contra Flandes en 1314. Después de la Peste Negra en Europa Occidental (1347-1352) la convocatoria a dicha institución para crear nuevos tributos y engrandecer la maquinaria estatal ya no se detendría jamás, a pesar de las recurrentes protestas y rebeliones populares. Han cambiado las figuras representativas (rey, presidente, primer ministro son actualmente las más conocidas), pero la totalización y administración de las vidas continuó in crescendo.

La materialización del “Estado que no interviene en la esfera de reserva autónoma de los individuos” es un sueño eternamente inconcluso. Es una idea que el iluminismo construyó para darse un Estado Liberal. Pero esa teoría pura nunca fue real sino más bien una construcción racional a partir de la creación de un supuesto Estado de Naturaleza.

Hobbes (pionero en la invención de una nueva construcción de soberanía política) aseveraba que para evitar la mutua destrucción en el Estado de Naturaleza-Guerra (y para nosotros hoy Peste) era necesaria la intervención de una autoridad *No Natural* que impusiera obediencia y asegurara la existencia de un orden que esa propia naturaleza (insisto, hoy la naturaleza de la peste) no podía asegurar. “*Cuando la naturaleza se desquicia y la sociedad comienza a disolverse, se reclama y a la vez se rechaza, se exige y se niega, la acción del Estado –salvador y crucificado– para que haga frente al horror*”ⁱⁱ. Si la Pandemia todo desordena y de la Naturaleza (pandémica) debemos protegernos organizada y colectivamente, deberíamos dotar a los gobernantes mejores instrumentos de gobierno. Alberdi: “*dad al Poder Ejecutivo todo el poder posible, pero dádsele por medio de una Constitución*”ⁱⁱⁱ. Justamente nos encontramos en el camino opuesto. La Constitución le da la espalda a esta evolución de la organización social.

La cuestión no radica en pensar cómo garantizamos esferas de autonomía ante un gubernamentalidad total. Esto es imposible. El Congreso no puede hacer nada. Ni quiere. Ni siquiera su dinámica de funcionamiento es la de un órgano que se opone a otro (Ejecutivo vs. Legislativo). Hay partidos políticos detrás. Hasta Max Weber se animaba a pensar que el único rol posible que podíamos darle al Parlamento en una nueva ingeniería constitucional era la de elegir al líder que lograra controlar la maquinaria estatal. Porque la garantía de las libertades

reposaban en dicho control. Pero parecía más un grito desesperado que una propuesta real (aunque los alemanes lo probaron sin éxito en la Constitución de Waimar de 1919. Sabemos cómo termina la historia).

Tampoco el Poder Judicial puede ser un freno. Por supuesto que debe funcionar como tal. Pero es muy insuficiente lo que puede frente a una Administración aceptada. El sábado 23 de mayo, analizábamos con lxs alumnxs de Teoría y Derecho Constitucional de la Ftad. de Ciencias Sociales de la UBA el fallo que a instancias de la Vicepresidenta (en tanto presidenta del Senado) se le solicitaba a la cabeza del Poder Judicial una sentencia respecto de la validez sobre la manera remota ó virtual de legislar por parte del PLN. Y la Corte allí afirmó que “La constitución” habló de Quórum y de mayorías. Pero que no opinó sobre el “cómo” se debía legislar. Es decir, según la Corte, “en dónde” debía legislar. Los ministros en el voto de mayoría afirmaron que en la Constitución se habló de “reunirse” en varios pasajes. Pero se animaron a concluir que el constituyente dejó ese tema sin tratar. Reflexionábamos junto con los alumnxs: *“Claro que no dijeron nada. Por supuesto. Es imposible imaginar en 1853/60, y mismo en 1994, la posibilidad de mantener ‘reuniones virtuales por Zoom’”*.

Pero lo que subyacía de fondo es que no podemos seguir así. No podemos seguir “jugando” a interpretar un texto que ha quedado vetusto y muy desactualizado frente a una realidad tan compleja y distinta. Hoy la maquinaria estatal está imbricada en todos lados. Porque nosotrxs somos la maquinaria. Somos la Razón. Un grafiti que leí hace poquito cerca del barrio de Almagro (CABA) rezaba *“somos la especie en peligro de extinguirlo todo”*.

El desafío en tanto constitucionalistas no debería ser cómo pensar las emergencias en la Constitución, sino más bien en la Emergencia de una nueva Constitución que no dé la espalda al mundo actual y a nuestra sociedad en particular.

La emergencia es de la falta de vivienda, de la informalidad en la que viven los y las trabajadorxs no registrados, de las y los inmigrantes indocumentados. La emergencia es para las mujeres, que viven situaciones de violencia, acoso, maltrato, menosprecio.

La emergencia radica en el tratamiento y la cuestión de la Deuda. La forma en la que se desarrolla, contrae, paga. La libre circulación de divisas y de formación de activos en el exterior de un bien cultural y económicamente fundamental para el desarrollo del país en su conjunto. Muy poco encontramos en nuestro texto fundamental sobre este asunto.

La emergencia debe enfocarse en la planificación desde el texto constitucional de la economía; no toda, pero sí la de algunos bienes esenciales que deberían ser parte del debate público y que no puede dejarse en manos del “mercado”: combustibles, alimentos, medicina. Pues de otro modo, corremos serios riesgos de generar a futuro una fuerte división o quiebre social. Y la consecuente caída del Estado de Derecho democrático/republicano ante la falta del consenso. Es que no podemos pretender, desde un lugar de privilegio, pedirle a quien le falta todo, que se interese en un régimen que no le conserva ni le da nada.

La emergencia debe indagar en cómo la Constitución va a abordar y regular la circulación de la información, los medios de comunicación masiva, la Big Data y los algoritmos. Los dispositivos y los algoritmos que hay detrás son más potentes en términos educativos que las escuelas, ya

sean públicas o privadas. ¿Qué tenemos para decir, como Sociedad, ante esta revolución comunicacional? ¿Cómo podemos dotar a la Constitución de herramientas formales que limiten y a la vez otorguen a quienes les toca gobernar a posibilidad de darle un tratamiento adecuado?

Si cada cuatro años elegimos un presidente y esto se convierte en un cheque en blanco para que haga lo que le parezca, esto pasa porque la Constitución no le da el marco jurídico-político-ideológico adecuado.

¿Por qué no repensar la idea de representación y de gobierno directo ahora que la tecnología nos da nuevas posibilidades? Posibilidades que en los albores del S. XVIII eran impensadas y la representación se imponía como única posibilidad (no solo por la desconfianza del que sabe/posee ante el que “no sabe ni posee”, sino por la imposibilidad práctica del ejercicio de un gobierno directo, a decir de Rousseau).

Tenemos la posibilidad de pasar a una nueva etapa. Hablo de consolidar ciudadanía. Sin una ciudadanía comprometida, no hay nación, no hay patria, no hay república ni democracia. Y la Constitución debería dejar de correr de atrás a los cambios sociales. Es tiempo de poner a la Constitución a la vanguardia.

Jugando con las palabras, la emergencia debe hacer emerger un nuevo texto para una nueva sociedad, muy distinta ya no a la de mediados del S. XIX sino a la de 1994.

Jefferson decía que sería óptimo ó deseable que las Constituciones se revisaran cada una generación. Más o menos veinticinco años. De la última reforma ya ha pasado uno más. Pero desde el inicio, podemos afirmar que solo hemos tenido una única reforma con amplio consenso. Esta es la última y casi única. No quiero negar otras muy importantes, pero en aquellas no primó el consenso.

Nuestro primer texto (la Constitución originaria de 1853/60) fue creado por una élite. Sancionado en medio de intensas guerras civiles por afianzar los territorios, por el control de los puertos y los ríos navegables, entre disputas por liderazgos territoriales, y la pelea entre Buenos Aires y el resto de las provincias. Pero decididamente sin la participación popular que podemos esperar de un Poder Constituyente, un pueblo soberano que a través de representantes elegidos democráticamente, se da un texto con el involucramiento de amplias mayorías.

Las reformas de 1866 y 1898 fueron escuetas, puntuales y con el mismo bajo nivel de participación, por un derecho de sufragio extremadamente limitado a unos pocos.

La Constituyente de 1949 merece un capítulo aparte. Hacía muchos años se hablaba de la necesidad de la Reforma. Amplios sectores intelectuales de la sociedad la reclamaban a través de la circulación de diversos proyectos; la Constitución ya estaba pronta a cumplir los cien años. La inclusión de los Derechos de los Trabajadores, los Gremios y la Seguridad Social, se imponían en el contexto internacional. Fue una reforma con consenso, pero tal vez no tan amplio. O al menos, no todo lo imperioso que pueda exigirse una sociedad como para que tuviera aceptación, legitimidad y vigencia. Sectores poderosos que imaginaban otra Argentina

no lo toleraron. Y entonces la triste historia de los golpes y la violencia política, que jamás cesó desde el inicio de la República, continuó en 1955.

La reforma que incorpora el Art. 14 bis en 1957 no tiene consenso. Pero sí vigencia y aceptación. Porque incluye, incorpora, amplía, abraza. Y a pesar de ser convocada por un Decreto de un gobierno de facto, después de haber eliminado la reforma de 1949 mediante una proclama, y a pesar de estar la mayor fuerza política del país (el peronismo) proscripta de la Convención Constituyente, la incorporación de estos tres párrafos fueron fundamentales en la historia de nuestro país.

Finalmente la reforma de 1994. Muchas veces criticada por el famoso pacto de Olivos de 1993. Pero hoy, a la luz de la historia, debemos reivindicar y revalorizar dichos pactos. Porque son fundamentales en la creación de los consensos necesarios que nos permitan avanzar. Y esa reforma fue muy buena. Deberíamos seguir dicho ejemplo y ampliar aún más la participación. Y avanzar en una nueva Constitución que no corra detrás al estado de excepción sino que lo organice, le dé cuerpo, lo dote de normalidad, inclusividad, herramientas de gobierno y garantías fundamentales para que todxs podamos sentirnos partes de un mismo proyecto de futuro.

ⁱ Citado en *El Cohete a la Luna, Vigilar y Castigar, qué hacían en el S.XVII frente a la Peste*, Michel Foucault: <https://www.elcohetelaluna.com/vigilar-y-castigar/>

ⁱⁱ Leiser Madanes, *La Peste, Excursus*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Centro de Investigaciones Filosóficas, 2020, p. 26

ⁱⁱⁱ Juan Bautista Alberdi, *Bases y Puntos de partida para la Constitución de la República Argentina*, - Coordinador Salvador M. Lozada- , Bs. As., Depalma, 1964, p. 95- 96.