

El artículo 36 de la Constitución Nacional: la “lección de Derecho”

por EDUARDO S. BARCESAT(*)

Sumario: 1. EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DEL DERECHO. – 2. EL ART. 36 DE LA CN. LA LECCIÓN DE DERECHO. – 3. ¿QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “ACTOS DE VIOLENCIA INSTITUCIONAL”?

1. El problema de la validez del derecho

La interrupción por vías de hechos con empleo del aparato de fuerza estatal, afectando la vigencia de las constituciones y de los gobiernos electos conforme la voluntad popular, ha sido uno de los problemas fundamentales de la continuidad democrática en los países del continente Sudamericano.

¿Cómo prevenir o sancionar estas irrupciones de la violencia institucional? Este es, sin duda, el gran interrogante.

Sin embargo, la teoría general del derecho y el saber constitucional parecen haberse inclinado a favorecer la propuesta de criterios de validación respecto de los gobiernos surgidos con empleo del aparato de fuerza del Estado y respondiendo a intereses –fundamentalmente los económicos– ejercitados por los sectores dominantes en la estructura de los Estados/Naciones.

La historia argentina está sembrada de episodios de violencia institucional que afectaron la continuidad democrática y que subsumieron a la Constitución Nacional vigente al momento de la producción del golpe de Estado, generando una supremacía de los bandos militares por sobre el texto constitucional que pierde el carácter de Ley Suprema de la Nación y queda subordinada a los objetivos de la usurpación del poder político del Estado/Nación.

Todas las proclamas golpistas exhiben un orden argumental común: el desprecio al poder político instalado por la voluntad popular; se presentan como terceros que cumplen una manda de autoridad superior, inspirada en la preservación del “ser nacional” y de pertenencias –religiosas y políticas– que esconden los intereses económicos de los sectores dominantes, ávidos siempre de preservar su hegemonía.

Aquí nos detendremos en el caso más ejemplificativo de este obrar, de la ideología jurídica, analizando la estructura argumental de los discursos de justificación de los golpes de Estado y del ingreso violento de la excepcionalidad institucional.

Tomaré como ejemplo la frondosa bibliografía a la que convocare el golpe de Estado autodenominado “La Revolución Argentina” (año 1966).

Esa bibliografía se nutrió de los mitos antropomórficos, de clara inspiración platónica, proclamando que “... habían llegado al poder los nacidos para el mando...”, “...que venían a dar lo mejor de sí mismos...”, “...que no solo debían ser obedecidos, sino que merecían el reconocimiento del pueblo argentino...”. Por supuesto que no había plazos para el ejercicio del mando; era un proceso de selección natural por sobre el orden jurídico positivo nacional, y –simbólicamente– iban a perdurar por más de 100 años. El pueblo y su voluntad política debían estar agradecidos de que los nacidos para el mando llegaran al ejercicio efectivo del poder político, desplazando la inefi-

cia y corrupción atribuidas, cual leyenda indocumentada, respecto de los gobiernos electos por la voluntad popular.

Curiosamente, esta fundamentación metafísica e ilusoria, de clara inscripción en el “derecho natural” –o cuando menos invocándolo– se mezcló con la concepción del jefe de escuela del positivismo jurídico, Hans Kelsen, por lo que los exponentes de las academias de derecho no vacilaron en proclamar, frente al golpe consumado con empleo de la violencia del aparato de fuerza del Estado, que había operado el “cambio de la norma básica (Gründnorm)”; así de simple, y con ello colaboraban en darle un discurso de legitimación al golpe de Estado. La eficacia del mando, por el empleo brutal del aparato de fuerza del Estado, derivaba en la legitimación de ese mando: “Si es que A manda y es que B obedece; debe ser que A mande y que B obedezca”. Consagra la formalización y legitimación surgida de la usurpación del poder político y la subsunción del texto constitucional a los bandos militares.

Los fracasos económicos y políticos de los “nacidos para el mando” y del Terrorismo de Estado, que introdujo la desaparición forzada masiva de personas, llevó al descrédito a estos golpes de Estado, que no tuvieron otra alternativa que volver a convocar al pueblo argentino a expresar su voluntad política y reponer la supremacía de la Constitución Nacional.

Nuevamente, con recurso a la autodenominada “Revolución Argentina”, aportó el ejemplificador hecho de cómo se intentó legitimar –previo a su extinción– dicho golpe de Estado; ello con la complicidad del saber de los juristas. La urdimbre concertada era la proclamación de la necesidad de una Reforma Constitucional, anunciada en Ushuaia por el “presidente” de turno, Gral. J. Levingston, y de seguido, la convocatoria formulada por la Federación Argentina de Colegios de Abogados, presidida por el Dr. Edgar Ferreyra, a la VII Conferencia Nacional de Abogados, cuyo tema –vaya coincidencia– era la Reforma Constitucional, temario dividido en 2 puntos: 1) Necesidad y oportunidad de la Reforma Constitucional; 2) Puntos para la Reforma Constitucional.

La abogacía argentina se dividió, discutió y peleó, cual montescos y capuletos, si correspondía o no que un gobierno militar, ya agónico, impulsara una reforma constitucional. En ese debate pesaban factores políticos y académicos. Los colegios profesionales nucleados en la FACA debían discutir la propuesta y designar sus delegaciones para participar del evento político y académico.

Tras un arduo debate desarrollado en el seno de la Asociación de Abogados de Buenos Aires, en la que me tocó intervenir como integrante de su Comisión de Derecho Constitucional y Político, triunfó el criterio de no apoyar dicha convocatoria a la reforma constitucional, impulsada por un gobierno “de facto”, o más correctamente, “usurpante”.

Aquí cabe detenernos a examinar por qué estos gobiernos que instalaron la excepcionalidad institucional, sin embargo, apropiaron y emplearon los vocablos constitucionales para designarse a sí mismos y a sus imposiciones normativas. Entiendo que el investirse con los nombres de los institutos constitucionales era una forma de provocar esa obediencia y sumisión a la que aspiran siempre los que mandan. Por tanto, que la usurpación del poder político conlleva la usurpación semántica de emplear los nombres e institutos del Estado de Derecho para investirse de un velo de legitimidad.

Mi aportación a ese debate se fundó en la interpretación del art. 30 de la CN de 1853/60, que como toda norma que se refiere y regula el texto que integra, se constituye –lógicamente– en metanorma del texto constitucional que integra (al igual que el art. 31 de la CN), lo que –con rigor formal– se expresa en el siguiente enunciado: “La Constitución Nacional de 1853/1860, sí y sólo sí, puede ser reformada conforme el mecanismo y las autoridades previstas por el art. 30 de la CN”.

Desde ya que la convocatoria propuesta por el usurpante militar no podía cumplir ni satisfacer ninguno de los requisitos establecidos por el art. 30 de la CN Como

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Cuando “interna abierta” puede no significar democracia. El desconocimiento de la voluntad popular como desnaturalización de un sistema*, por SANTIAGO JOSÉ GASCÓN, EDCO, 2011-524; *Democracia, decretos autónomos y emergencia en seguridad*, por JUAN RODRIGO ZELAYA, EDCO, 2016-395; *Democracia y gobiernos vs. el quinto poder?*, por ROBERTO F. BERTOSSI, ED, 270-922; *Limitar los “superpoderes”: una buena iniciativa para una mejor democracia*, por FRANCISCO JAVIER FUNES y FERNANDO RIVAS, EDCO, 2017-344; *Democracia y representación, hoy. Dos palabras sobre la representación política en el Estado democrático-representativo*, por SERGIO RAÚL CASTAÑO, EDCO, 2008-443; *La legalidad de un partido político cuyos fines son incompatibles con la democracia. El caso del Partido Nacional Democrático de Alemania*, por LUIS GUSTAVO LOSADA, ED, 275-666; *¿Es legítima la resistencia armada a los actos contrarios a la democracia o al “orden democrático”?*, por MARCELO BAZÁN LAZCANO, EL DERECHO CONSTITUCIONAL, 283. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Profesor titular consulto (Facultad de Derecho, UBA). Convencional Nacional Constituyente (año 1994).

enseñara Hans Kelsen, los dos primeros requisitos de la validez en el Derecho son la competencia de quien crea la norma o acto jurídico y –segundo requisito– que esa creación normativa se haga cumpliendo los procedimientos establecidos por la normativa superior. Control de legalidad, conforme la semántica de nuestra CSJN, que precede –obligadamente– al control de razonabilidad del producto normativo, que es su tercer requisito de validez.

Como toda formulación investida de rigor lógico incontestable, triunfó en el debate en la AABA, desplazando de la conducción de la delegación a quienes (Dres. Carlos S. Fayt y Jorge R. Vanossi) apoyaban la iniciativa militar de proceder a una reforma constitucional, promovida por quien fuere y conforme los procedimientos que estableciera el usurpante.

Se ganó el duro y arduo debate, en la VII Conferencia Nacional de Abogados, y el evento que fue inaugurado por su presidente, proclamando que la Conferencia “...era una pre constituyente...” terminó sacando una sola resolución: “La Constitución Nacional (1853/60) solo puede ser reformada conforme el procedimiento y las autoridades establecidas por el art. 30 de la CN”.

Por ello, cuando la convocatoria a la Reforma Constitucional del año 1994 se hizo, en lo sustancial, conforme el mecanismo y autoridades establecidas por el art. 30 de la CN, uno de los temas habilitados para la reforma era el deber de observancia a la supremacía constitucional. Fue la habilitación aprobada por el Congreso de la Nación, a través de la Ley 23.049, para discutir y redactar el texto que previniera y sancionare toda afectación a la supremacía constitucional. Como dijera en el debate, en sesión plenaria, de la cláusula del art. 36 de la CN, la misma era la consagración normativo-institucional del “NUNCA MÁS” proclamado por el pueblo argentino como expresión de su conciencia jurídica.

A continuación, ingresaremos a la exégesis de ese texto.

2. El art. 36 de la CN. La lección de Derecho

El art. 36 de la CN establece:

“Esta Constitución mantendrá su imperio aún cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos. Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas”.

“Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles”.

“Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaron los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

“Atentará asimismo contra el orden democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos”.

“El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

Sostengo que con este texto se quebró el paradigma consistente en atribuirle a la eficacia del empleo del aparato de fuerza estatal la capacidad para otorgarle legitimidad a los clásicos golpes de estado militares.

En más, ha quedado establecido en el texto constitucional un nuevo apotegma que propuse enunciar de la siguiente forma:

“El derecho solo se crea y solo se aplica desde el derecho”.

Sostengo que ese apotegma deriva de dos cláusulas constitucionales, los arts. 30 y 36 de la CN. En efecto –sabía y generosamente– el art. 30 de la CN habilita su reforma total o parcial, de modo que no hay ningún contenido o propuesta para una futura reforma constitucional que quebrante su texto. La pretensión de encorsetar las reformas constitucionales preservando determinados contenidos calificándolos como “contenidos pétreos” altera esa legitimidad y generosidad del texto constitucional.

De allí también, en mi criterio, la escasa o nula pertinencia de “encorsetar” las reformas constitucionales pre-

tendiendo ceñir las mismas a los contenidos habilitados para la reforma, prohibiendo y sancionando de nulidad a toda propuesta o tema no contenido en la ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional.

Así es como, también, se ha incurrido en chapuzas constitucionales, *v. gr.* la Reforma Constitucional del año 1994, que declaró inmodificables los contenidos de la primera parte de la Constitución de 1853/60 como si fueren –efectivamente– cláusulas “pétreas”. Resultado de ello que el art. 31 de la CN debe ser leído –tras la reforma de 1994– en conjunción con lo establecido por el art. 75, incs. 22° y 23°, de la CN, que asignaron: jerarquía de cláusulas constitucionales a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que nomina su texto, y a los que se aprueben, en lo futuro, con el voto de 2/3 de los integrantes de ambas Cámaras del Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22°). Asimismo, que los restantes tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes de la Nación (art. 75, inc. 23°).

Cierro este punto formulando votos para que una futura reforma constitucional se apegue al procedimiento y autoridades establecidas por el art. 30 de la CN. Así, la competencia del Congreso se agota con la sola declaración de necesidad de la reforma, la que será efectuada por la Convención convocada al efecto. De lo contrario, el Poder Constituyente se convierte en un órgano meramente refrendatario. Si esa hubiera sido la intención de los constituyentes del año 1853, mejor hubiera sido dejar que el Congreso que efectúe la reforma, con la mayoría calificada de votos necesaria.

3. ¿Qué debe entenderse por “actos de violencia insitucional”?

No cabe ninguna duda de que el art. 36 refiere a la condena sobre los actos de violencia institucional en que incurren los usurpantes del poder político a través de golpes de Estado perpetrados con el uso de la fuerza del aparato de Estado.

El tema que abordaremos ahora, y cuyo análisis inviste –aquí y ahora– fuerza de imperativo categórico es el de si es de aplicación –igualmente– el art. 36 de la CN cuando un poder del Gobierno Federal, con legitimidad de origen, desborda el marco de sus incumbencias constitucionales para apropiarse –usurpar– las potestades de los otros poderes que conforman el Gobierno Federal.

Un maestro del derecho y de la función judicial, el Dr. Luis M. Boffi Boggero, dejó asentado en el prólogo de su obra (*Los tres festejos del Centenario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, Ed. Troquel, Buenos Aires, año 1963): “...cuando un poder del Gobierno Federal no emplea las potestades que la Constitución le confiere, esos poderes son inmediatamente apropiados por quienes carecen de ellos, con lo que la Constitución deja de regir en la misma medida...”.

Riguroso e incontestable; cuando el Poder Legislativo, pese a la restricción constitucional (art. 76, CN) habilita que sus incumbencias constitucionales sean delegadas en el Poder Ejecutivo, se quiebra la división de poderes, piedra basal del Estado de derecho y se afecta, incuestionablemente, el deber de obediencia a la supremacía de la Constitución Nacional.

Y si esa apropiación no es de inmediato fulminada por el Poder Judicial, que tiene como función principal (art. 3, Ley 27) el asegurar la observancia a la Constitución Nacional –aún por sobre los actos de los otros poderes que estén en contradicción con ella–, hemos de afirmar que se ha ingresado –nuevamente– en la excepcionalidad institucional, lo que convoca –finalmente– a reclamar la aplicación de lo dispuesto, en armónica conjunción, por los arts. 29 y 36 de la CN.

Es un tramo más de nuestro compromiso, irrenunciable, con el NUNCA MÁS; la lección de derecho.

VOCES: DERECHO CONSTITUCIONAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHO POLÍTICO - PARTIDOS POLÍTICOS - ELECCIONES - ESTADO NACIONAL - DIVISIÓN DE PODERES - PODER EJECUTIVO - PODER LEGISLATIVO - CONGRESO NACIONAL - DEMOCRACIA - ORDEN PÚBLICO - PODER JUDICIAL - GOBIERNO DE FACTO