

ENEMIGOS Y DEFENSORES DE LA CONSTITUCIÓN EN ARGENTINA: DEMOCRACIA, REPÚBLICA Y AUTORITARISMO EN LOS LÍMITES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

DOSSIER

*GERARDO TRIPOLONE – gerardotripolone@unsj-cuim.edu.ar
Universidad Nacional de San Juan, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de
Investigaciones Socioeconómicas – Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y
Técnicas, Argentina*

ARK CAICYT: <https://id.caicyt.gov.ar/ark:/s16668979/84hyqps5c>

DOI: <https://doi.org/10.62174/arg.2024.9949>

FECHA DE RECEPCIÓN: 31-5-2024

FECHA DE ACEPTACIÓN: 30-7-2024

Resumen

La defensa de la Constitución constituye un tema prioritario en el derecho constitucional desde hace más de un siglo. El objetivo de este artículo es abordar estas discusiones en Argentina, pero teniendo en cuenta un concepto tradicionalmente olvidado en la literatura constitucional: el de enemigo. Partiendo de la premisa según la cual la pregunta por el defensor de la Constitución supone la del enemigo, en el texto se analizan cuatro instancias donde los enemigos y los defensores de la Constitución se han explicitado: (i) el artículo 29 de la Constitución histórica todavía vigente; (ii) las discusiones en torno a la defensa de la Constitución en la reforma de 1949; (iii) el artículo 36 surgido de la reforma de 1994 y (iv) las decisiones de la Corte Suprema que denegaron la personería jurídica a ciertos partidos políticos. El objetivo es mostrar las inflexiones de las categorías políticas que se han presentado como enemigas de la Constitución, y también de la democracia en Argentina. Esto permite apreciar las tensiones y las paradojas de la pretensión de defender la Constitución por medios legal-constitucionales.

Palabras clave: Defensa de la Constitución, Enemigo de la Constitución, Argentina

ENEMIES AND DEFENDERS OF THE CONSTITUTION IN ARGENTINA: DEMOCRACY, REPUBLIC AND AUTHORITARIANISM AT THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL LAW

Abstract

The defense of the Constitution has been one of the most important topics in constitutional law for more than a century. The aim of this article is to study these discussions in Argentina, but taking into account a concept usually forgotten in constitutional literature: the enemy. From the premise that the question of who defends the Constitution also involves identifying its enemies, the work analyzes four moments in which enemies and defenders of the Constitution have been revealed: (i) Article 29 of the historical Constitution, which is still in force; (ii) the discussions around the defense of the Constitution in 1949; (iii) Article 36 approved in the 1994 reform; and (iv) the decisions ruled by the Supreme Court that rejected the legal personality of some political parties. The aim is to show the inflections of the political concepts that have been presented as enemies of the Constitution and democracy. This allows for the examination of the tensions and paradoxes involved in attempting to defend the Constitution through legal and constitutional measures.

Keywords: Defense of the Constitution, Enemy of the Constitution, Argentina

1. Introducción

Todo régimen político elabora mecanismos para su defensa. En la teoría constitucional, se habla de defensa de la constitución para aquellos instrumentos que los textos constitucionales ofrecen para preservar su vigencia. En el marco de regímenes democrático-constitucionales, esta noción se solapa con la idea de defensa de la democracia, ya que, se sostiene, no hay constitución en el sentido de los Estados occidentales contemporáneos que no sea la propia de la democracia liberal. De ahí que las nociones de defensa de la constitución y defensa de la democracia se utilicen en forma intercambiable o se hable de “defensa de la democracia constitucional”¹.

Durante lo que se conoce como transición democrática en Argentina, parte del debate político se orientó a conjurar el peligro del retorno de regímenes denominados autoritarios, especialmente por vía de golpes de Estados y de ataques de grupos armados no estatales. A estas amenazas se sumó la de la destrucción de principios fundamentales de la democracia desde el propio régimen democrático, como había experimentado el país en los años previos al golpe de marzo de 1976,

¹ Para un abordaje que distingue los conceptos de defensa de la democracia y defensa de la Constitución, véase Álvarez Álvarez (2006). Para la idea de defensa de la democracia constitucional, véase Ginsburg y Huq (2018).

donde la delegación del poder civil a los militares para la represión de la disidencia política había sido obra de las propias autoridades constitucionales.

Con este pasado reciente en mente, las discusiones sobre la conocida como “ley de defensa de la democracia” en 1984 y sobre el artículo 36 de la Constitución Nacional de 1994, fueron dos oportunidades fundamentales de debates jurídicos sobre la defensa de la democracia y la Constitución en el país. El objetivo de este artículo es abordar estas discusiones en un marco temporal más amplio y teniendo en cuenta un concepto tradicionalmente olvidado en la literatura constitucional: el de enemigo de la Constitución.

La pregunta por el defensor de la Constitución supone la del enemigo. De hecho, eso parecía estar bastante claro durante la transición democrática: los enemigos eran, por un lado, los agentes de las Fuerzas Armadas que podían intentar ocupar nuevamente el gobierno o condicionar las autoridades constitucionales y, por el otro, la “subversión” o el “extremismo de izquierda” (palabras que, por ejemplo, utilizaba el presidente Raúl Alfonsín). De hecho, tanto los cuatro levantamientos militares entre 1987 y 1990, como el intento de “copamiento” del cuartel de La Tablada en 1989 por parte de un grupo guerrillero, se procesaron mediante un discurso en el cual se suponía que se estaba poniendo en juego la democracia y la Constitución.

La definición de un enemigo constituye un rasgo instituyente de la comunidad política. Este es un punto que puede profundizarse a partir de lo elaborado por Jorge Dotti en su gran texto “La cuadratura del círculo” (Dotti, 2011). El filósofo analiza cuatro herramientas constitucionales de autodefensa en Argentina: a) decretos de necesidad y urgencia; b) punición de la sedición; c) declaración de estado de sitio y d) derecho de resistencia frente a un gobierno de facto (Dotti, 2011, pp. 179-180). Los tres primeros institutos buscan anticiparse a la destrucción de la Constitución, mientras que el cuarto está destinado a enfrentar un poder que ya la ha avasallado violentamente. Al final del texto, Dotti sostiene que “el art. 36 [de la Constitución Nacional] define amigos y enemigos en clave auto-defensiva” (Dotti, 2011, p. 243).

En estas páginas quisiera ahondar en esta línea preguntándome cuáles han sido y son los enemigos de la Constitución argentina.

Analizaré cuatro momentos donde los enemigos y los defensores de la Constitución se han explicitado: (i) la consagración y los usos del artículo 29 de la Constitución histórica todavía vigente; (ii) las discusiones en torno a la defensa de la Constitución en la reforma de 1949; (iii) el debate sobre el artículo 36 surgido de la reforma de 1994 y (iv) dos decisiones de la Corte Suprema que negaron la personería jurídica a partidos políticos. El abordaje se justifica, por un lado, por la escasa propensión en la teoría constitucional argentina a encarar el problema de la enemistad y la defensa de la Constitución desde esta perspectiva. Por el otro, por el tiempo histórico en que nos encontramos.

En efecto, este cuestionamiento se hace desde un presente que tiene una condición paradójica. Por un lado, como señalaba Carl Schmitt, en un contexto de hegemonía del pensamiento liberal, la noción de enemigo ha sido sustraída del vocabulario constitucional, ya que la tolerancia implica que el sistema político deba admitir incluso a quienes manifiestan la voluntad de derribar el orden o algunos de sus principios fundamentales. Sin embargo, por otro lado, en nuestro presente, tanto en Argentina como en la región y en diversos Estados occidentales, la amenaza a los regímenes democráticos se ha transformado en un tópico predilecto de las ciencias sociales y el debate público: el ascenso de las derechas extremas, el populismo, la radicalidad, los líderes autoritarios, son algunos de los conceptos que se esgrimen para sostener que la democracia constitucional está en peligro. La pregunta es, entonces, sobre el enemigo de la Constitución en un contexto donde su mención como tal está vedada, a la par que su presencia parece evidente.

2. ¿Tiene enemigos una Constitución?

El hecho más bien obvio que la defensa de la Constitución supone la existencia de enemigos no suele ser reconocido en el debate constitucional, especialmente en Argentina. Bajo una concepción liberal, no suele identificarse enemigos del orden constitucional (Rosler, 2023, p. 162). Como no hay enemigos de la Constitución, entonces, por ejemplo, se admitiría la competencia por cargos públicos por vías

legales a cualquier partido político, incluso a aquellos que sostienen ideas o plataformas contrarias a la Constitución. Un Estado consistentemente neutral debería permitir que cualquier partido político puede utilizar las elecciones para acceder al poder y, llegado el caso, generar una revolución legal, que, como señaló Schmitt (2012b), es la más radical de todas las revoluciones.

Es entendible que la propia noción de enemigo de la Constitución y el mero hecho de pensar en el impedimento de que ciertos partidos políticos participen en elecciones genera un rechazo prácticamente instintivo en Argentina. En definitiva, fue esta la medida tomada, desde un Poder Ejecutivo de facto, contra, por ejemplo, la Unión Cívica Radical (UCR) luego del golpe militar de 1930 y contra el peronismo luego de 1955, también por un gobierno de facto, y que se extendió hasta 1973, lo que abarca, además de dictaduras militares, también dos periodos de lo que, con precauciones, podemos llamar “gobiernos constitucionales”, el de Arturo Frondizi y el de Arturo Illia.

Ahora bien, estos dos ejemplos, como es obvio, no nos hablan del problema de la autodefensa de la Constitución, ya que era justamente la Constitución la que estaba abrogada por los golpes militares que proscribieron los partidos políticos que habían accedido al poder por las vías constitucionales. En otras palabras, estos casos no nos dicen nada sobre la posibilidad de que el propio régimen constitucional determine que existen enemigos de la Constitución. Mucho más importante es preguntarnos, en Argentina, por la noción de enemigo de la Constitución durante la vigencia de la misma.

Para entender la lógica del liberalismo con relación a la enemistad, la referencia a Schmitt es obligada. Para el jurista alemán, el liberalismo anula la noción de enemigo y la reemplaza por la de adversario o competidor (Schmitt, 2009a, p. 58). Esto genera tres de los conceptos de neutralidad interna al Estado que desarrolló en 1931 (Schmitt, 2009b). Son tres concepciones en sentido negativo de neutralidad, es decir, neutralidad que inhibe la decisión. En primer lugar, menciona la “concepción instrumental del Estado”, la cual lo concibe como “despolitizado por completo”. El Estado como un mero instrumento técnico a “disposición de cualquier usuario”

(Schmitt, 2009b, p. 126), un argumento que también usaría Karl Loewenstein (1937a, p. 423) unos años después desde su exilio en Estados Unidos. Schmitt señala explícitamente que este tipo de Estado no tiene la “capacidad para distinguir entre amigo y enemigo” (Schmitt, 2009b, p. 126).

Íntimamente relacionada con esta idea, Schmitt explica otra noción de neutralidad como “igualdad de oportunidades en la formación de la voluntad estatal”. Con base en esta neutralidad, “Todos tienen la posibilidad de alcanzar la mayoría, y si alguien queda en minoría, sometido a la superioridad de votos del otro, se le recordará que ha tenido y sigue teniendo la posibilidad de llegar a ser mayoría” (Schmitt, 2009b, p. 127). Inmediatamente después aclara que “[t]ambién esto es una idea liberal de justicia” (Schmitt, 2009b, p. 127)².

Finalmente, Schmitt señala un sentido de neutralidad en el cual “todo grupo u orientación [es] susceptibles de entrar en consideración” al momento de “servirse de las ventajas y demás aportaciones del Estado”. Schmitt menciona, por ejemplo, la neutralidad en el uso de la radio por parte de los partidos políticos. Este sentido de neutralidad implicaría que cualquier posición política, no importa si es contraria incluso a las ideas del Estado, pueden valerse de la radio en paridad con sus “competidores” democráticos (Schmitt, 2009b, p. 128).

Ahora bien, el jurista alemán insistió en que, a pesar de su ocultamiento, el enemigo del orden resurge para usar la tolerancia contra el propio orden. Por eso es que, como sostiene en *El concepto de lo político*, todo orden político ha tenido que “en caso de situación crítica”, determinar la existencia del “enemigo interior”, es decir, “formas de proscripción, destierro, ostracismo, de poner fuera de la ley, en una palabra, de declarar a alguien enemigo dentro del Estado; formas automáticas o de

² Por supuesto, no de todas las corrientes que pueden englobarse dentro del liberalismo. Con posterioridad a Schmitt, las críticas de, por ejemplo, Dworkin a la concepción utilitarista de justicia operan en un sentido similar. Dworkin critica al utilitarismo por mantenerse “neutral” frente a cualquier preferencia individual en el “cálculo maximizador” (Gargarella, 1999, p. 27).

eficacia regulada judicialmente por leyes especiales, formas abiertas u ocultas de circunloquios oficiales” (Schmitt, 2009a, p. 75).

Esta determinación del enemigo interior supone un nivel de intensidad política que, llegado el caso, puede derivar en una guerra civil:

Según sea el comportamiento del que ha sido declarado enemigo del Estado, tal declaración será la señal de la guerra civil, eso es, de la disolución del Estado como unidad política organizada, internamente apaciguada, territorialmente cerrada sobre sí e impermeable para extraños. La guerra civil decidirá entonces sobre el destino ulterior de esa unidad (Schmitt, 2009a, p. 75).

En definitiva, para Schmitt, el enemigo es una realidad a pesar de la negación que se hace desde el pensamiento liberal. De hecho, el problema de la enemistad es que, al intentar negarla, resurge con mayor intensidad. Como sostiene en *Ex captivitate salus*, “Ay de quien no tenga enemigos, porque su enemigo le hará justicia” (Schmitt, 2012a, p. 65). Por eso es que, tanto Schmitt antes de 1933, como un exiliado del nazismo como Loewenstein (1937a; 1937b) después, tuvieron que enfrentarse a la defensa de la Constitución y de la democracia frente a sus enemigos.

Teniendo en cuenta esto, es posible sugerir que el pensamiento constitucional también debería poseer una dimensión estratégica en el sentido que le da Edgardo Manero (2014). Para el autor, la dimensión estratégica “conciene a la toma de decisiones destinada a garantizar la supervivencia de un colectivo de identificación” (p. 15). Esta supervivencia, para Manero, contiene aspectos que exceden lo exclusivamente militar. Las amenazas, como es evidente, no surgen exclusivamente de un ataque convencional de otro Estado. Aunque la tradición constitucional usualmente no lo resalte, toda constitución es producto de una decisión fundamental por un orden político que implica un acto de exclusión. “La violencia se instituye como el fenómeno mítico y fundador de la política” (Manero, 2014, p. 51), algo en lo que, entre otros, también ha insistido Grüner (2007) para separarse de la teoría liberal y deliberativista que impregna el constitucionalismo. Por supuesto, esta idea tiene, también, raigambre schmittiana, tanto en su teoría constitucional como en sus ideas jurídicas en general (Tripolone, 2021). El *nomos* como acto de

decisión sobre un espacio para determinar la división y el reparto entre la comunidad se hace frente a “otro”. Esa alteridad es “una suerte de exterior constitutivo cuya función deviene clave para la propia identidad, para su constitución siempre precaria” (Laleff Ilieff, 2022, p. 84). En resumen, el poder constituyente es siempre una decisión en confrontación con los enemigos de la Constitución, lo cual, como se verá a continuación, se objetiviza en el texto y la praxis constitucional.

3. La conjura del enemigo de la Constitución en Argentina

Como no podía ser de otra forma, todas las constituciones argentinas han tenido cláusulas de autodefensa. La Constitución de 1819 incluyó en su artículo CXXXVIII un enunciado que, en forma explícita, declaraba como “enemigo” a quienes atentan contra la Constitución: “Todo el que atentare o prestare medios para atentar contra la presente Constitución, será reputado enemigo del Estado y castigado con todo el rigor de las penas hasta la de muerte y expatriación, según la gravedad de su crimen”.

La Constitución no sólo establecía dos acciones (atentar o prestar los medios para atentar contra la Constitución) y sus posibles castigos (incluso pena de muerte y expatriación), sino que calificaba a las personas que cometieran estos actos como “enemigo del Estado”. Esta mención es importante, sobre todo si se tiene en cuenta que en el texto de la otra Constitución “fallida” del siglo XIX, la de 1826, ya no se menciona la idea de “enemigo del Estado”. El artículo 191 estableció que “Todo el que atentare o prestare medios para atentar contra la presente Constitución después de aceptada será castigado hasta con la pena de muerte, según la gravedad del crimen”.

En ambas cláusulas existe una criminalización de quien atenta contra la Constitución, en el sentido evidente en que se castiga penalmente a quien lo hace. Sin embargo, en la de 1819 hay una declaración política sobre la enemistad que no contiene la de 1826. El carácter de enemigo se oculta o, al menos, se subsume en la idea de criminal, algo que, tal como señaló Schmitt, es un movimiento propio de la tradición liberal. La Constitución de 1819 mencionaba en dos oportunidades más al enemigo, no casualmente, al precisar las atribuciones del Poder Ejecutivo:

Artículo LXXIX: “Publica la guerra y la paz: forma y da dirección a los ejércitos de mar y tierra para defensa del Estado y ofensa del enemigo”.

Artículo LXXX: “Rechaza las invasiones de los enemigos exteriores; previene las conspiraciones, y sofoca los tumultos populares”.

A partir de 1853, el texto constitucional pasó a contar con una sola referencia explícita a la idea de enemigo. Se halla en el actual artículo 119 referido a la “traición a la Nación”, la cual “consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándoles ayuda y socorro”. Usualmente, la doctrina penal y constitucional ha entendido el concepto como el enemigo en una guerra, fundamentalmente interestatal y declarada formalmente, algo inexistente en el derecho internacional posterior a la Segunda Guerra Mundial (Tripolone, 2024, pp. 109-117). No es la idea del artículo CXXXVIII de la Constitución de 1819, el cual, evidentemente, refería a un conjunto de problemas más amplio, que incluía el que Schmitt llamaba “enemigo interno”.

En cualquier caso, la falta de mención explícita en el texto constitucional no implica que la idea de un “otro” no haya sido constitutiva del orden. El propio orden se configuró en oposición a un grupo político cuyo proyecto de organización no podía compartir el mismo espacio. La institución del propio orden se hace frente al enemigo y por oposición a él. El texto y la praxis constitucional lo resaltan.

321

a. El artículo 29 y los infames traidores a la patria

Aunque la pregunta por el enemigo de la Constitución en Argentina está prácticamente ausente en el debate constitucional, su texto es claro en cuanto a la aceptación de quién era su enemigo al momento de su sanción. Esto lo ha resaltado en un trabajo todavía inédito Pedro Caminos (2023)³. Caminos afirma que la idea republicana de la Constitución Nacional tiene enemigos, los cuales están representados en el orden anterior a 1853. Esto podría resultar obvio, si no fuera

³ Gran parte de la motivación de desarrollar esta investigación partió de la lectura de este trabajo inédito. Agradezco al autor por habérmelo compartido y por permitirme citarlo.

porque el derecho constitucional se estudia en un contexto donde la idea de enemistad está ausente del vocabulario político y constitucional. La república formada en la Constitución tendría su antagonista en el régimen de Rosas. La prohibición de entregar la “suma del poder público” y las “facultades extraordinarias” (art. 29) es una formulación suficientemente expresiva de esta enemistad⁴. La cláusula completa indica que:

El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.

Los actos enumerados en el artículo importarían una supresión de la Constitución por vías legales. No es casual que la pena sea de los “infames traidores a la patria”. Como señala Schmitt, “el caso más importante de alta traición” es aquel que castiga “una empresa dirigida ‘a cambiar violentamente la Constitución’” (Schmitt, 2009c, p. 133). No es, aclara Schmitt, la búsqueda de cambiar la ley constitucional, sino instituciones o fundamentos de la vida política de una comunidad. Como se verá, la jurisprudencia de la Corte Suprema de nuestro país ha producido nociones similares.

En la literatura constitucional argentina, Antonio Hernández sostiene que la cláusula posee un “profundo sentido republicano y democrático, que repudia todo tipo de autoritarismo y establece límites en el accionar público en defensa de los derechos de los hombres” (Hernández, 2003, p. 46). En este comentario del siglo XXI se aprecia la dicotomía que todavía inspira el artículo 29 entre

⁴ Caminos (2023, p. 6) sostiene que “Una constitución, al constituir a un sujeto constitucional, es decir, a un grupo, lo diferencia de otros grupos. Esa definición de la identidad colectiva tiene un componente positivo: ‘Somos republicanos’. Pero también, y principalmente, uno negativo, que es la identificación de los enemigos. En el caso de la Constitución Nacional, los enemigos son quienes quieren volver al estado de cosas anterior a 1853”.

república/democracia/derechos del hombre, por un lado, y autoritarismo, por el otro. Sin embargo, lo cierto es que estas ideas más bien abstractas tenían, en 1853, un sentido político-polémico concreto: estaban dirigidas contra Rosas y sus seguidores.

De hecho, es importante recordar que este artículo no se inspiró en la Constitución de Estados Unidos, sino que es original de los constituyentes argentinos (Rossetti, 2019, pp. 962-963). Esto hace todavía más evidente que la cláusula constituye la expresión de la enemistad concreta de ese tiempo y espacio. Con la batalla de Caseros, la guerra había consolidado una estructura de poder particular donde el rosismo había sido derrotado y Buenos Aires saqueada y sitiada. El orden político se plasmó en la propia lógica de la guerra, que luego fue constitucionalizado en 1853. El artículo 29 es la expresión jurídica de la violencia instituyente de la guerra.

Esta cláusula fue usada en la jurisprudencia de la Corte Suprema durante el siglo XX para definir otros enemigos de la Constitución. En la causa más famosa, fue invocada para una de las acusaciones contra Juan D. Perón durante su exilio luego del golpe militar de 1955. Se buscó condenar como “infame traidor a la patria”, según la fórmula del artículo 29, al expresidente por haber aceptado la “suma del poder público” y las “facultades extraordinarias”.

La acusación no era sólo contra Perón, sino contra exfuncionarios y dirigentes de sus dos gobiernos entre 1946 y 1955. Aunque no todas las causas contra funcionarios fueron atendidas por el Poder Judicial, la Corte Suprema determinó, en dos sentencias contra Perón en 1960 (Fallos 247:387 y Fallos 248:412), que los delitos establecidos en el artículo 29 no son amnistiables y, por tanto, la ley de amnistía política 14.436 de 1958 no le era aplicable (Oyhanarte (h), 2014, pp. 713-714; Rossetti, 2019, p. 966). Perón era, en la lucha política concreta de ese tiempo, el enemigo de la Constitución. El artículo 29 era el arma para confrontarlo.

El artículo 29 también fue utilizado por la Corte Suprema como medida preventiva, es decir, como herramienta contra agrupaciones políticas que no habían tomado el poder, pero que pretendían hacerlo y que, según el tribunal, su ejercicio implicaría violentar la Constitución en los términos de la cláusula. Esto lo hizo en la causa

“Spagnol” (Fallos 191:388), de 1941, en la que se juzgó la aplicación de un edicto policial contra una reunión no autorizada en una biblioteca popular del Partido Comunista. La Corte describe la reunión como la “inauguración de un centro organizado” del “Partido Internacional Comunista, Sección Argentina”. Es decir, en palabras del tribunal, “no se trataba de un conjunto de hombres apacibles y teóricos reunidos para tratar determinado tema” (Fallos 191:395). Esta distinción parece importante, ya que, para la Corte, el derecho de reunión presupone la existencia de una “causa lícita indispensable para su ejercicio”. Una reunión que aspira a “suprimir las libertades individuales aseguradas a los habitantes de la República por el capítulo primero de nuestra Carta Fundamental” no sería legal (Fallos 191:392).

En este contexto, la Corte enlaza el peligro de la supresión de las libertades de los habitantes con el mitin del Partido Comunista. Lo llamativo es que se vale de la cláusula del artículo 29, dirigida explícitamente a funcionarios del Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, y la aplica a personas que no cumplen ninguna función pública. Para los jueces, el artículo 29 contiene una

implícita negación del derecho de reunión cuando tuviera por fin recomendar o proponer a la consideración de otros hombres cualquier sistema político mediante el cual la vida, el honor o la fortuna de los argentinos, o de los extranjeros domiciliados en el país, llegara a quedar a merced de algún gobierno o persona (Fallos 191:391-392).

Lo que la Corte quiere evitar son los actos preparatorios a la toma del poder que, se supone, llevarían a la ejecución de las acciones que el artículo 29 busca impedir. Para el tribunal, no puede legitimarse una reunión que, “a la larga se propusiera igual objeto”, esto es, se propusiera otorgar la suma del poder público o facultades extraordinarias (Fallos 191:392).

Bajo esta tesis, el artículo 29 también se aplica a particulares, ya que, para la Corte, “resultaría extraordinario” que los actos de la cláusula analizada se rechacen para los representantes del pueblo, pero puedan “ser materia legítima del derecho de reunión para auspiciar un sistema político que, por su contenido, llevaría, cabalmente, a la misma finalidad fulminada por el art. 29” (Fallos 191: 393). El

derecho de reunión está “acordado para salvaguardia de las libertades argentinas y no para su aniquilamiento” (Fallos 191: 394). La discusión contemporánea sobre la punición anticipada del “enemigo” en la teoría penal, que hiciera famosa Günther Jakobs, encuentra aquí un precedente fundamental en el derecho argentino.

Para cerrar con esta causa, es interesante la cita que hace María R. Pugliese de un comentario posterior elaborado por Juan Carlos Rébora en el que, según la autora,

[Rébora] consideró que la sentencia tenía una extraordinaria significación política y que la Constitución debía protegerse y ser congruente con sus principios de libertad. Recordó, además, que las empresas antidemocráticas eran las que más exaltaban las democracias, pues éstas amparaban sus acciones. La sentencia de la Corte introdujo un cerco a esos intentos (Pugliese, 2014, p. 360).

Es la misma línea argumental de Loewestein para la defensa de la democracia frente al fascismo: el sistema democrático ofrece las condiciones para que los movimientos antidemocráticos prosperen, por lo que la Constitución debe defenderse de un uso contrario a sus fines. Ahora bien, no caben dudas de que, frente a esta jurisprudencia, la defensa de la Constitución también puede ser vista como un ejemplo más del uso de la legalidad como “arma envenenada” contra el enemigo (Schmitt, 2004, p. 256). Alguien podría decir, parafraseando también a Schmitt, que, quien dice defender la Constitución, busca engañar: no es la defensa de la Constitución contra sus enemigos, sino la defensa del gobierno, la clase social o el bloque de poder lo que se protege contra sus amenazas. Esto también se aprecia en uno de los actores perseguidos sobre la base del artículo 29 luego de un golpe militar, el peronismo, quien había sido muy consciente de la enemistad y, por tanto, de la necesidad de defender la Constitución y así lo plasmó en la reforma de 1949. A la par, se lo acusó de pretender usar estas herramientas como mecanismos de persecución política.

b. La Constitución en 1949, sus enemigos y defensores

Los convencionales constituyentes de 1949 también fueron conscientes de estar sancionando una Constitución que debía protegerse contra un enemigo. Arturo Sampay explicitó que la reforma constitucional era, entre otras razones, para

modificar aspectos centrales de la defensa nacional, algo que he analizado en otro trabajo (Tripolone, 2020). Esta preocupación por la defensa nacional está muy relacionada con la defensa de la Constitución.

Sampay sostuvo en la Convención Constituyente que las guerras habían cambiado y, por tanto, el país y su régimen constitucional tenían enemigos, que eran internacionales, pero también internos. Como analicé en el trabajo citado, esto se enlazaba con las ideas del propio Perón, quien, en la apertura de la Asamblea Legislativa del año de la reforma, había señalado que el mundo se hallaba “conmovido” por las luchas de “ideologías extremistas y dispares”, por lo que sería “suicida que los Estados de estructura democrática no adopten elementales medidas de defensa dentro del campo de la ley”. Este fue uno de los argumentos por el que Perón pidió que se le concediera al Poder Ejecutivo los “medios indispensables para una acción directa” frente a las amenazas del momento (Congreso de la Nación Argentina, 1949). La Constitución de 1949 propuso, en términos de Sampay, un “vigorizamiento” del Poder Ejecutivo, lo cual, como señaló Perón, se relacionaba con la defensa del Estado (Tripolone, 2020, p. 118).

326

¿Quiénes eran los enemigos? En la cita anterior se ve que, para Perón, eran las “ideologías extremistas y dispares”. Sampay lo explicitó más directamente: los enemigos del Estado y de la Constitución argentina eran “las dos layas del totalitarismo”, la que “se alimenta en la deificación del Estado o de una raza [...] y la que se basa sobre el mito de una clase social deificada, pero que encubre, en verdad, un tremendo imperialismo nacionalista que penetra y desquicia el orden social de los demás países mediante los partidos comunistas” (Sampay, 2019, pp. 289-290). Más directo, los “fascismos” y el comunismo.

Para Sampay, la democracia se halla en riesgo porque el comunismo y quienes aspiran a “dictaduras totalitarias” se valen “de la libertad para destruir la libertad” (Sampay, 2019, pp. 362 y 389). Esto era posible por el “yerro esencial del liberalismo burgués”, que “fue concebir la sociedad democrática como un campo abierto a todas las concepciones básicas de la vida común, sin tomar en consideración que fuesen destructoras de la libertad y del derecho” (Sampay, 2019, pág. 389). Un Estado

democrático no puede tolerar agrupaciones políticas que compitan en igualdad de oportunidades con los partidos políticos democráticos. Sampay combatió la neutralidad del Estado liberal-burgués tanto en este discurso como en su producción académica (Segovia, 2004, pp. 390-396; Wieczorek, 2024).

Esta posición también fue esgrimida por Ítalo Luder, quien sostuvo que,

frente al liberalismo de inspiración ochocentista que aún sueña con un régimen político carente de juicios de valor, cuyas neutralizaciones le hacen terrenos propicio a las incitaciones foráneas, postulamos una democracia beligerante, consciente de sus razones, celosa de sus derechos, intransigente con sus enemigos (Convención Nacional Constituyente, 1949c, p. 482)⁵.

Esta democracia beligerante se opone a la “indiferencia frente a ideologías que intentan subvertir los fundamentos de nuestro orden político, espiritual y moral” (Convención Nacional Constituyente, 1949c, p. 482).

Los artículos 15 y 21 de la Constitución de 1949 buscaron ofrecer las herramientas de defensa del Estado contra estos enemigos. El primero de ellos decía:

El Estado no reconoce libertad para atentar contra la libertad. Esta norma se entiende sin perjuicio del derecho individual de emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal, sometido únicamente a las prescripciones de la ley.

El Estado no reconoce organizaciones nacionales o internacionales cualesquiera que sean sus fines, que sustenten principios opuestos a las libertades individuales reconocidas en esta Constitución, o atentatorias al sistema democrático en que ésta se inspira. Quienes pertenezcan a cualquiera de las organizaciones aludidas no podrán desempeñar funciones públicas en ninguno de los poderes del Estado.

Quedan prohibidos la organización y el funcionamiento de milicias o agrupaciones similares que no sean las del Estado, así como el uso público de uniformes, símbolos

⁵ Esta cita al discurso de Luder no se hallaba en el manuscrito original. La incluyo a partir de una valiosa indicación en una de las evaluaciones anónimas de la que estoy muy agradecido. Quien evaluó el texto notó que la idea de “democracia beligerante” usada por Luder puede ser una traducción de *wehrhafte Demokratie*, lo que se conoce más ampliamente en español como “democracia militante”.

y distintivos de organizaciones cuyos fines prohíbe esta Constitución o las leyes de la Nación.

Rodolfo Valenzuela, convencional por el peronismo, sostuvo que esta cláusula “carece de antecedentes doctrinarios, pero está abonada por los acontecimientos de la última década en el orden mundial y nacional” (Convención Nacional Constituyente, 1949b, p. 326). Por su parte, Luder afirmó que implicaba la “proclamación de un nuevo ethos político” que superaba el “viejo dualismo entre la libertad y el orden” y un rechazo a “la neutralidad cultural y política del liberalismo burgués”, lo cual ponía fin a la “indefensión de la libertad” (Convención Nacional Constituyente, 1949c, pág. 481).

El objetivo de la cláusula es, evidentemente, “legitimar constitucionalmente la posibilidad de que [el mismo orden público] se defendiera ante ideologías que pudieran colocarlo en peligro” (Sarrabayrouse, 2019, p. 230). Sarrabayrouse (2019, pp. 231-232) señala como antecedentes de esta norma algunos proyectos de legislación penal que castigaron los “delitos de opinión”, cuestión sumamente polémica por la tensión que genera con la libertad de expresión. Ahora bien, es posible agregar que el primer párrafo puede ser leído como una constitucionalización de lo que la Corte Suprema había establecido, por ejemplo, en la causa “Spagnol” de 1941 que se vio en el párrafo anterior. La “emisión del pensamiento dentro del terreno doctrinal” de la Constitución de 1949 es una idea semejante a la fórmula de la Corte, que cité antes, según la cual la libertad de expresión ampararía el derecho a que “un conjunto de hombres apacibles y teóricos” se reúnan “para tratar determinado tema”.

La sintonía de los otros dos párrafos con las ideas de defensa de la democracia en forma “militante” de Loewenstein es evidente, como también lo es con la oposición de Schmitt y Sampay a la neutralidad liberal. Más clara es la impugnación constitucional a la creación de milicias. Esto también lo escribió Loewenstein en 1937 y tiene como antecedentes inmediatos las milicias de los partidos fascistas y

comunistas de la primera mitad del siglo XX (Loewenstein, 1937b, p. 649)⁶. Con la prohibición de las milicias, la reforma de 1949 sumó una cláusula más a la protección que ya tenía la Constitución de 1853-1860 en el artículo 22 histórico contra los grupos armados no estatales propios del siglo XIX.

El artículo 22 de la Constitución histórica consideró que “Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticiones a nombre de éste, comete delito de sedición”. Esta cláusula se mantuvo en la Constitución de 1949 en el artículo 14. En el artículo 15, los reformadores de 1949 establecieron también una prohibición a las milicias, sus uniformes y distintivos. A diferencia del artículo 22 histórico, la disposición del artículo 15 prohibió “la organización y el funcionamiento” de los grupos armados con independencia de que realizaran o no un acto de violencia. Por el solo hecho de existir ya configuraban una amenaza intolerable para el orden constitucional, ya que desafiaba el monopolio de la violencia legítima del Estado.

Por otra parte, el artículo 21 de la Constitución de 1949 mantuvo, en el primer párrafo, el texto del artículo 30 de la Constitución 1853-1860, es decir, el proceso de reforma constitucional⁷. Sin embargo, a esta cláusula se le agregó un segundo párrafo:

[...] Una ley especial establecerá las sanciones para quienes, de cualquier manera, preconizaron o difundieron métodos o sistemas mediante los cuales, por el empleo de la violencia, se propongan suprimir o cambiar la Constitución o alguno de sus

⁶ Más allá de Loewenstein, Leticia Vita identifica tres “usos de Weimar” en la Convención Constituyente de 1949: (i) como hito del constitucionalismo social; (ii) como “escuela de juristas”, ya que allí produjeron obras centrales de la teoría jurídica personalidades como Hans Kelsen, Carl Schmitt o Hermann Heller; y (iii) como antesala del nazismo. Este tercer sentido es el que me importa destacar: mientras que los convencionales opositores construyeron la analogía entre el proceso que llevó de la Alemania republicana al nazismo como forma de entender el devenir político argentino bajo el gobierno de Perón, Ítalo Luder citó la experiencia de Weimar en un sentido opuesto, esto es, para alertar sobre la posibilidad de que se desconozca la voluntad popular. “De esta manera —dice Vita— [Luder] invierte la acusación radical que declaraba ilegítima la reforma” (Vita, 2020, p. 109).

⁷ El texto del artículo se mantuvo con la salvedad importante de consolidar la interpretación que se había hecho en el Congreso Nacional sobre la votación por los “miembros presentes” de la ley de necesidad de reforma.

principios básicos, y a quienes organizaron, constituyeron, dirigieron o formaren parte de una asociación o entidad que tenga como objeto visible u oculto alcanzar alguna de dichas finalidades.

Este segundo párrafo es, también, un agregado que remite a la causa “Spagnol” de la Corte Suprema. La ley especial que busca sancionar el artículo es aquella que protege el sistema contra organizaciones políticas que, como dijo la Corte con respecto al Partido Comunista Internacional, “a la larga se propusiera[n] igual objeto”, esto es, alterar el sistema constitucional. Como se recordará del apartado anterior, en un ejercicio interpretativo polémico, la Corte Suprema encontró la prohibición de este tipo de organizaciones en el artículo 29. A partir de la Constitución de 1949, el artículo 21 reformado le daba al Estado una herramienta más clara de actuación: el sistema constitucional no toleraría ningún grupo que aspire a “cambiar la Constitución o alguno de sus principios básicos”.

La defensa de la Constitución es, prioritariamente, contra agrupaciones políticas que busquen cambiarla incluso (o, sobre todo) por medios legales. Es indudable que en este caso sucede lo mismo que señalé al final del apartado anterior. Lo único que importa aquí es quién decide sobre qué agrupaciones tienen una legítima aspiración de cambio dentro del sistema democrático y cuáles aspiran a destruir el orden constitucional. Si los casos claros son evidentes, siempre quedará en el medio una amplia zona de penumbra que ofrece a quien decide márgenes amplios de discrecionalidad. De hecho, la oposición al peronismo vio en esta cláusula una legitimación para la persecución política. Por caso, el convencional Antonio Sobral de la UCR percibió que su partido formaría parte de los grupos que se considerarían antidemocráticos o anticonstitucionales en el sentido que propugnaba el peronismo (Convención Nacional Constituyente, 1949a, p. 300). Sería, literalmente, un enemigo de la Constitución.

Cuarenta y cinco años después, otra Convención Constituyente también buscó herramientas nuevas para proteger la Constitución. La preocupación principal ya no era un movimiento político que podía cambiarla por vías legales ni las milicias de partidos políticos fascistas o comunistas, sino los golpes militares que derrocaron

gobiernos constitucionales durante el siglo XX. Estos fueron ejecutados y orquestados desde el interior de las Fuerzas Armadas del Estado, más allá de los vínculos y apoyos civiles, por lo que, en 1994, la autodefensa se pensó de forma distinta.

c. El artículo 36 y la resistencia ante gobiernos de facto

La Constitución de 1949 se derogó luego del golpe de Estado de 1955. En 1956, la dictadura repuso la vigencia del texto de 1853-1860 y, en 1957, se lo reformó nuevamente. El artículo 29 original no se cambió. Tampoco se lo modificó en la reforma de 1994. Para entonces, el enemigo de la Constitución estaba representado por los golpes de Estado y las dictaduras militares (Caminos, 2023, p. 7). El temor no era que el Congreso Nacional le otorgue al Poder Ejecutivo facultades extraordinarias o la suma del poder público. Es decir, la preocupación no era una revolución legal, sino un golpe de Estado. Los golpes de Estado y las dictaduras militares eran los sinónimos de autoritarismo, es decir, lo otro de la democracia que debía ser conjurado.

El texto constitucional surgido de 1994 lo explicitó. La reforma puede ser leída como un episodio más de la “transición” luego de la última dictadura militar, momento en el cual se constitucionalizó aquello que se había discutido durante la década anterior. La mención a la desaparición forzada de personas en el nuevo artículo 43 referido a la acción de amparo y la jerarquización constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos lo atestiguan. Ahora bien, no caben dudas de que el artículo 36 de defensa de la democracia es el enunciado normativo que expresa en forma más consistente esta cuestión. Sin embargo, también es el que más paradojas jurídicas genera (Dotti, 2011).

El artículo 36 ofrece el marco de discusión fundamental sobre la enemistad, la Constitución y su defensa en el periodo de la “transición democrática” luego de 1983. Como señala Velázquez Ramírez (2021), el antecedente de esta cláusula se halla en los debates de la década de 1980 sobre la defensa de la democracia, especialmente alrededor de la ley 23.077 de Protección del Orden Constitucional y la Vida Democrática. Un debate importante de esta ley sancionada en 1984 fue el

“derecho de resistencia”, el cual finalmente no se incluyó. Lo que en el Congreso Nacional se rechazó fue constitucionalizado en 1994. No obstante, este derecho ya estaba presente en algunas constituciones provinciales, tales como la de Jujuy (art. 6), Río Negro (art. 7), San Juan (arts. 121 a 127) o Tierra del Fuego (art. 4).

Es interesante destacar que, aunque esta cláusula se explica por el tiempo de la postdictadura, el enunciado del artículo 36 remite al artículo 27 del proyecto de Alberdi (Manili, 2021, p. 121). Alberdi proyectó una cláusula que diga que “Toda autoridad usurpada es ineficaz; sus actos son nulos”. Esto no se plasmó en el texto original, pero sí en 1994: “Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”. Luego de establecer las penas para los autores, la Constitución legitima el derecho de resistencia: “Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo”.

Tal como he argumentado en otro lugar, los usos del artículo 21 de la Constitución, en especial en el siglo XIX, indicaban que en la obligación de armarse en defensa de la patria y la Constitución ya se encontraba el derecho de resistencia contra autoridades que tomaran o ejercieran el poder en forma anticonstitucional (Tripolone, 2022). De hecho, Antonio Cafiero lo sostuvo en su discurso en la Convención Constituyente de 1994: con el artículo 36, argumentó, “introducimos el derecho a la resistencia, que ya está consagrado en el artículo 21 de la Constitución actual” (Convención Nacional Constituyente, 1994).

Los problemas que generó (y genera) la cláusula del artículo 21 se replican, entonces, en el nuevo artículo 36. Un opositor al proyecto como Roberto Etchenique, del MODIN, lo sostuvo en su momento. Para él, implicaría acabar con “el monopolio a la violencia legítima por parte del Estado frente al agresor exterior o frente al desborde interior”, a la par que la norma “será invocada por toda forma de insurrección política contra cualquier gobierno constituido” (Convención Nacional Constituyente, 1994). Este es un argumento simétrico al que se ha sostenido contra

la interpretación del artículo 21 como legitimación del derecho de resistencia (Tripolone, 2022).

Por su parte, Dotti (2011) señala muy bien los problemas y paradojas que tiene esta formulación normativa: el derecho de resistencia sólo se activa cuando el orden constitucional que lo legitima ya no existe. Es decir, es un mecanismo que surge *después* de los hechos. Como señala el filósofo, su virtualidad previa a los acontecimientos es, en todo caso, “moral” o “política”, en el sentido en que busca generar una consciencia democrática en contra de las irrupciones violentas contra el orden constitucional, pero no jurídica, ya que es justamente la Constitución que lo legitima la que estaría suspendida en el momento de operar el derecho. Por eso es que es muy dudoso que sea cierto lo afirmado por Cafiero en la Convención Constituyente, para quien, “[s]i este artículo hubiese estado incluido en la Constitución actual no hubiera podido dictarse la acordada de la Corte Suprema de 1930, que aceptó de hecho la afirmación de un régimen de facto en la Argentina” (Convención Nacional Constituyente, 1994).

Algo similar ocurre con la nulidad de los actos cometidos por quienes interrumpieren la observancia de la Constitución. Estos sólo podrían ser declarados luego del restablecimiento del orden constitucional que habilita la declaración de nulidad. En esto se asemeja al artículo 29 de la Constitución histórica. Es imposible pensar en juzgar como sedicioso a quien detenta u otorga la “suma del poder público” o las “facultades extraordinarias” mientras las está ejerciendo, ya que la definición de estos actos supone, justamente, que el Ejecutivo concentra las facultades judiciales necesarias para el juzgamiento. Los procesos criminales se harán, en todo caso, con posterioridad al restablecimiento del orden constitucional.

Es justamente este problema el que parece haber querido conjurar la Constitución de 1949 con los artículos 15 y 21. La Constitución peronista creó institutos que buscaron anticiparse al accionar de los enemigos de la Constitución prohibiendo su despliegue en forma previa a la destrucción del orden. En abstracto, preceptos de este tipo están orientados a darle mayor efectividad a la defensa de la Constitución, ya que aspiran a evitar un atentado al orden constitucional y no a remediar sus

efectos. Sin embargo, es obvio que constituyen cláusulas que pueden habilitar excesos y abusos de los gobiernos para controlar opositores. Por otra parte, al menos la historia de los dos primeros gobiernos peronistas mostró que no evitaron la preparación y ejecución del alzamiento fallido de 1951, ni el bombardeo de la aviación naval en 1955, ni, por supuesto, el golpe de Estado definitivo de ese mismo año.

En el caso del artículo 36, las paradojas señaladas lo colocan en una posición extraña en el sistema constitucional: es la cláusula que con mayor énfasis señala al enemigo de la Constitución luego de 1983, pero es la que mayores dificultades interpretativas y de aplicación posee para efectivizar su defensa.

d. Partidos políticos enemigos de la Constitución

Como recordé antes, uno de los conceptos de neutralidad que inhiben la decisión según Schmitt es el que instrumentaliza al Estado. Esto implica que los mecanismos del Estado se constituyen en una herramienta para que cualquier partido político, incluso aquellos con ideas contrarias al sistema político que legitima esa neutralidad, se valga de él para acceder al poder y destruirlo. Este problema concierne, por supuesto, a legitimación de partidos políticos antisistema, una cuestión que ha resurgido en el siglo XXI en el contexto de “desconsolidación de la democracia”, los ascensos del “populismo”, las “nuevas derechas” o la “radicalidad”.

Luego de la reforma constitucional de 1994, la Constitución argentina estableció, en su artículo 38, que “[l]os partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático”. Agregó que “[s]u creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución”. Este es el único límite para la “creación y ejercicio” de los partidos políticos. No hay requisitos constitucionales sobre una ideología política particular para participar en elecciones (Quintana, 2019). La cláusula se distingue de los artículos 15 y 21 de la Constitución de 1949, a la par que continúan la lógica de la ley de defensa de la democracia de 1984, en la cual se dejó de lado el “sistema de creencias” como razón para excluir a un grupo político del juego democrático (Velázquez Ramírez, 2021, p. 5).

La ley orgánica de partidos políticos 23.298, sancionada durante la “transición democrática” en 1985, garantiza el derecho de formar “partidos políticos democráticos”. Por supuesto, el debate en la doctrina constitucional es qué se entiende por partido político democrático. Quintana, siguiendo a Gelli, sostiene que la manera de determinar que un partido político es antidemocrático está en el artículo 51 de la ley, que establece las causales de extinción de los mismos: además de la voluntad de los afiliados y lo establecido en las cartas orgánicas de los partidos, estos se extinguen cuando las “autoridades del partido o candidatos no desautorizados por aquéllas, cometieren delitos de acción pública” o impartieren “instrucción militar a los afiliados” o los organizan “militarmente” (Quintana, 2019, p. 1076). A esto cabe agregar que el artículo 16 de la ley establece que el nombre de los partidos políticos no puede exteriorizar “antagonismos raciales, de clases [o] religiosos”, limitación que el artículo 38 extiende a los símbolos partidarios.

Ambos supuestos ingresan en dos consideraciones que hizo Karl Loewenstein en 1937 sobre los mecanismos de defensa de las democracias liberales frente al fascismo. Para Loewenstein, el Estado democrático debe prohibir que los partidos políticos impartan instrucción y vistan uniforme militar. A su vez, el Estado debe evitar que sus autoridades cometan o reivindiquen delitos penales (Loewenstein, 1937b). Como indiqué, esto formaba parte de la idea de “democracia militante”. No casualmente, como señala Álvarez Álvarez (2023, p. 352), esta categoría fue receptada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán por primera vez en una sentencia en que declaró inconstitucional la participación del Partido Comunista Alemán (*Kommunistische Partei Deutschlands*, KPD) en la política democrática de la República Federal Alemana (BVerfGE 5, 85).

La democracia militante implica que, en ciertos casos, es posible (o, más bien, necesario) valerse de métodos antidemocráticos para defender la democracia (Ginsburg y Huq, 2018, pp. 170-171). Esto lo ha resaltado muy bien Collings en su libro sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán (Collings, 2015, p. 44). La “democracia militante” de Loewenstein, sostiene Collings, había sido receptada por el Tribunal, lo que significó que, para sus miembros, el orden democrático liberal debía ser combatido, si es necesario, con “medios antidemocráticos”. Como guardián

de la Constitución, el Tribunal debía identificar a sus enemigos y anular su potencial dañoso (Collings, 2015, p. 44).

La sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán se dictó en agosto de 1956. La Corte Suprema argentina emitió, seis años después, una decisión similar contra el Partido Obrero. La Corte decidió la causa en el marco de una política del gobierno de José María Guido para orientar las elecciones de tal forma que los partidos peronistas, comunistas o cercanos a estas ideas no pudieran acceder a cargos públicos (Oyhanarte (h), 2014, p. 761). La Corte Suprema estableció que la Constitución Nacional legitima la restricción de derechos (por ejemplo, el de asociación política) en “defensa del Estado democrático”. El Estado tiene la legitimidad para restringir derechos cuando el objetivo es “la preservación de las instituciones vigentes -fundamentalmente, de las aludidas en el art. 1° de la Constitución- contra todo aquello que las desconozca, afecte o amenace” (Fallos 253:133).

La Corte enlaza esta legitimidad de defensa del Estado con las cláusulas relativas a los poderes de guerra (arts. 67.21 y 86.18 de la Constitución vigente en ese momento), al estado de sitio (art. 23) y a la movilización de las milicias (art. 67.24). Es decir, para la Corte Suprema, la proscripción del Partido Obrero era una medida tan grave como la declaración de guerra internacional (el primer supuesto), un ataque exterior o una situación de conmoción interior que ponga en peligro la vigencia de la Constitución (los supuestos de hecho que habilitan la declaración del estado de sitio) o las “insurrecciones” o “invasiones” (supuestos de movilización de las milicias, que, por otra parte, ya no existían en el país más allá de que permanecían mencionadas en el texto constitucional).

La Corte Suprema sostuvo que no es necesario que el partido político exprese en sus estatutos la vocación contraria al sistema constitucional y democrático, ya que la apariencia de aceptación del sistema es lo que le permite a este tipo de agrupaciones valerse de las vías legales para acceder al poder:

ningún partido subversivo proclama o reconoce su condición de tal. Antes bien, las agrupaciones de este carácter, revistiéndose de una apariencia que las muestra

como si estuvieran adscriptas al sistema institucional en vigor, utilizan lo que podría llamarse ‘las cómodas vías de acceso al poder’ ofrecidas por un Estado democrático, al que descuentan desprevenido y desguarnecido (Fallos 253:159).

La Corte Suprema se valió de un precedente del Tribunal Constitucional Federal Alemán, pero no el que declaró ilegal al KPD, sino el de octubre de 1952 que prohibió el *Sozialistische Reichspartei Deutschlands* (SRD), el Partido Socialista del Reich Alemán, una agrupación neonazi. El gobierno de Konrad Adenauer había solicitado la prohibición tanto de este partido como del KPD. Sin embargo, la política exterior y cuestiones de defensa durante la Guerra Fría explican que, mientras el caso contra el SRD se zanjó rápidamente, la causa contra el KDP se demoró cuatro años más (Collings, 2015, p. 38). No obstante, podría pensarse que el antecedente más promisorio para la Corte Suprema hubiera sido, sin dudas, el segundo.

En cualquier caso, la Corte Suprema agrega como argumento comparado para la decisión los ejemplos del acceso al poder del fascismo en Italia y del nazismo en Alemania. Para el tribunal, los jueces no pueden circunscribir su análisis al “*programa ficticio*” (cursivas en el original), es decir, el que expresan en sus plataformas los “partidos subversivos”. Por el contrario, deben desentrañar el “*programa real y verdadero, aunque oculto*” (Fallos 253:160, cursivas en el original). La Corte Suprema considera que está probado que el programa “real y verdadero” era subversivo del orden constitucional por la “identidad” del Partido Obrero con el Partido Obrero Revolucionario Trotskista, agrupación a la que se le había denegado la personería con anterioridad al fallo.

Otra causa resuelta por la Corte Suprema en relación a la denegación de personería jurídica a un partido político es mucho más reciente, concretamente, de 2009. Refiere al Partido Nuevo Triunfo liderado por Alejandro Biondini. El Centro de Información Judicial, órgano oficial de comunicación del Poder Judicial de la Nación, tituló la nota que difundió la sentencia de la siguiente forma: “La Corte niega personería jurídica a un partido nazi” (Centro de Información Judicial, 2009). La atribución de carácter nazi al partido no era abstracta. Más allá de la biografía de Biondini y sus declaraciones públicas, el Partido Nuevo Triunfo tenía como nombre

original Partido Nacionalista de los Trabajadores, denominación con evidentes reminiscencias al Partido Nacionalista Obrero Alemán.

En su voto, el ministro Carlos Fayt enmarcó la causa dentro del contexto de las discusiones en Europa (Fallos 332:433, consd. 14). En el considerando 15, Fayt comenta largamente la causa del Tribunal Constitucional Federal Alemán contra el SRP de 1952. La causa contra el KDP no es mencionada, aun cuando, en este caso, la decisión es comprensible: por la emulación del Partido Nuevo Triunfo al nazismo, la decisión de la Corte Suprema remitía mucho más a esta sentencia que a la de 1956 contra el KDP.

La Corte Suprema argentina aplicó la Constitución reformada en 1994 y la ley orgánica de partidos políticos de 1985. Para decidir la proscripción de este partido, tuvo en cuenta algo que, como recordé, había señalado Loewenstein en 1937: la necesidad del Estado de evitar la reivindicación de delitos tales como la persecución y aniquilación de grupos poblacionales, el odio racial o religioso, entre otras prácticas propias del nazismo. De lo contrario, sostiene la Corte, se permitiría el “elogio” de tales prácticas y, además, se consentiría en la “realización de un programa orientado a reproducirlo en alguna medida” (Fallos 332:433, cons. 7).

Fayt fundó su decisión desde la perspectiva del sistema representativo y la trascendencia de los partidos políticos en él, consagrada en el artículo 38 de la Constitución desde 1994. Comienza por destacar la importancia de los partidos políticos en el régimen representativo, especialmente en la preparación ciudadana para la participación democrática. La importancia de esta misión, dice Fayt, obliga al Estado a “establecer claramente las funciones y límites de los partidos y defender el régimen representativo en todo cuanto tienda a debilitarlo, desnaturalizarlo o destruirlo” (voto Dr. Carlos Fayt, consd. 11).

Para el ministro, la resolución de la causa aspiraba a limitar el “uso abusivo de un derecho político fundamental” o, en otras palabras, el “empleo inconstitucional de un derecho fundamental” (voto Dr. Carlos Fayt, consd. 18). Esta formulación remite a la prohibición de usar la “libertad para atentar contra la libertad” de la Constitución de 1949.

En cualquier caso, Fayt hace suyas las palabras de Pierre Lambert, presidente del Instituto de Derechos del Hombre de Bruselas, quien sostiene que “la propia democracia [...] ha favorecido y continúa favoreciendo la expansión de partidos cuyo programa intenta anular los derechos y libertades” (voto Dr. Carlos Fayt, consd. 14). Fayt continúa la línea teórica trazada por Loewenstein, quien afirmaba que el fascismo constituía una técnica basada en la propaganda, la cual sólo funcionaba en un contexto democrático donde la propaganda podía expresarse libremente. Para concluir, Fayt cita pasajes de la causa “Ríos” (Fallos 310:819) de la Corte Suprema para sostener que no se debe dar al Partido Nuevo Triunfo “la posibilidad de que condicione, mediante la obtención de la personería jurídica pretendida”, asuntos “más íntimos de la vida política nacional, e incluso la acción de los poderes gubernamentales” (voto Dr. Carlos Fayt, consd. 19). Una expresión muy clara de la defensa de la Constitución frente a un ataque de un enemigo que, valiéndose de la propia Constitución, buscaría destruirla.

Mediante la sentencia contra el Partido Obrero y el Partido Nuevo Triunfo, la Corte Suprema identificó dos enemigos de la Constitución que, en gran medida, mantienen la lógica que la Constitución de 1949 explicitó en su texto: la democracia y la Constitución se opone a las, en palabras de Sampay, “dos layas del totalitarismo”. Los términos para designar a ese enemigo mutaron en 2009, dos décadas después del fin de la Guerra Fría. Sin embargo, una misma idea se halla en todo momento: la Constitución tiene enemigos y deben ser conjurados. En este caso, es el tribunal supremo quien identifica al enemigo en última instancia. Si la polémica no creció, la explicación debe encontrarse en que estos enemigos de la Constitución no tenían, como sostuvo Schmitt (2009a, p. 75), la capacidad ni el apoyo para contrarrestar la decisión estatal con la intensidad y la violencia suficiente.

4. Conclusión

El objetivo de este artículo fue mostrar cómo se ha tratado a los enemigos de la Constitución en los mecanismos para su defensa. Si existen los segundos, es porque se reconoce la posibilidad de tener que decidir quiénes son los primeros. Como se ha podido ver, desde el texto original hasta el de 1994, pasando por la reforma de

1949, los mecanismos de autodefensa permiten apreciar cómo la “república” o la “democracia” se oponen al régimen de “suma del poder público” o “facultades extraordinarias”, a las “dos layas del totalitarismo” del siglo XX o a los “actos de fuerza” característicos de los golpes de Estado. La jurisprudencia de la Corte Suprema ha abonado este camino admitiendo el juzgamiento por el delito del artículo 29 y la proscripción de partidos políticos.

Ha resultado evidente que el problema de la defensa de la Constitución se enmarca en la tensión, tan antigua como el constitucionalismo y la democracia liberal, que provoca la necesidad de conjurar a sus enemigos a la par que se evita el uso de la ley como “arma envenenada” contra el adversario político. De ahí que cada decisión judicial, interpretación o cláusula constitucional vistas pueden pensarse en alguno de los dos sentidos. En otras palabras, salvo que se adopte una posición liberal absolutamente consecuente con la idea de neutralidad del Estado, la realidad política obliga a aceptar que es posible que existan enemigos de la Constitución o de la democracia. Sin embargo, la propia mención de esta necesidad genera la corazonada de estar elaborando un discurso que, al menos potencialmente, puede contribuir a destruir lo que se quiere proteger.

340

En el fondo, la democracia depende de quién hace esta distinción (una autoridad política, judicial o el titular del poder constituyente). La pregunta, que posee un enorme eco schmittiano, “*Quis iudicabit?*” se vuelve inevitable. El problema de la enemistad y la defensa de la Constitución se reconduce, entonces, hacia el defensor de la Constitución. De todo lo anterior se deriva que cualquier intento de juridificar la enemistad por medio de cláusulas constitucionales o legales está destinado a fracasar: lo central sigue siendo quién decide. En definitiva, la discusión actual sobre la desconsolidación de la democracia constitucional, el ascenso de líderes autoritarios o antidemocráticos al poder o la erosión o destrucción democrática desde su interior en occidente es de imposible resolución en términos estrictamente legal-constitucionales.

¿Cómo se cita este artículo?

TRIPOLONE, G. (2024). Enemigos y defensores de la Constitución en Argentina: democracia, república y autoritarismo en los límites del derecho constitucional. *Argumentos. Revista de crítica social*, (30), 313-345. [link]

Referencias bibliográficas

Álvarez Álvarez, L. (2006). La defensa de la Constitución durante el periodo de entreguerras. *Historia Constitucional* (7), 229-256.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=259027576007>

Álvarez Álvarez, L. (2023). Legitimidad, lealtad constitucional y democracia militante. *Revista de Derecho Político* (117), 343-356.
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/37931/27882>

Caminos, P. (2023). *Apuntes para entender a la Constitución y a la Corte*. [Manuscrito inédito en preparación].

Centro de Información Judicial. (17 de marzo de 2009). *La Corte niega personería jurídica a un partido nazi*. <https://www.cij.gov.ar/nota-771-La-Corte-niega-personer-a-jur-dica-a-un-partido-nazi.html>

Collings, J. (2015). *Democracy's Guardians. A history of the German Federal Constitutional Court 1951-2001*. Oxford University Press.

Congreso de la Nación Argentina. (1 de mayo de 1949). *Asamblea Legislativa*. https://www2.hcdn.gob.ar/export/hcdn/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/archivos/1949_Mensaje_presidencial_Perxn.pdf

Convención Nacional Constituyente. (8 de marzo de 1949a). *6ta Reunión. 3ra Sesión Ordinaria*. Buenos Aires, Argentina.
<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/49/descargarDiario2/5>

Convención Nacional Constituyente. (8 de marzo de 1949b). *7ma Reunión. Continuación de la 3ra Sesión Ordinaria*. Buenos Aires.
<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/49/descargarDiario2/6>

Convención Nacional Constituyente. (10 de marzo de 1949c). *10° Reunión. Continuación de la 4° Sesión Ordinaria*. Buenos Aires.
<https://www.senado.gob.ar/parlamentario/convenciones/49/descargarDiario2/9>

Convención Nacional Constituyente. (1994). *12a Reunión. 3a Sesión Ordinaria*.
<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

Dotti, J. (2011). *Las vetas del texto*. Las Cuarenta.

Gargarella, R. (1999). *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Paidós.

Ginsburg, T. y Huq, A. Z. (2018). *How to save a Constitutional democracy*. University of Chicago Press.

Grüner, E. (2007). *Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia*. Colihue.

Hernández, A. M. (2003). *Las emergencias y el orden constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Rubinzal-Culzoni.

Laleff Ilieff, R. (2022). *Poderes de la abyección. Política y ontología lacaniana I*. Miño y Dávila.

Loewenstein, K. (1937a). Militant democracy and fundamental rights, I. *The American Political Science Review*, 31(3), 417-432.

Loewenstein, K. (1937b). Militant democracy and fundamental rights, II. *The American Political Science Review*, 31(4), 638-658.

Manero, E. (2014). *Nacionalismo(s), política y guerra(s) en la Argentina plebeya (1945-1989)*. Universidad Nacional de General San Martín.

Manili, P. L. (2021). *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*. Tomo IV. La Ley.

Oyhanarte (h), M. (2014). La Corte del 60: poder moderador ante una democracia cercada (1958-1966). En A. Santiago (h), *Historia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El periodo de la discontinuidad institucional. Tomo II: 1947-1983* (pp. 649-805). Marcial Pons.

Pugliese, M. R. (2014). La Corte Suprema del intervencionismo estatal (1930-1947). En A. Santiago (h), *Historia de la Corte Suprema Argentina. Tomo I: 1853-1947. El período de la continuidad institucional* (págs. 289-458). Marcial Pons.

Quintana, F. J. (2019). Art. 38. En R. Gargarella y S. Guidi (Dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada* (Tomo I) (pp. 1070-1094). La Ley.

Rosler, A. (2023). *Estado o revolución. Carl Schmitt y el concepto de lo político*. Katz.

Rossetti, A. (2019). Facultades extraordinarias, la suma del poder público y los infames traidores a la patria. El art. 29 de la Constitución Nacional. En R. Gargarella, y S. Guidi (Dirs.), *Constitución de la Nación Argentina comentada* (Tomo I) (pp. 962-971). La Ley.

Sampay, A. (2019). Discurso del miembro informante de la mayoría de la Comisión Revisora (Sampay). En M. Benente (Comp.), *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949* (pp. 357-408). Edunpaz.

Sarrabayrouse, E. C. (2019). La Constitución de 1949. Nuevos delitos, ampliación de garantías constitucionales y reformas de la organización judicial. En M. Benente (Comp.), *La Constitución maldita. Estudios sobre la reforma de 1949* (pp. 221-245). Edunpaz.

Schmitt, C. (2004). Legalidad y legitimidad. En H. Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, teólogo de la jurisprudencia* (pp. 245-343). Fondo de Cultura Económica.

Schmitt, C. (2009a). *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (R. Agapito, Trad.). Alianza.

Schmitt, C. (2009b). Resumen de los diversos significados y funciones del concepto de neutralidad en la política interna del Estado (1931). En C. Schmitt, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (R. Agapito, Trad.). (pp. 125-130). Alianza.

Schmitt, C. (2009c). *Teoría de la Constitución* (F. Ayala, Trad.). Alianza.

Schmitt, C. (2012a). Ex Captivitate Salus. En C. Schmitt, *Ex Captivitate Salus - La unidad del mundo - Catolicismo y Forma política* (A. Schmitt, Trad.). (pp. 5-70). Struhart & Cía.

Schmitt, C. (2012b). *La revolución legal mundial. Plusvalor político como premio derivado de la legalidad y la superlegalidad jurídicas* (S. Abad, Trad.). Hydra.

Segovia, J. F. (2004). Peronismo, Estado y reforma constitucional: Ernesto Palacio, Pablo Ramella y Arturo Sampay. *Revista de Historia del Derecho* (32), 347-441.

Tripolone, G. (2020). La Defensa Nacional en la Constitución de 1949. *Revista de Historia del Derecho* (59), 107-139.
http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1853-17842020000100107&lng=es&tlng=es

Tripolone, G. (2021). *La nostalgia por el orden. Carl Schmitt y el derecho internacional*. Tirant lo Blanch.

Tripolone, G. (2022). Republicanismo y ciudadanía armada en la Constitución Nacional Argentina. *International Journal of Constitutional Law*, 20(4), 1563-1589.
<https://doi.org/10.1093/icon/moac068>

Tripolone, G. (2024). *Proveer a la defensa común. La Constitución de la defensa nacional en Argentina*. La Ley.

Velázquez Ramírez, A. (2021). La ley defensa de la democracia: derecho e historia en los debates parlamentarios de la transición (1983-1984). *Estudios Sociales*, 61(2), 1-19.

Vita, L. (2020). Weimar en Argentina: los "usos" de la constitución alemana en la convención constituyente de 1949. *Revista Argentina de Ciencia Política*, 1(25), 94-114.

<https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistaargentinacienciapolitica/article/view/6142>

Wieczorek, T. (2024). Democracia y Estado de derecho en la obra temprana de Arturo E. Sampay. En N. E. Olivares y S. Morán (Eds.), *Republicanismo y democracia en la teoría e historia política contemporánea. Reflexiones desde el Río de la Plata* (pp. 69-98). Quellqasqa.