

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Julio B. J. Maier | La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy | Pág. 6

Eugenio Raúl Zaffaroni | Ciudadanía y jurisdicción en América Latina | Pág. 20

Peter Häberle | El potencial constitucional cultural de la Argentina | Pág. 37

Diego A. Dolabjian | Espacio público: Una mirada desde el Derecho constitucional | Pág. 55

Raúl Gustavo Ferreyra | Sobre la constitución: Concepto, composición y mecanismos | Pág. 68



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Dra. Alicia B. Pierini

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842 - Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Tel.: 4338-4900 / 0810-333-3676

Correo electrónico: consultas@defensoria.org.ar

Página web: www.defensoria.org.ar

Contextos es una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Número 04 - Septiembre 2012 - 1° Edición

Editada por el Área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora Responsable: Dra. Alicia Beatriz Pierini

Coordinador Editorial: Lic. Pablo G. Fernández

Edición: Prof. Karina Casanova Pettigrew

Diseño: Lic. Luciana Garrido - Silvana Ferrary

Es una publicación propiedad de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Propiedad intelectual Nro. 5034368

contextos

Una publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Directora honoraria: Alicia Beatriz Pierini

Director académico: Raúl Gustavo Ferreyra

Secretario académico: Camila Carril

Miembros estables: Fabián Pugliese, Graciela Benín Chirico, Horacio Spandonari, Juan Pablo Pisano Torres, Nerina Da Rin, Nora Cattáneo, Silvina Pennella, Susana Ayala Ferraro, Gustavo Murano y Flavia Massenzio

Por Resolución 510/10, el Consejo Directivo de la Facultad de Derecho de la UBA validó la realización del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como posgrado de esa casa de estudios.

EL ITINERARIO

Por el doctor Raúl Gustavo Ferreyra (*)

Con la publicación del número 4, la colección Contextos, una de las expresiones escritas del seminario, concreta su segundo año de existencia y la edición total de 17 contribuciones que constituyen un aporte sustancial a la discusión crítica del Derecho Público en la Ciudad de Buenos Aires.

La privación de la libertad durante el procedimiento penal. El encarcelamiento preventivo hoy es el escrito del maestro Julio B.J Maier; su tarea magistral generosa y abierta con el seminario ha sido constante a través de sus clases y disertaciones desde la fundación. En esta oportunidad, plantea clara y contundentemente que el encierro en la cárcel en el curso del proceso penal “debe ser un punto especial regulado por aquel Derecho de la privación de libertad, incluso con mayores garantías que las que hoy posee legislativamente”.

El potencial constitucional cultural de la Argentina es el título de la *lectio doctoralis* de otro gran maestro comprometido con el seminario desde su nacimiento, el alemán Peter Häberle, pronunciado en ocasión de su doctorado *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires, en 2009. Aquí, el profesor Häberle destaca, después de revisar y evaluar aspectos europeos y propios del desarrollo argentino, la vitalidad de la comunidad científica local en lo relativo al estado constitucional.

Ciudadanía y jurisdicción en América Latina es el nombre de la nueva contribución de Eugenio Raúl Zaffaroni, también piedra basal del seminario desde su fundación. En su trabajo, Zaffaroni describe magistralmente que por “un camino difícil y particular, plagado de dolor y sacrificios, hemos alcanzado el grado actual de desarrollo de la ciudadanía y hemos configurado nuestra propia cultura jurídica”.

Espacio público. Una mirada desde el Derecho constitucional es el título del escrito especialmente preparado para el seminario por Diego Alberto Dolabjian, y en el cual desarrolla una cuestión crítica, cotidiana y persistente: la utilización del espacio público en la Ciudad, que puede resumirse en estas líneas que cito: “...entre nosotros, lo que deba ser la Ciudad de

Buenos Aires se encuentra proyectado, colectiva y fundamentalmente, en las disposiciones de las Constituciones federal y porteña...”.

Por último, se presenta una nueva contribución escrita especialmente para *Contextos* por el autor de estas letras: *Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos*, donde sostengo que “la constitución no es una creación divina del mundo. Se trata de una modesta y limitada invención humana. Probablemente, la mejor que se conoce, hasta ahora, para robustecer la ciudadanía y organizar el poder comunitario. Hecha por hombres y para hombres que, con sus ilusiones exageradas y detallistas, muchas veces, intentan vanamente por medio de fórmulas normativas encerrar todo el porvenir, o peor todavía: deducirlo”. Esta realización teórica guarda la expectativa de que pueda participar, aprovechar y promover el debate crítico en los contextos constitucionales sudamericano y federal argentino y también en el porteño.

Nuevamente, nuestro agradecimiento a todos y cada uno de los autores, y un reconocimiento especial a toda el área de Comunicación y Publicaciones de la Defensoría en la persona de su responsable, el licenciado Pablo Fernández. Su equipo es el encargado de corregir, diseñar, divulgar y distribuir esta publicación. Y un último gracias para nuestra directora honoraria, Alicia Pierini: sin su aporte y respaldo constantes esta colección sería irrealizable.

(*) Director académico del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD DURANTE EL PROCEDIMIENTO PENAL. EL ENCARCELAMIENTO PREVENTIVO HOY

Panorama

Este relato versa sobre un tema algo envejecido y trillado desde el punto de vista científico o académico –diría: al menos entre nosotros, pasado de moda–, al punto de que yo lo creo agotado, al menos si se lo observa en abstracto, desde el punto de vista del Estado de Derecho; otra cosa es la praxis judicial, en la cual constituye un problema insoluble hasta ahora para el Derecho penal. Voy a referirme al principal modo de coerción personal del enjuiciamiento penal y no voy a abarcar todos los medios de coerción posibles; tampoco me referiré a todos los fines de la coerción procesal, voy a intentar sintetizar el conocimiento universal sobre el más agresivo de todos esos medios, la privación de libertad o el encarcelamiento preventivo, y, en principio, su sufrimiento con una finalidad meramente procesal. Empero, a diferencia de otros relatos, éste, en los tiempos que corren, resulta hasta peligroso para el Estado democrático de Derecho.

1. Alcance histórico del tema

Como tantas otras, las garantías para la libertad locomotiva proceden claramente del liberalismo de fines del siglo XVIII. Tanto la Ilustración, movimiento europeo-continental, como el liberalismo de las colonias inglesas de América del Norte, plasmado en constituciones escritas para el Derecho de los EE.UU., significaron en la materia un desarrollo jurídico inicial claro. Yo tomaré el ejemplo del artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), por ser más afín

¹ Un análisis extenso del tema y de su significación actual, con bibliografía al día, en Pastor, Daniel, "Las funciones de la prisión preventiva", en *Revista de Derecho procesal penal*, Santa Fe (Arg.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, II, pp. 109 y ss.

a mi educación. Allí, a pesar de que para privar de libertad a título de pena estatal se requería un procedimiento judicial previo –juicio previo–, procedimiento que culminaba en un juicio público según el cual el tribunal decidía la absolución o la condena –única que quebraba la inocencia declamada del sospechoso–, nunca se prohibió el encarcelamiento preventivo. Nuestra Constitución nacional, hija de esos movimientos, contiene –a su imagen y semejanza– en un mismo artículo, el 18, las dos reglas: aquella que prohíbe la aplicación de la pena estatal sin sentencia judicial previa y definitiva de condena, y aquella que, sin embargo, abona la necesidad del proceso penal de encarcelar preventivamente en algunos casos. Las reglas jurídicas forjaron allí y en el siglo que le sucede –el siglo XIX– los principios básicos que orientaron la explicación sobre el encarcelamiento preventivo que llega hasta nosotros, a la que se le añadirá otro principio que forja el siglo XX, sobre todo después de la gran conflagración europea, luego universalizada, y conocida como Segunda Guerra Mundial.

2. Resumen de los principios básicos que rigen la materia

A. Presunción de inocencia y encarcelamiento preventivo

El rigor innecesario para con quien sólo era sospechado como autor de un delito o partícipe en él siempre fue ilegítimo. Esto es lo que declama el artículo 9, antes citado. Ello dio lugar, ya en el siglo XVIII, a la formulación del primer principio que tornaba *excepcional* al encarcelamiento preventivo. Así lo reconocen, jurídicamente, casi todas nuestras leyes procesales, más allá de que se pueda demostrar, empíricamente, la vigencia de una situación real contraria a esa regla. De tal manera, el Derecho procesal penal estipula que, durante el procedimiento de persecución penal, la libertad es la regla y el encarcelamiento preventivo una excepción, permitida sólo en caso de necesidad absoluta y para seguridad de la realización de los fines del procedimiento penal, éste, a su vez, único medio realizador o mecanismo de realización del Derecho penal. Cualquier falta de semejanza entre la realidad y esta regla debe serle reprochada al Estado y a sus órganos de persecución penal.

Como por definición no se puede perseguir a un ausente –nosotros no conocemos el procedimiento contumacial en materia penal–, la primera excepción está justificada por el *peligro de fuga*, esto es, por la necesidad de la presencia del sospechoso en su propio enjuiciamiento. Efectivamente, a diferencia del litigio judicial de Derecho privado, nosotros, en materia penal, no concebimos que el procedimiento de persecución penal quede a merced del enjuiciado, de su mera voluntad, y, por ello,

necesitamos privar de la libertad cuando determinamos, por ciertos criterios fácticos, que él no desea someterse al procedimiento o resulta probable que lo impida con su ausencia². La relativa falta de idoneidad de esta fórmula para brindar seguridad jurídica, en tanto se trata de una cláusula abierta, como abiertos son sus criterios más conocidos, nada le quita al hecho de que no confiamos en el sometimiento voluntario de las personas a la pena y al proceso penal que le antecede. Por ello, creo que la única manera de ser consecuente con la afirmación de inocencia y *nulla coactio* hasta la condena firme, es, para mal o para bien, tolerar el procedimiento penal en rebeldía o en ausencia del imputado, tal como lo sostuvo, únicamente que yo sepa, un proyecto de nuevo CPP, en la provincia de Santa Fe, proyecto que no pasó a mayores, a pesar de su mérito. En efecto, si no necesito al sospechoso para someterlo a juicio y condenarlo, puedo prescindir también, aun con problemas³, de ejercer sobre él la fuerza estatal, en forma de privación de libertad, para lograr su presencia en el procedimiento judicial: el procedimiento se llevará a cabo asista él o pese a su ausencia; ello, no obstante, no nos soluciona el problema de la ejecución efectiva de la pena privativa de libertad, razón por la cual, mientras ella se mantenga como pena básica del Derecho penal, existen pocas esperanzas para la abolición del encarcelamiento preventivo. En cambio, en el procedimiento judicial de Derecho privado –e incluso en otros procedimientos de Derecho público– la rebeldía no impide la realización del procedimiento y, por ello, allí no se concibe la privación de libertad locomotiva durante el proceso judicial (salvo rarísimas excepciones, hoy, prácticamente, sólo de importancia histórica: embargo de viaje, por ejemplo), a más de que sus posibles consecuencias, ajenas a la privación de libertad, son asegurable por otras vías cautelares. El procedimiento judicial representa, también, un proceso de conocimiento

² Creo que representa una exageración el criterio de Pastor, Daniel R. en *El plazo razonable en el proceso del Estado de Derecho*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, Cap. IV, 3.2.2., pp. 477 y ss., en especial, b, pp. 480 y ss., cuando ya no concibe el procedimiento penal sin la posibilidad de encarcelar, pues resulta claro que no existe una única forma de privar de libertad en el espacio y en el tiempo: es posible, por ejemplo, privar de la libertad sólo transitoriamente o localmente, para la realización de un acto o de un núcleo de actos en los cuales debe estar presente el imputado, sin necesidad de prolongar ese estado o de agregarle sufrimiento con el encarcelamiento. Algo de ello propondremos al final, como conclusión. Empero, pese a la exageración, el pensamiento básico del autor citado es correcto, pues el procedimiento penal no es un caso de jurisdicción voluntaria o, para ser más preciso, de sometimiento voluntario a la persecución penal; por esta razón –y otras que hoy no vienen al caso– soy crítico de la Ley nacional 25320 (cfr. mi *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2003, t. II, § 10, B, 4, II, pp. 223 y ss.).

³ Sin embargo, tampoco la pena parece ser voluntaria, ni, según también parece, nosotros estamos dispuestos a que lo sea. Paradigmático el primer ejemplo del comienzo del libro de Bauman, Jürgen, *Derecho procesal penal. Conceptos fundamentales y principios procesales* (traducción Conrado Finzi; título original: *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrecht. Eine Einführung an Hand von Fällen*, 3ª edición), Buenos Aires, Ed. Depalma, 1986, Cap. I, pp. 1 y ss.

para sus protagonistas, principalmente para quienes deciden, es decir, un mecanismo para conocer la realidad lo más próximamente posible. Nadie puede ignorar que, eventualmente, el sospechoso o, por su ruego, cualquier otra persona, pueden proceder a destruir o alterar diversos rastros que en el mundo quedan sobre la imputación que se le dirige, destrucción o alteración que, casi siempre, no es punible (encubrimiento propio), según un argumento más que evidente. Por ello, el *peligro de entorpecimiento para la averiguación de la verdad*, en tanto se refiere a otro de los fines irrenunciables del procedimiento penal de hoy⁴, que puede inhibir el imputado ocasionalmente, justifica la intervención preventiva de su derecho a la libertad. También aquí nos topamos con una cláusula abierta en su significado, que sólo puede describir la sospecha del peligro muy genéricamente, por la multiplicidad de acciones u omisiones que, según los casos particulares, pueden fundar esa sospecha. El legislador debería atender más –y atiende en varias ocasiones– a los límites materiales y temporales de la autorización fundada en tal peligro.

B. Pena y encarcelamiento

Es absurdo que el encarcelamiento preventivo provoque un sufrimiento mayor que la pena amenazada o que aquella que se espera como resultado del procedimiento. A todas las reglas referidas a evitar este absurdo se las incluye en el *principio de proporcionalidad* del encarcelamiento preventivo. Así, se comenzó por evitarlo cuando no está amenazada la pena privativa de libertad, aun cuando, como sucedía en el Código de procedimiento penal federal antiguo, la excepción no era parte textual del Derecho procesal penal positivo. Pero el problema fue más allá, pues existen en el Derecho penal mecanismos para evitar la ejecución de esa pena (condenación meramente condicional) o para hacerla cesar (libertad condicional) y porque, además, el tiempo de encarcelamiento preventivo puede superar al permitido para la pena, casos en los cuales, ora referidos a la pena amenazada en abstracto, ora a la que se espera en concreto del procedimiento, según sus sistemas de medición y sus mecanismos de ejecución, el encarcelamiento debe cesar.

Hasta aquí, estos principios y sus desarrollos provienen del siglo XIX. Ellos y las diferencias que ambos suponen entre privación de libertad como pena y como detención preventiva fueron elaborados intelectualmente, en razón de que pena y prisión preventiva si no representan una invasión idéntica en el derecho básico de las personas a la libertad locomotiva,

⁴ Sobre el punto, *cf.* Guzmán, Nicolás, *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2006.

se parecen como gemelos en la realidad: mientras la pena procura una reacción justa al delito cometido, se trate de *retribución* o de *prevención* (general o especial, positiva o negativa), el encarcelamiento preventivo sólo puede procurar salvaguardar la *seguridad del procedimiento penal*, la posibilidad de su realización conforme a sus fines. Aquella, entonces, reconoce fines materiales, esta última, fines meramente procesales.

C. Límite temporal

A estos principios el siglo XX le agregó, no sólo en las legislaciones nacionales, sino también en las convenciones internacionales, universales o regionales, uno todavía más razonable: *la limitación temporal del encarcelamiento preventivo*: llega un momento en que él se vuelve ilegítimo como encierro prolongado y continuo sin condena, y, aunque persistan los riesgos para el procedimiento, aquél debe cesar en razón del mero transcurso del tiempo en prisión. No se ha arribado a una reglamentación más o menos fija y única del plazo, pero, por ejemplo, entre nosotros, por imperio de la legislación histórica, tanto de la federal, como de la provincial, tal plazo gira alrededor de los dos años (salvo que la aplicación del principio de proporcionalidad conduzca a uno menor), todo ello con los avances y retrocesos propios de cada época.

D. Prevención de peligros y encarcelamiento preventivo⁵

No quedaría completo este panorama, ni su descripción, si no hiciéramos hincapié en aquello que ha sucedido desde los años setenta hasta la fecha –cabe aclarar que algunos desarrollos son, incluso, anteriores–, suceso que, además, conforma un verdadero pronóstico de futuro para el siglo que vivimos, y que, por lo demás nos sobrevivirá en sus principios rectores, según creo⁶. El Derecho penal, orientado hoy por la prevención de riesgos⁷, ha modificado, como es natural, el concepto del Derecho

⁵ Bajo el rubro “Amenazas actuales...”, Pastor, Daniel, *Las funciones de la prisión preventiva* cit., IV, pp. 153 y ss. explica la “desviación material de la prisión preventiva” y procura darle solución. Aquí serán expuestas, sobre el final del relato, las exigencias varias que yo considero necesarias para –al menos– paliar esa “desviación”.

⁶ No sólo yo pienso así: *cfr.* Hassemer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, conferencia de apertura de la “Jornada de los defensores penales” del mismo Estado, dictada en la Paulskirche, Frankfurt a. M. (R.F.A.), el 24 de marzo de 2006 (manuscrito original de la conferencia cedido por el autor), V, 1, a.

⁷ Sobre el tema *cfr.* Hassemer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, manuscrito citado, I, 2 y 3, II y III; del mismo autor, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal* (obra en conjunto con Muñoz Conde, Francisco), Primera parte (*Viejo y nuevo Derecho penal*), Valencia (España), Ed. Tirant lo blanch, 1995, B, II, pp. 22 y ss.; Jakobs, Günther, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” (título original: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht), en *Derecho penal del enemigo* (obra en conjunto con Cancio Meliá, Manuel), Madrid, Ed. Civitas, 2003, pp. 21 y ss.; Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), Madrid, Ed. Civitas, 2001, 2.2., pp. 26 y ss., y 6, pp. 121 y ss.; Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General* (traducción Luzón Peña-Días y García Conlledo-Vicente Remesal de la 2ª edición alemana,

procesal penal, la dirección del procedimiento penal y de sus instituciones, pues a través de sus fines y los de la pena fija los del procedimiento judicial de aplicación de sus normas. En este sentido, el Derecho procesal penal es *serviente*, como decía Beling⁸, o, si se quiere, políticamente *dependiente* del Derecho penal. En el siglo en el que vivimos, el Derecho penal practica esa reelaboración e influencia con una rapidez y una fuerza inusitadas, que antes no conocíamos. De un Derecho penal direccionado hacia atrás, hacia la historia, básicamente orientado por la provocación de consecuencias desagradables en el mundo real, se ha pasado a un Derecho penal preventivo, dirigido a evitar riesgos futuros. No es del caso ocuparse aquí de los métodos que emplea el Derecho penal para tornar plausibles esos fines, pero, más allá de su eficiencia o ineficiencia, se incluye entre ellos la proliferación de medidas de seguridad y corrección fundadas únicamente en la peligrosidad del autor; la elaboración de un Derecho penal como mera desobediencia a la norma; la expansión inusitada de los delitos de peligro abstracto, fenómeno consecuente con aquel concepto; la multiplicación de los delitos de omisión en lugar de los de acción, cuya abrumadora mayoría es hoy sólo regla histórica; el escaso poder de definición de nuevos bienes jurídicos sin contenido material, también multiplicados y dejados a merced de la definición o fijación administrativa –con razón Hassemer los ha llamado *institucionales*⁹–; las definiciones escasamente rigurosas de prohibiciones y mandatos penales ya por exceso como por defecto del idioma empleado, normalmente del verbo típico, entre otros métodos que concurren al mismo fin¹⁰. Al conjuro de ese Derecho penal desnudamente preventivo, con pretensión de evitar riesgos en una sociedad que se caracteriza precisamente por la multiplicación exponencial de esos riesgos como producto de la cultura y la obra humana, bien llamada *sociedad del riesgo*¹¹, nace también un nuevo Derecho procesal penal, asimismo orientado hacia el futuro y hacia la prevención de riesgos.

Particularmente, la prisión preventiva se va convirtiendo también en un mecanismo para la prevención de peligros. Así, en un comienzo lejano, se la concibió como obligatoria para ciertos delitos y para cuando la

Strafrecht-AG), Madrid, Ed. Civitas, 1997, § 2, VII, pp. 60 y ss.; desde el punto de vista criminológico y político, O'Malley, Pat, *Riesgo, Neoliberalismo y justicia penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2006.

⁸ Beling, Ernst, *Derecho procesal penal*, trad. Golschmidt-Núñez, Córdoba (Arg.), Imprenta de la Universidad, 1943, § 1, 1, pp. 1 y ss.

⁹ *Cfr.* el ya citado *Viejo y nuevo Derecho penal*, B, III, 2 y 3, pp. 28 y ss.; Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal (Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª edición), 6, pp. 121 y ss.

¹⁰ *Cfr.*, sin agotar, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el Derecho penal*, Bogotá-Colombia, Ed. Ibáñez y Universidad Santo Tomás, 2006, pp. 23 y s.

¹¹ Beck, Ulrich, *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. (R.F.A.), Ed. Suhrkamp, 1991, p. 10.

amenaza penal era grave (superior a 8 años: delitos graves y también de mediana gravedad, entre nosotros), el llamado *peligro por la gravedad del crimen*, que anticipa la pena, frontera que tan sólo representa uno de los indicadores del peligro de fuga –criterio que no es tan rígido, como se observa– en legislaciones más liberales. Pero a él se le agregó otro motivo justificador del encarcelamiento preventivo: el *peligro de reiteración*. Ninguno de estos dos fundamentos justificantes se vincula de manera alguna a la *seguridad del procedimiento judicial*. Ellos representan, antes bien, una transmisión directa de fines del Derecho penal preventivo al Derecho procesal penal, también preventivo, según veremos más adelante.

3. Conclusión

A. Síntesis

Según se puede ver en la apretada síntesis anterior, los principios fundantes o justificantes de la detención preventiva estaban prácticamente completos al final del siglo XIX y comienzos del XX. A ellos el siglo XX les agrega –especialmente poco después de la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, y ya dentro de aquello que ha dado en llamarse *sociedad del riesgo*– una finalidad absolutamente preventiva, consistente en el peligro de reiteración delictiva, y una finalidad disimuladamente preventiva, en tanto algunos la refieren al peligro de fuga, la gravedad del delito; tributaria de esta última es la llamada *alarma social*, que, entre nosotros, se edificó alrededor del rechazo de la *excarcelación*.

Yo creo que también entre nosotros la discusión ha concluido, más allá de la posición que cada uno adopte sobre el particular y de sus criterios justificantes. Aquí el punto de partida del tema, elaborado científicamente y tratado con propiedad, fue conformado por los *Estudios de Derecho procesal penal* de Alfredo Vélez Mariconde¹² que, a raíz de la transformación que trajo consigo el Código de Córdoba, publicó la Universidad con sede en esa provincia para quienes estudiaban la materia, contenidos luego reproducidos y ampliados en “La coerción personal del imputado”¹³. Un discípulo de él, el Prof. Dr. José I. Cafferata Nores, se encargaría, más allá de trabajos particulares sobre diversos puntos del tema, de ponerle el final con su tesis doctoral sobre *La excarcelación*¹⁴.

Ello indica que yo no tengo demasiado que agregar. La cuestión quedó

¹² Mariconde, Alfredo Vélez, *Estudios de Derecho procesal penal*, Córdoba (Arg.), Imprenta de la Universidad, 1956, t. I, Segunda parte, Cap. VII, pp. 283 y ss., y t. II, Tercera parte, Cap. IV, § 5, pp. 245 y ss.

¹³ *Revista argentina de Derecho procesal*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 1968, n° 1, pp. 93 y ss.

¹⁴ Cafferata Nores, José I. *La excarcelación*, Córdoba-Buenos Aires, Ed. Lerner, 1977.

definida universalmente a favor de aquello que se comprende por Estado de Derecho y como Derecho penal orientado hacia el pasado ya promediando el siglo XX. Desde allí en adelante, una creciente y avasalladora corriente de Derecho penal orientado hacia la prevención de riesgos ganó la partida, impuso sus fines preventivos y dirigió al proceso penal, y al encarcelamiento durante su transcurso, al cumplimiento de esos fines, cuestión de actualidad que me gustaría aclarar para no dejar inconcluso el punto¹⁵.

B. La actualidad y su crítica

1. El Derecho penal preventivo y su influencia sobre el procedimiento penal y sus instituciones

a. Influencia histórica: la poena extraordinaria o las penas de sospecha

Le ha resultado sencillo al Derecho penal influir sobremanera en el Derecho procesal penal. De allí el carácter material de *serviente* que Beling le adjudica a este último por su papel –si se quiere, formal– de realizador del Derecho penal. A tal punto ello es así que, por siglos (todo el transcurso de la Inquisición), las dos ramas jurídicas no estuvieron divididas en leyes y códigos diferentes: ambas eran segmentos de una única disciplina¹⁶. Particularmente, se recuerda como otrora, históricamente, con las *penas de sospecha* o la *poena extraordinaria*, en tanto ellas eran aplicables a simples sospechosos, a quienes no se les había verificado con *plena prueba* la imputación, se lograba edificar al Derecho penal en un sentido muy distinto a aquel de su nacimiento como rama jurídica del Estado de Derecho y, si se quiere, burlar varios principios penales básicos, en verdad establecidos en los siglos posteriores gracias a la Ilustración (legalidad, *in dubio pro reo*)¹⁷. Ejemplos de esta índole –como por años les indiqué a mis alumnos– existen en la literatura común: vale la pena leer,

¹⁵ Para ser justos, en el ámbito de aplicación del CPP Nación, se ha producido –causa n° 21.143 de la C.C.C., “Barbará, Rodrigo Ruy a/ exención de prisión”– un saludable regreso a la historia y hacia el principio que denota al encarcelamiento procesal como excepción, en “Un fallo contra la concepción de la prisión provisional como sanción”, título con el que da cuenta de ello Díaz Cantón, Fernando, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004, B, pp. 561 y ss. (reproducido en *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2005, pp. 71 y ss.). Del mismo proceso da cuenta Ottaviano, Santiago, “¿‘Libertad provisional’ o ‘derecho a la libertad’? La libertad del imputado durante el proceso a la luz de los instrumentos internacionales de derechos humanos”, en *Revista de Derecho procesal penal*, Santa Fe (Arg.), Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 393 y ss.

¹⁶ Piénsese en la codificación de *Las siete partidas* de Alfonso El Sabio, monumento jurídico de la época (siglo XIII), que rigió en las colonias hispanas posteriores a través de varias leyes y de la Nueva Recopilación (legislación supletoria). Sólo la legislación napoleónica comenzó la diferenciación actual entre Derecho penal material y formal. Otro tanto se puede decir de la *Carolina* alemana (cfr. mi *Derecho procesal penal*, t. I, § 5, D, 4 y 5, pp. 300 y ss.).

¹⁷ Cfr., sobre estas penas, Thäle, Brigitte, *Die Verdachtsstrafe in der kriminalwissenschaftlichen Literatur des 18. und 19. Jahrhunderts*, Frankfurt a. M. (R.F.A.), Ed. Peter Lang, 1993.

de aquella época, *Fuente Ovejuna*, obra de teatro de Lope de Vega, y, en época moderna, el *Galileo* de Bertold Brecht.

b. El Derecho penal de la modernidad

Hoy, en cambio, ese Derecho penal influye de múltiples maneras sobre su pariente cercano, el Derecho procesal penal, con el objetivo de amoldarlo a sus propios fines. Constituye una verdad de Perogrullo la afirmación acerca de que, en el siglo XX, se consolidó cada vez más la idea de que el Derecho penal no respondía al crimen (teorías absolutas: retribución, *quia peccatum est*), esto es, no se dirigía únicamente al pasado, sino que, en mayor o menor medida, pretendía evitar, de múltiples maneras, los crímenes futuros (*ne peccetur*: prevención general y especial en sus diferentes formas y fórmulas, positivas y negativas); la prueba más contundente de ello fue la aparición, al lado de la pena fundada en la culpabilidad del autor, de las medidas de seguridad y corrección, medidas fundadas, genéricamente, en la peligrosidad o, si se quiere, en la prevención de riesgos futuros¹⁸. Yo estimo que, en su expresión actual, que lastima los límites del Derecho penal, antes naturales en la convención gregaria, es posible indicar tres motivos fundamentales para que así suceda –al lado de múltiples repercusiones–, que sólo pretendo mencionar aquí: en primer lugar, vivimos una –así llamada– *sociedad de riesgo*¹⁹, riesgos creados por el mismo ser humano en razón del avance científico-técnico de velocidad geométrica, que supera todo lo conocido, y por el consumo masivo de bienes, cosas y productos elaborados al que ese “progreso” nos ha conducido; quizás a raíz de esa elevación sin precedentes del riesgo, vivimos también, al menos en los ámbitos urbanos, paradigmáticos para la vida gregaria actual, dentro de una *comunidad de miedo*, miedo al delito, miedo a la imprudencia, miedo a los acontecimientos que no podemos dominar, incluso por falta de conocimientos imprescindibles para valorar el riesgo; y, en tercer lugar, algunos países menos (los del llamado primer mundo), otros más (aquellos a cuya órbita pertenecemos) y otros más aún (países de extrema pobreza) discriminan entre los seres humanos que allí viven a ciertos hombres y mujeres que no alcanzan un mínimo nivel de existencia comunitaria (la sociedad de excluidos). Todo ello ha conducido a una *situación de emergencia* o *Estado de excepción* permanente, aunque

¹⁸ Sobre todo ello, Hassemmer, Winfried, Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de la República Federal de Alemania (R.F.A.), *Sicherheit und Strafrecht*, conferencia de apertura de la “Jornada de los defensores penales” del mismo Estado, dictada en la Paulskirche, Frankfurt a. M. (R.F.A.), el 24 de marzo de 2006 (manuscrito cedido por el autor).

¹⁹ Por todos, *cfr.* Prittwitz, Cornelius, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise des Strafrechts in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M. (R.F.A.), Ed. Klostermann, 1993.

el adjetivo le suene ridículo al nombre²⁰. No me corresponde ahora describir el punto en el cual nos encontramos en el momento actual²¹, pero me parece necesario llamar la atención brevemente sobre las repercusiones de ese Derecho penal “preventivo” sobre el procedimiento penal y verificar, sobre todo, de qué manera él influye sobre el tema que el título pretende desarrollar. Sólo quisiera decir, de modo general, que ese Derecho penal “preventivo”, dedicado cada vez más a evitar riesgos futuros, está transformando el procedimiento penal en una especie de verificación del acierto o desacierto del Estado al imponer sanciones de plano –la llamada “coacción directa”–, precisamente con el objetivo de evitar peligros eventuales, no comprobables en la realidad, procedimiento penal que, de oficio o por solicitud del interesado, le atribuye a ambos, al Estado y al interesado eventual, una posibilidad para redimir el honor o el sufrimiento del ya penado.

c. La amenaza penal

El modo más visible y, al mismo tiempo, más tosco según el cual el Derecho penal influye y maneja el encarcelamiento preventivo –que sobre ello hoy se trata– es un mecanismo por demás sencillo: la pena. El aumento indiscriminado de penas privativas de libertad y, dentro de ellas, la amenaza penal desproporcionada para un sinnúmero de delitos, repercute directamente sobre el procedimiento penal, comprendido como comienzo del camino a la cárcel. Siempre se ha legitimado el encierro preventivo, según quedó dicho, por necesidades procesales, esto es, por la necesidad de proporcionar seguridad para la realización del procedimiento judicial. Así, el peligro de fuga del imputado, que imposibilita la persecución penal en su contra, más aún en un Derecho procesal penal que no comprende ni permite la condena en rebeldía, aumenta, sin duda alguna, frente a amenazas penales graves; en la misma ley procesal penal esa amenaza es un índice que permite fundar el encarcelamiento preventivo –o negar la *excarcelación*, según el vocabulario común en estas tierras– o, por lo contrario, reemplazarlo por una caución, y, en este último caso, influye sobre el tipo de caución y su importe, en caso de que ella sea medible. Y no parece que exista otra forma de proceder, porque, según dijimos, no resulta imaginable un procedimiento penal “voluntario”, sin coacción

²⁰ Cfr. Agamben, Giorgio, *Estado de excepción* (traducción de Flavia e Ivana Costa de la 2ª edición italiana), Buenos Aires, Ed. Adriana Hidalgo, 2005, estado que ya ha devenido en regla permanente, pues “el uso de los poderes de emergencia constitucional se vuelv[e] regla y no la excepción”, puesto que “los dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en otros, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz” (el autor cita a Rossiter, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, 1948, pp. 297 y 313).

²¹ Para ello mi opinión en la conferencia sobre “La esquizofrenia del Derecho penal”, en *Contornos y pliegues del Derecho (Homenaje a Roberto Bergalli)*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2006, pp. 295 y ss.

alguna sobre la persona acusada para que lo tolere, comparezca a él y lo soporte, pues, de otra manera, ella debería ser sólo preguntada por su tolerancia a él o por su intolerancia a que él se lleve a cabo²². Si a ello le agregamos el peligro de entorpecimiento, en relación a la recolección de prueba, la conclusión se torna, incluso, más evidente.

d. El neopunitivismo

Pero el Derecho penal cuenta con mecanismos más sutiles para imponerle al Derecho procesal penal su naturaleza preventiva actual. No deseo recorrer toda la enumeración que ya he brindado, ni la explicación de otros ensayos míos anteriores. Me basta, prácticamente, con nombrar esos mecanismos. Tal como ya se avizora, el fenómeno de la *inflación* del Derecho penal material, también llamado *expansión* del DP, *panpenalismo* o *neopunitivismo* y, con mayor altura poética en lengua hispana, *fascinación frente al DP*²³, ha posibilitado una apertura tal de su aplicación y, con ello, de la llamada *pena anticipada* –precisamente por el encarcelamiento preventivo– que tanto uno como otra pasaron de ser reconocidos como *ultima ratio* de la política social, a ser *primas donnas* de ella, sanalotodos de cualquier enfermedad social, según yo me he permitido definir²⁴. Los medios de los que se vale el Derecho penal para lograr ese resultado son conocidos e influyen directamente sobre el procedimiento penal. Por un lado, cualquier interés, incluso de tipo administrativo –por expresar la tarea del Estado dedicada a la creación del *bienestar común*– y definido por la administración, se transforma en *bien jurídico*, en interés digno de protección bajo amenaza penal: así, la enorme proliferación de bienes

²² Como dije, conozco un único intento consistente lógicamente y naturalmente con la supresión del encarcelamiento procesal: un proyecto de CPP con el cual la Provincia de Santa Fe pretendió incorporarse al movimiento moderno de leyes de procedimiento penales, y no lo consiguió (única provincia que conserva un procedimiento penal que, al decir de un profesor español que me visitara hace ya bastante tiempo, y que no se destacaba, precisamente, por pertenecer políticamente al campo progresista, remeda a las *Siete Partidas* del rey sabio); ese proyecto procesal admitía también, con ciertos fundamentos –entre ellos, el intento de suprimir en serio las penas anticipadas–, el proceso penal contumacial. La idea, si es aplicable genéricamente, no me convence, según la escasa –pero básica– explicación que doy en el texto. Sin embargo, creo que esa proposición es la única posible si se quiere sostener al extremo un procedimiento penal, realizador de un Derecho penal con pena privativa de libertad, con consistencia lógica: el proceso contra ausentes elimina del ámbito de la seguridad procesal la presencia necesaria del acusado.

²³ Cfr., entre otros, Pastor, Daniel, “La deriva de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *NDP*, Buenos Aires, 2005/A, pp. 94 y ss.; Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (2ª. Edición), Ed. Civitas, 2001, p. 68.

²⁴ Cfr. Hassemer, Winfried, “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, en *ZRP*, R.F.A., 1992, Heft 10, pp. 378 y ss. (reproducido como introducción en *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* [2. Auflage], Heidelberg, Ed. C.F. Müller, 1996, pp. 1 y ss., y traducido al castellano en el libro de Hassemer, Winfried-Muñoz Conde, Francisco, *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia [España], Ed. Tirant lo blanch, 1995, ha afirmado con razón su caracterización actual como *prima o sola ratio* y la extensión de su regulación a regiones antes insospechadas: *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, pp. 26 y 31; recientemente también, Hassemer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht*, citada. Cf. mi artículo en el homenaje a Roberto Bergalli, “La esquizofrenia del Derecho penal”, en *Contornos y pliegues del Derecho*, Barcelona, Ed. Anthropos, 2006, 2, b, p. 302.

jurídicos colectivos, escasamente tangibles y –precisamente por ello– difícilmente definibles, salvo que un funcionario administrativo produzca esta definición por puro poder (Derecho penal fiscal, ingresos y egresos de la renta pública, sustancias controladas, elaboración de productos de todo tipo y de consumo masivo [alimentos, medicinas o cosas en general], salud general, medio ambiente, etc.), aspecto que convierte a la descripción del Derecho penal a través de los bienes jurídicos dignos de protección y, por ello, al paradigma de la *elevación del riesgo*²⁵, en una frontera abierta, prácticamente sin límites. Pero, además, con el afán de evitar riesgos futuros –de una sociedad que continuamente los crea y los acrecienta–, el Derecho penal ha pasado de punir “hacia atrás” –el paradigma clásico, los delitos de resultado– a definir hoy su paradigma como constituido por los delitos de peligro abstracto –aquellos que, por regla, desligan de la infracción penal la verificación del riesgo real sufrido–, más aún, por los delitos de anticipación, esto es, ubicados en una primera coraza defensiva respecto del paradigma clásico anterior, en el lugar que antes le correspondía a los actos preparatorios, expresado el problema sintéticamente. El núcleo del sistema penal se ha corrido: ahora ya no necesita más que verificar una acción que se considera –*ex ante*– riesgosa, sin necesidad alguna de verificación para aquello que antes se llamaba “causalidad” o “determinación de un resultado”. No existe la menor duda acerca de que todo ello opera como facilitador de la condena en el procedimiento penal, pero tampoco existe duda alguna acerca de la multiplicación exponencial de las posibilidades de encarcelar durante el procedimiento, conclusión que se afirma aún más si se observa la desproporción de la amenaza penal de estos llamados “nuevos” delitos.

e. Motivos nuevos del encarcelamiento preventivo

Allí, sin embargo, no termina la cosa. Así como la internación de seguridad significó el quiebre del Derecho penal con el paradigma de la culpabilidad personal y, consecuentemente, el Derecho procesal penal siguió su derrotero con el internamiento provisional, hoy casi todas las legislaciones universales han agregado nuevos motivos para el encarcelamiento preventivo, nuevos motivos que ya no responden al paradigma clásico de la seguridad de poder llevar a cabo el procedimiento, sino que, muy por lo contrario, derivan del Derecho penal preventivo de peligros futuros²⁶. El primer motivo que irrumpió desde este atalaya fue aquel, largamente

²⁵ Cfr. esta teoría en Roxin, Claus, “El injusto penal en el campo de tensión entre protección de bienes jurídicos y libertad individual” (traducción de Raúl Pariona Arana), *elDial.com*, 29/8/2006, Edición Córdoba, Suplemento penal.

²⁶ Cfr. Hassemmer, Winfried, *Sicherheit durch Strafrecht* –ya traducido por Gabriela Córdoba y por mí, pero aún no publicado como *Seguridad por intermedio del Derecho penal*–, cit., III, 2, b.

conocido entre nosotros²⁷, relativo a la “gravedad y repercusión social del hecho” –más universalmente rotulado: “alarma social”–, al que algunos códigos agregaban la “peligrosidad” del imputado; esta última aclaración conduce al segundo motivo, que quienes definen con mayor precisión denominan peligro de reiteración delictiva, de recidiva o de reincidencia, de manera genérica.

f. La prevención de riesgos y el Derecho penal y procesal penal
Con ello puede quedar completo el panorama: no son precisas más teorías ni palabras para apreciar que el Derecho penal de hoy, como el Derecho procesal penal que le sirve, sin perjuicio de punir hechos de ayer, pretende dirigirse hacia el futuro para prevenir peligros o riesgos.

2. Propuesta

No se trata de pintar el apocalipsis, ni de describir un holocausto. Se trata, antes bien, de describir una realidad que, mal que nos pese, hoy vivimos. La llamada *sociedad de riesgo* ha generado una especie de *comunidad de miedo*, según antes anticipamos, a la cual se le unen múltiples agentes provocadores, como el consumo masivo de información previamente preparada y la prensa, sobre todo la de los medios audiovisuales, y las escasas defensas que tenemos los ciudadanos de hoy frente a valores secundarios como la *seguridad común o general* y el *orden*, en un mundo casi sin fronteras y permanentemente cambiante, en el que la ciencia y la técnica rompen límites, antes naturales, a una velocidad vertiginosa. Ignorar esta realidad no parece ser el mejor camino, así como tampoco lo ha sido la cárcel, para aquellos panegiristas del orden y la seguridad común, institución que sólo ha concluido en generar más violencia y fabricar más delincuencia, y una mejor organización para ella. La gran incógnita se revela en la pregunta: ¿cómo responder?

Yo tampoco lo sé y se supone que sé mucho menos que otros, más jóvenes, pues el transcurso del tiempo hace su trabajo y me conduce lenta pero inexorablemente más a la butaca del espectador que a la posición del jugador. Sólo me animo a esbozar una pequeña senda que quizás tenga futuro, quizás no lo tenga. Me parece que del Derecho penal no conviene rescatar tan siquiera su denominación y, con ella, los continuos debates sobre aquello que es una pena y aquello que no lo es o, si se quiere, sobre sanción y no-sanción en el mundo jurídico, debates que, en variadas ocasiones, sólo tienen significado semántico. Creo que conviene

²⁷ Ver Código de procedimientos en materia criminal y correccional para la justicia federal y territorios nacionales, 380.

edificar un Derecho de la privación de libertad²⁸, al cual se puede agregar algunas sanciones que, por su gravedad, resultan afines, Derecho referido a aquellos bienes jurídicos centrales que siempre han dominado la creación y la escena del Derecho penal –me refiero a la protección básica de las instituciones estatales y a los bienes jurídicos individuales y tangibles como vida, integridad física, patrimonio, y, quizás, sólo quizás, a algunos colectivos tradicionales–, Derecho al que se debe rodear de todas las garantías y seguridades individuales liberales, ya tradicionales en el Derecho penal y en el Derecho de los derechos humanos, precisamente porque su consecuencia puede ser la privación de libertad locomotiva. Y estimo que, para todos los bienes jurídicos institucionales, tales como la salud pública o general, la responsabilidad por la elaboración y consumo masivo de productos, el medio ambiente, las sustancias controladas o drogas, el llamado Derecho penal fiscal, bastaría con un Derecho administrativo sancionador, que se ocupe de reglamentar estrechamente el poder de policía del Estado y lo regule para tornarlo eficiente, sin acudir a sufrimientos tan graves –y, a la vez, tan ineficientes– como la privación de libertad.

Por supuesto, para regresar al tema de hoy: la privación de libertad durante el procedimiento, esto es, el encarcelamiento preventivo, debe ser un punto especial regulado por aquel Derecho de la privación de libertad, incluso con mayores garantías que las que hoy posee legislativamente. Se me ocurre –para citar ejemplos– que una privación de libertad prolongada en el tiempo, a más de fundarse en la seguridad del procedimiento penal debe exigir, también, un presupuesto cognoscitivo tal que, prácticamente, se equipare al de la condena –peligro de fuga o de entorpecimiento rayanos en la certeza– y que la ley debe prever, para la realización de actos particulares –por ejemplo: un allanamiento, un debate, etc.–, privaciones momentáneas de libertad mucho menos extensas, en relación proporcional con las necesidades del acto a realizar. Estimo, también, que los jueces deberían fijar, en las autorizaciones de este tipo, el tiempo máximo por el cual rige la autorización, dentro de cierto extremo fijado por la ley, límite cuyo traspaso torna ilegítima la injerencia. Por lo demás, resultaría útil que estas decisiones sean tomadas después de un debate oral incidental frente al tribunal autorizante –quizás integrado por varios jueces según la duración de la autorización–, debate en el cual quien requiere la medida y quien la resiste tengan la posibilidad de fundar su posición.

²⁸ Suprimo la pena de muerte por obsoleta, pero, si alguien lo desea, puede incluirla; quizás valga la pena, a raíz de acontecimientos recientes.

CIUDADANÍA Y JURISDICCIÓN EN AMÉRICA LATINA

I. Introducción

Ante todo debo agradecer el honor de esta invitación y disculparme por exponer sobre un tema de teoría política y Derecho constitucional ante un auditorio especializado, cuando mi formación no corresponde básicamente al Derecho constitucional. Asumo la responsabilidad sólo con la esperanza de que la visión de alguien que proviene de otra rama jurídica pueda aportar alguna idea que quizá escape al especialista, dado que es inevitable que cuanto más nos entrenamos para conocer mejor un objeto, al mismo tiempo e inevitablemente aprendemos a no percibir otros. Ciño el tema a la ciudadanía en América Latina y al aporte que la jurisdicción pueda hacer a su fortalecimiento y ampliación.

No me detendré en precisiones sobre la idea de ciudadanía, cuya sola discusión agotaría el tiempo disponible, sino que opto para ello por un puro sentido funcional y amplio para el objeto de la exposición. En este entendimiento, concibo que el atributo de la ciudadanía es el que corresponde a: (a) un ser humano –o sea, persona– que (b) goza de los derechos humanos consagrados por el Derecho internacional, (c) está en condiciones de participar en la vida política, social, económica y cultural de una sociedad, (d) amparado para ello por el orden jurídico de un Estado.

La ciudadanía en la forma en que la conceptuamos para nuestros efectos no se satisface con los requerimientos formales. El puro hecho de que una persona se halle habilitada por un documento para elegir periódicamente autoridades es, sin duda, un requisito elemental de la ciudadanía en nuestra tradición democrática, pero en modo alguno es suficiente.

Si bien se ha destacado esta insuficiencia distinguiendo entre ciudadanía formal y real, no creemos que esta clasificación pase de ser un ejercicio docente, pero conceptualmente no nos parece justificada, pues directamente creemos que quien no goza de los otros derechos elementales que le permiten disponer de un espacio social, no goza de la ciudadanía. Se trata de un ciudadano sin ciudadanía.

La ciudadanía importa también deberes y, sobre todo, el de respetar el ajeno derecho a la ciudadanía; desde la famosa nota de Rousseau sabemos que a quien no tiene ningún espacio social mínimo difícilmente puede exigírsele el cumplimiento de obligaciones que nada le garantizan. Sin ese requisito no hay ciudadanos, sólo personas que quizá luchen con legitimidad reclamando el espacio mínimo que les es negado.

La ciudadanía entre nosotros tiene su historia, su particular modo de surgir y de desarrollarse. No es menester caer en la apología de Savigny, ni en ningún romanticismo historicista, para afirmar que el derecho no puede desprenderse de su gestación ni de las tradiciones en que se fue formando. Menos aún lo puede hacer la cultura política de un pueblo, que es algo vivo y en constante dinámica. Por ende, el Derecho en general, y el político y constitucional, en particular, deben evaluarse teniendo en cuenta esa dinámica histórica, a cuya luz podemos explicar fenómenos sociales con reflejo jurídico, que de otro modo resultan incomprensibles. La cultura jurídica es parte de la cultura general de un pueblo y, por ende, no puede prescindir de la naturaleza histórica de ésta. Los juristas estamos habituados a razonar –y a criticar– conforme a una lógica bastante geométrica, como si las instituciones debieran nacer y desarrollarse según esos criterios, pese a que en la realidad ninguna institución se gestó de esa manera. Las instituciones no nacen perfectas ni se desarrollan conforme a la lógica lineal, sino que lo hacen según avatares políticos históricamente condicionados. Basta pensar cómo surgieron y evolucionaron la república norteamericana, la democracia inglesa, la república francesa, para constatar esta aseveración elemental.

En todos esos casos, con tanta frecuencia citados por la doctrina y la jurisprudencia, la ciudadanía no se estableció y se extendió de modo uniforme ni de una vez para siempre, sino como resultado de procesos históricos complicados que explican algunas de sus particularidades actuales. También en nuestra región la ampliación de la ciudadanía fue resultado de un proceso histórico complicado, cuyas características permiten comprender muchas de las dificultades de su ejercicio actual y de los esfuerzos para extenderla en el presente. Si olvidamos cómo llegamos a este momento, no sabremos cuál es el camino para seguir hacia el futuro.

II. La gestación y desarrollo de la ciudadanía en América Latina

Latinoamérica es una región en que todos nuestros países participaron –pese a sus particulares características– de un común fenómeno: el colonialismo y el neocolonialismo. En el momento del neocolonialismo lo hicieron bajo las formas republicanas en sentido amplio, pues, incluso Brasil fue una monarquía constitucional. Todos llegamos a fines del siglo XIX con constituciones republicanas más o menos inspiradas en el modelo de los Estados Unidos.

No obstante, a comienzos del siglo pasado la ciudadanía estaba casi cancelada: se trataba de repúblicas oligárquicas, en que una minoría hegemónica mantenía fuera de todo protagonismo a las grandes mayorías. El positivismo racista de inspiración spenceriana había reemplazado a la ideología iluminista de tiempos de la independencia y legitimaba a las minorías proconsulares demasiado pendientes de intereses de las potencias neocoloniales. La pretendida incapacidad política tanto de las mayorías mestizas y mulatas como de los inmigrantes se esgrimió como racionalización de la supuesta tutela de la minoría culta evolucionada, que pretendía salvar a nuestras naciones del caos imponiendo un orden fundado sobre los latifundios, en que se confundía la propiedad de la tierra con la de los animales y los humanos.

Nuestras Constituciones consagraban derechos de ciudadanía formal que nunca se reconocieron en forma efectiva. Como las mayorías no tenían razón alguna para acatar esa legalidad, que sólo aparecía como un instrumento de sus explotadores, se generaba un formidable caldo de cultivo de violencia política.

Por desgracia, esta tensión estalló en la guerra civil más cruenta del continente, en la Revolución que con sus secuelas acongojó al pueblo mexicano desde la segunda hasta la cuarta década del siglo pasado y que dio origen a la Carta de Querétaro, difícil y doloroso nacimiento del moderno constitucionalismo social.

A partir de 1910 comenzaron a desbaratarse las repúblicas oligárquicas y nuestros países lucharon por desarrollarse económicamente, con demasiadas alternativas y contramarchas cuyos detalles no tiene caso precisar ahora, pero en cualquier caso es verificable que la ciudadanía se fue ampliando a lo largo del siglo pasado impulsada por movimientos políticos que hoy llamaríamos populistas.

La expresión “populismo” tiene una connotación negativa en los últimos años, tanto para las izquierdas como para las derechas y, especialmente,

en Europa y Estados Unidos. Desde una visión histórica ideológicamente flexible y con la perspectiva de un siglo, podemos evaluarlo en la actualidad un poco más objetivamente.

Tres razones contribuyen a la connotación negativa del populismo latinoamericano: (a) la identificación de lo populista con lo *völkisch*; (b) la ortodoxia ideológica de los críticos; y (c) las contradicciones de los propios populismos latinoamericanos.

(a) No hay un equivalente exacto de la expresión *völkisch*, quizá –y con muchas reservas– pudiera traducirse con algún neologismo como *populachismo*. Se trata de una táctica política desleal y reaccionaria, usada al máximo por el nazismo, que consiste en reafirmar los peores prejuicios latentes o manifiestos en una sociedad para explotarlos en la invención de un enemigo al que convertir en chivo expiatorio.

Sin llegar a los extremos del antisemitismo nazista ni a sus consecuencias genocidas, lo cierto es que esa táctica inmoral ha sido usada por muchos políticos de diferente signo, incluso contra los propios gobiernos populistas. Si algún populismo usó la táctica *völkisch* en nuestra región, por cierto que no lo hizo en mayor medida que sus propios opositores, ni tampoco en la que hoy la practican partidos que no se califican de populistas en cualquier lugar. Ahora mismo puede leerse en las calles de alguna ciudad europea la consigna “Vote X, para que no haya más indocumentados debajo de su ventana”. Cuando los laboristas ingleses en la posguerra construyeron miles de viviendas populares surgió la leyenda de que los beneficiarios criaban gallinas en las bañeras, lo que inmediatamente pasó a la Argentina en la versión de que levantaban los pisos de madera para asar carne. No hay razón alguna para considerar a la táctica *völkisch* como patrimonio de los populismos.

(b) Las críticas de izquierda y de derecha a los populismos parten de una ortodoxia ideológica propia de la experiencia política de los países centrales, que no puede funcionar en una región donde el capitalismo no se desarrolló –ni podría desarrollarse– autónomamente, sino como un proceso derivado del desarrollo central (el llamado capitalismo periférico). Precisamente por eso nuestro capitalismo nunca tuvo las características del central, lo que provocó la paradoja de que tanto quienes –desde ideologías centrales– defienden o atacan al capitalismo caen en una ortodoxia ideológica que es extraña a nuestra realidad, porque buscan impulsar o atacar un proceso que no existe con las características que le atribuyen, lo que les lleva a un desprecio irracional hacia los movimientos populares.

(c) Las características periféricas de nuestro capitalismo impulsaron a nuestros populismos a improvisaciones, algunas de ellas muy creativas y positivas, pero también muchas veces contradictorias, incluso con abusos a veces autoritarios y graves o con consagraciones de liderazgos personales que en ocasiones derivaron en culto a la personalidad. Todo esto es innegable y huelgan los ejemplos. En cualquier caso, con las señaladas características negativas más o menos marcadas, como nuestros populismos fueron pragmáticos, se ocuparon con preferencia por resolver cuestiones puntuales y cambiantes, por lo que no fueron proclives a ataduras institucionales y no cabe duda acerca de que cometieron errores que sería muy parcial ignorar.

No obstante, si echamos una mirada de conjunto sobre todo el siglo pasado, veremos que merced a los populismos la ciudadanía fue ampliándose. El balance final, en términos de incorporación a la ciudadanía, fue positivo. Cualquiera puede afirmar ahora que, si se hubiese culminado una revolución socialista completa o, si se hubiese desarrollado el capitalismo en forma ortodoxa, la ciudadanía sería hoy más amplia, pero la historia no se escribe con potenciales, es como fue. Y lo cierto es que fueron preferentemente esos movimientos no muy orgánicos, ideológicamente contradictorios y con errores, los que crearon y ampliaron la ciudadanía en América Latina.

III. Las consecuencias actuales de este proceso

El particular proceso de creación y expansión de la ciudadanía en nuestra región y la consecuente experiencia jurídica pesa sobre nuestro presente. La confianza en las instituciones no es en nuestros pueblos muy fuerte, debido a su propia experiencia histórica: las Constituciones liberales del siglo XIX ocultaban repúblicas oligárquicas que los explotaban y sus instituciones con mucha frecuencia fueron esgrimidas contra los movimientos populares que les reconocían la ciudadanía.

Hubo demasiada confusión en nuestra región porque, si bien no siempre, muy frecuentemente las garantías constitucionales fueron esgrimidas por minorías restauradoras que obstaculizaron el avance de la ciudadanía mientras ésta avanzaba por la vía contraria. Lo cierto es que, si bien se ha ampliado mucho la incorporación a la ciudadanía en el curso del siglo pasado, queda mucho por hacer, pues grandes capas de nuestras poblaciones se hallan aún hoy privadas de esa condición y, por ende, poco o nada deben a la legalidad, pues pertenecemos a sociedades que no han cumplido el requisito de la mencionada nota de Rousseau.

Para verificarlo basta pensar en la situación de las personas pertenecientes a nuestras culturas originarias, que hoy hacen escuchar su voz y que sólo recientemente han recibido el reconocimiento constitucional, casi siempre con alcance poco menos que meramente declarativo, y por cierto que en varios de nuestros países, especialmente en los andinos, no se trata de sectores poblacionales reducidos ni minoritarios.

Medio milenio de servidumbre no ha hecho desaparecer a esas culturas y nuestro Derecho vigente las mira con asombro y no sabe cómo resolver la realidad que le muestra un sistema jurídico paralelo en funcionamiento. Nuestro pensamiento jurídico geométrico y lineal parece haber olvidado que en la propia Europa convivieron durante siglos sistemas jurídicos paralelos. En verdad, estas poblaciones no tienen muchos motivos históricos para depositar confianza en el reforzamiento institucional.

Como si esto fuese poco, estamos en un mundo en que la desconfianza institucional domina en todos los países en razón de nuevos factores destacados por la literatura más reciente, donde se habla de una contrademocracia constituida por las llamadas organizaciones no gubernamentales (ONG) que se arrojan la representación de la sociedad y que no puede ser desconocida, donde se señala cómo la judicatura se encuentra sitiada a diario por las víctimas, glorificadas selectivamente por los medios masivos de comunicación social en su incesante búsqueda de *rating* mediante la incentivación a la venganza, constantemente crítica de la labor judicial¹.

Los gobiernos del mundo, incapaces de resolver con reformas estructurales graves problemas sociales, los derivan a la judicatura, fenómeno que se ha denominado judicialismo. Estos problemas, extraídos de su ámbito natural de solución, no pueden ser resueltos por la magistratura y, de este modo, ésta sufre un considerable desprestigio.

En síntesis: en un mundo donde prima una grave desconfianza institucional, en nuestra región se suma su tradición histórica de desconfianza y, por ende, la labor de la judicatura se complica más, lo que además se potencia debido a que una parte de la población hoy permanece privada de esa condición.

¹ Carolina Eliacheff-Daniel Soulez Larivière, *Il tempo delle vittime*, Milano, 2007 (ed. original, París, 2008).

Pierre Rosanvallon. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*. Buenos Aires 2007 (ed. original, París, 2006).

IV. Nuestra discutida cultura jurídica

Basta mirar nuestras Constituciones para verificar que tenemos consagrados casi todos los derechos imaginables hasta el presente. En los países federales los reiteramos, precisamos y agregamos más en las Constituciones de los entes federados. Además, casi todos los tratados internacionales de Derechos Humanos están ratificados por nuestros países y, según la tesis del Derecho único, dominante en nuestros días en el mundo, sus disposiciones tendrían vigencia interna. Sin lugar a dudas que, desde el punto de vista legal, no nos faltan consagraciones de derechos. Sin embargo, cuando del deber ser pasamos al ser, las cosas cambian seriamente.

Personalmente creo que, como señala Häberle², existe una cultura jurídica europea. Cabe preguntarse si, con nuestra historia y perspectiva –y pese a las circunstancias negativas señaladas en la actualidad– tenemos una cultura jurídica latinoamericana, o sea, si esta disparidad entre nuestro deber ser y nuestro ser nos permite hablar de una cultura jurídica en la región.

Aunque gran parte de lo que he manifestado hasta ahora pareciera ser muy negativo a este respecto, sin embargo –y sin ningún optimismo gratuito o ingenuo– creo que es posible identificar una cultura jurídica regional. Me baso para ello en que nuestra ciudadanía se ha ido ampliando por caminos propios y, en definitiva, también éstos configuran una cultura, aunque sea parcialmente diferente de la europea.

En la clasificación de los derechos humanos por generaciones –hoy muy criticada y hasta pasada de moda– se ha hablado de los derechos humanos de tercera generación y, entre ellos, del derecho al desarrollo, entendido en un sentido no puramente económico. Pues bien, de alguna manera, si analizamos a fondo la naturaleza de nuestras luchas políticas, veremos que fueron luchas de pueblos de una periferia económica en el contexto colonialista primero, neocolonialista después y ahora globalizado, o sea que, en definitiva, fueron y son luchas por el derecho al desarrollo.

Para nosotros, en nuestras grandes luchas populares, el derecho al desarrollo fue siempre un derecho de primera generación. Puede objetarse que en el curso de estas luchas los derechos civiles y políticos fueron con frecuencia subestimados, pero no es menos cierto que las interrupciones y regresiones en el curso del avance de la ciudadanía vinieron de la mano

² Peter Häberle. *Europäische Rechtskultur*. Suhrkamp Taschenbuch, 1997.

de terribles dictaduras, en algunos de nuestros países directamente genocidas.

Como el mal absoluto no es de este mundo, estas dictaduras han dejado una profunda huella en la experiencia de nuestros pueblos, que aprendieron a valorar los derechos individuales como presupuesto indispensable para el espacio social de los movimientos que impulsan la dinámica social. No se trata hoy de defender las libertades declamadas en constituciones del siglo XIX que nadie respetaba desde el poder oligárquico, sino de la vigencia de garantías elementales que permitan la sindicalización, la protesta, el reclamo público, la expresión de las ideas, la huelga, la asociación, etc.

Además, nuestros países han padecido macodelitos patrimoniales, defraudaciones formidables que han desbaratado sus economías, han retrasado el desarrollo, confiscado los ahorros, dilapidado el capital nacional, arruinado las economías individuales o deteriorado el salario con embustes monetarios e inflación, destruido las fuentes de trabajo; o sea, nuestros pueblos han padecido los efectos de la corrupción en serio, de la corrupción estructural, es decir, la que afecta las patas de la economía misma (crédito, recaudación, aduana y control de servicios) y que, por ende, han victimizado a toda la población.

También aquí cabe observar que el mal absoluto no existe y, por ende, esas tristes experiencias enseñaron que no basta con los que en la criticada clasificación tradicional se señalan como derechos de segunda generación, si no se garantizan los de primera. Es decir, han aprendido por experiencia la necesaria globalización de los derechos individuales y sociales. La vida nos ha enseñado la falsedad de la opción pan o libertad. Si se da la libertad, debe darse el pan, pues de lo contrario, los que no lo tienen usarán la libertad para reclamarlo; y si se da el pan deberá darse la libertad, pues sin ella no se podrá controlar a quienes lo reparten y, por ende, se quedarán con todo el pan. Esto, tan elemental, nuestros pueblos lo aprendieron con dolor y sufrimiento.

Si brevemente comparamos los difíciles caminos que ha recorrido la ciudadanía en Europa y en nuestra región, resaltarán las diferencias.

En Europa, primero lucharon los parlamentos contra las monarquías y los modelos que ampliaban la ciudadanía se extendieron por el continente, surgieron algunas repúblicas y la ciudadanía le fue arrancada por las burguesías a las noblezas, para luego extenderse a las otras capas sociales. Más tarde este proceso fue frontalmente agredido por totalitarismos instalados en potencias fuertes e imperialistas.

En nuestra región, la ciudadanía se arrancó a oligarquías; la única monarquía duradera fue la brasileña, pero su nobleza no era hereditaria ni se enfrentaba con una burguesía que le arrancaba concesiones o cartas de derechos. El avance de nuestra ciudadanía no siguió un curso lineal, sino que pasó por movimientos democráticos aunque no siempre respetuosos de los derechos individuales, y que muchas veces fueron los que abrieron el espacio para la formación misma de las burguesías que antes no existían.

Tampoco estos avances fueron confrontados por totalitarismos en el sentido europeo, entre otras cosas, porque ninguno de nuestros países se erigió en potencia imperialista, sino que chocaron con dictaduras tradicionales primero –del tipo de Tirano Banderas o de El otoño del patriarca– y luego, con dictaduras de seguridad nacional, fomentadas o sostenidas por intervenciones extrañas a la región.

Nuestras formas jurídicas siempre fueron constitucionales, aunque en ocasiones y como resultado de esos enfrentamientos y de las contradicciones internas que éstos crearon en los países, la vigencia real de esos textos era meramente formal; hasta las dictaduras de facto pretendieron ser restauradoras, refundadoras o constitucionales.

No carecemos de cultura jurídica, sino que, dado el curso seguido por el avance de la ciudadanía, la desarrollamos de una manera diferente, propia de un proceso periférico del poder mundial y, por tanto, sometido a continuas intervenciones extrañas a la región, pero que se asociaban a fuerzas operantes en ella.

V. Jurisdicción, ciudadanía y control constitucional

Veamos ahora el papel de la magistratura en este proceso de formación de nuestra cultura jurídica. En nuestra región el control judicial de constitucionalidad de las leyes se estableció desde los orígenes de nuestras instituciones independientes, pero siguió los avatares de la vigencia de las propias constituciones y, por lo tanto, en algunos casos se trató de un ejercicio meramente formal, con tribunales nominados y removidos según los accidentes de las luchas políticas, aunque ocasionalmente hayan aportado instituciones creativas y hoy incorporadas al mundo jurídico, como el amparo.

Si bien la jurisdicción ha tenido algún excepcional protagonismo en el avance de la ciudadanía, en verdad comenzó a desempeñar un papel importante a partir del ocaso de las dictaduras militares de seguridad nacional en la década de los años ochenta del siglo pasado. Por consiguiente,

en buena medida se trata de una tarea que la jurisdicción tiene pendiente, pero no por ello debemos subestimarnos, porque la escasa o tardía influencia judicial en el desarrollo de la ciudadanía no es una característica latinoamericana, sino que quienes nos sirvieron como modelos jurídicos –Europa y los Estados Unidos– la padecieron en buena medida.

En Europa, como la ciudadanía fue producto de una confrontación por la soberanía entre el monarca y el parlamento, ninguna de ambas partes admitía un árbitro que le limitase el poder en lucha, y así fue que el parlamento terminó ocupando todo el poder, toda la soberanía, por lo que ese continente no conoció el control de constitucionalidad o la justicia constitucional. Recién en 1920 aparece este control en la constitución austriaca –inspirada por Kelsen– con una justicia constitucional centralizada, que fue cuestionada por Schmitt que, como veremos, reivindicaba el primado de la política glorificando el Estado absoluto. Fue bien entrado el siglo XX cuando en Europa se conoció el control de constitucionalidad, que se extendió en cuatro etapas: la iniciada por Austria (Alemania, Checoslovaquia, Rumania y la República Española), la de la inmediata posguerra (Italia, Alemania, Austria), la de los regímenes democráticos que siguieron a dictaduras (España, Portugal, Grecia), y la que tiene lugar después de la caída del Muro de Berlín, que comienza con la constitución de Hungría en 1989 y sigue hasta la constitución de Albania de 1999.

Los tribunales constitucionales europeos se reúnen cada tres años en una conferencia a la que en 1972 asistían cuatro tribunales (Alemania, Austria, Italia y Yugoslavia) y que en el 2005 convocó a treinta y seis tribunales, lo cual muestra que la explosión del control de poder en los sistemas europeos es reciente. Una judicatura sin poder de control de constitucionalidad es poco lo que puede hacer para ensanchar la ciudadanía, a lo que cabe agregar que el modelo judicial altamente burocratizado y jerarquizado –modelo napoleónico–, dominante hasta la última guerra mundial, no fue políticamente saludable para las democracias en Europa.

Con la independencia de los Estados Unidos, una burguesía ya existente y consolidada se liberó de la Corona metropolitana y para gobernarse creó un poder federal, pero con gran desconfianza, por lo que le opuso el control de constitucionalidad e incluso, originariamente, otros controles en los propios Estados que no funcionaron (como el Consejo de Censores de Pensilvania, creado en 1776). Allí fue la desconfianza de la burguesía respecto del nuevo poder central que ella misma creaba lo que originó la función arbitral de los jueces y de la Suprema Corte: recordemos que en versión originaria los derechos consagrados constitucionalmente eran

limitaciones a la legislación federal, pero no a la de los Estados, lo que explica que pese a esa declaración hubiese habido Estados esclavistas. Hubo momentos de luz y sombras en el funcionamiento de este control en cuanto al avance de la ciudadanía: si bien la Suprema Corte emitió en 1856 la vergonzosa sentencia del caso *Dred Scott V. Sandford* (60 U.S. 393, 1856), también es verdad que fue extendiendo los derechos de la Constitución Federal a la legislación de los Estados, y bien entrado el siglo XX desarrolló su importante jurisprudencia en materia de derechos civiles, que implicó la incorporación de minorías bastante numerosas. Baste recordar que la inconstitucionalidad de la prohibición de matrimonios mixtos fue declarada hace poco más de medio siglo. Por consiguiente, también en los Estados Unidos el papel de la jurisdicción en la ampliación de la base de ciudadanía es relativamente reciente y no siempre fue lineal, pese a que desde sus orígenes dispuso del control de constitucionalidad, que sirvió de modelo para casi todos nuestros países.

VI. La jurisdicción y la ciudadanía en perspectiva

Como hemos señalado, no carecemos de cultura jurídica, sino que la hemos desarrollado de modo particular. Para conservarla y reforzarla es necesario alimentar la memoria. En este aspecto no debemos olvidar lo que Rudolf von Ihering nos dice en *La lucha por el derecho*: cuando los pueblos olvidan la lucha por sus derechos, los dilapidan, como los herederos que no supieron de los sacrificios para reunir las fortunas que reciben. Si bien los sacrificios con que aprendieron nuestros pueblos el valor de sus derechos fueron crueles y relativamente recientes, no podemos subestimar la fragilidad de memoria que tienen los pueblos. Con frecuencia, el estrado judicial es un buen escenario para recordar y actualizar las vivencias. Esta contribución de la judicatura no es menor, por cierto.

Pero aparte de reafirmar el valor de los derechos de ciudadanía conquistados hasta el presente, lo cierto es que la jurisdicción en nuestra región debe enfrentarse a la amplia brecha entre el deber ser y el ser, y a sociedades sumamente estratificadas, donde la desigualdad es muy grande, lo cual señala el largo camino que queda por recorrer en cuanto a incorporación a la ciudadanía. Sin duda que es tarea fundamental de la jurisdicción en el actual momento mundial –en este mundo desequilibrado y desmemoriado– la defensa decidida de los derechos civiles y políticos, que son el blanco de pulsiones autoritarias que, ante la imposibilidad de mantener al planeta dividido entre civilizados y salvajes, pretenden convertirnos a todos en salvajes y desbaratar la cultura jurídica de los propios

países centrales. No podemos ignorar que hoy como nunca desde el fin de la Segunda Guerra Mundial cunden por el mundo aires autoritarios que hacen peligrar los Derechos Humanos más elementales.

Descontado este cometido básico, cabe preguntar si no puede la jurisdicción en Latinoamérica hacer algo más, algo específico respecto de los derechos económicos, sociales y culturales en particular, como también en los casos de violaciones grupales o incluso masivas a los derechos civiles y políticos. En tanto que con la primordial tarea de detener los impulsos autoritarios en materia de derechos civiles y políticos la jurisdicción cumple la función de garantizar los espacios de libertad por los que transitará la dinámica de cada sociedad, con lo segundo impulsaría en alguna medida esta dinámica.

La jurisdicción puede incidir sobre la dinámica social, ampliando la ciudadanía al impulsar los estándares de realización de los derechos económicos, sociales y culturales, haciendo lugar a acciones contra violaciones o limitaciones grupales de derechos individuales, condenando ciertas formas de discriminación, etc. No obstante, cabe preguntarse hasta qué punto le es posible asumir esta función sin invadir las que competen a los poderes legislativo y ejecutivo.

Estimo que es claro que la jurisdicción no sólo puede sino que debe impulsar los derechos económicos, sociales y culturales, porque de lo contrario éstos perderían el carácter de derechos, quedando reducidos a puras expresiones de buena voluntad contenidas en las Constituciones y en los tratados, pero sin ningún valor jurídico. El efecto de esta indiferencia de la jurisdicción sería catastrófico, puesto que, sumado a la tradicional desconfianza de nuestros pueblos hacia lo institucional y a las limitaciones que aún sufre la ciudadanía, llevaría a que éstos percibiesen al derecho como una herramienta inútil a la que conviene arrojar lejos, con las consiguientes consecuencias violentas en nuestras sociedades.

En síntesis: no se trata de preguntar si lo puede hacer, pues creo claro que lo debe hacer y, por ende, el interrogante es cómo y hasta dónde debe hacerlo sin interferir en las competencias de los otros poderes.

Hay derechos que se violan por acción del Estado y otros que se violan por omisión; por ende, hay dos maneras diferentes de hacer respetar los derechos: cuando se trata de simples prohibiciones, al Estado se le impone el deber de omitir, pero cuando se trata de omisiones del propio Estado, la forma de hacerlos respetar es imponiendo a éste la realización de acciones.

Si bien en general las violaciones por acción corresponden a derechos civiles y políticos y las violaciones por omisión, a derechos económicos,

sociales y culturales; pero no se trata de una regla ni tampoco es inexorable, pues en ocasiones el respeto a los derechos civiles y políticos exige la realización de acciones por parte del Estado, como en el supuesto de deterioro de las prisiones.

Cuando la jurisdicción hace lugar a acciones colectivas en demanda de derechos violados por omisiones del Estado, debe imponerle a éste la realización de acciones que, por ser actos de gobierno diferentes de las sentencias, son acciones políticas que en principio corresponden al ámbito de los otros poderes. He aquí la dificultad.

Partiendo de la base de que el principio republicano de gobierno –consagrado por todas las Constituciones de la región– implica la racionalidad de todos los actos de gobierno, debemos deducir que todos los poderes del Estado se hallan sometidos a decidir conforme a racionalidad. Las sentencias no dejan de ser actos políticos, porque también son actos de gobierno, por ende, deben ser racionales y, además, el control de constitucionalidad –que abarca el respeto al principio republicano– exige que, mediante sentencias, el judicial verifique también el respeto al principio republicano –a la racionalidad republicana– por parte de los otros poderes.

Dentro del ámbito reservado a los otros poderes se hallan las decisiones concretas acerca de las diferentes políticas de Estado, y corresponde sólo a éstos decidir cuál será en concreto la forma de llevar a cabo las políticas especiales, de cuya combinación dependerá el avance de la ciudadanía en todas sus formas. Mientras los otros poderes del Estado realicen actos de gobierno que están dentro de sus competencias y con ellos elijan alguna de las formas que son discutibles u opinables en el plano de la ciencia política o de la técnica respectiva, la jurisdicción no puede objetar ni imputar omisión alguna, sencillamente porque no existe omisión, sino una acción de gobierno sólo discutible en el campo político o técnico y, por ende, en ámbitos de discusión racional.

La competencia de la jurisdicción se abre sólo cuando no media ninguna política al respecto o cuando la que se articula es irracional porque no es válida, dado que no se halla entre las discutibles en el campo de la ciencia política o del respectivo campo técnico. En tales casos no se trata de imponer una política a los otros poderes, sino de imponerles la obligación de llevar a cabo alguna de las políticas discutibles u opinables como racionales en ese terreno.

Cuando los otros poderes permiten el deterioro de las pensiones y jubilaciones condenando a la miseria a toda la llamada “clase pasiva”, sin incorporar algún sistema de actualizaciones que permita paliar esta

situación, es deber de la jurisdicción emplazar a esos poderes para que articulen alguna política en este sentido; cuando el deterioro carcelario llega a un punto en que no se puede garantizar la vida de los presos y no hay ninguna política de reducción de su número ni de construcción de cárceles, es deber de la jurisdicción proteger el derecho a la vida de los presos e imponerle a los otros poderes que en un término razonable adopten las medidas que hagan cesar esta situación; cuando se deteriora el medio ambiente en forma alarmante y con daño y peligro para la vida de una colectividad, es deber de la jurisdicción imponer a los otros poderes la obligación de articular algún programa racional que detenga y revierta ese proceso; cuando la carencia de vivienda es considerable y no hay ningún plan serio de construcción de viviendas, la jurisdicción puede imponer la obligación de articular algún plan.

El límite que se deriva del propio principio republicano es el que le impide a la jurisdicción imponer una política determinada a los otros poderes, pero el propio control republicano impone a la jurisdicción el deber de exigirles que implementen alguna de las políticas racionales en casos concretos. Cuál sea esa política es materia de discusión pública y en el seno de los otros poderes, pero que alguna debe ser es una decisión que debe imponer la jurisdicción cuando la omisión sea de considerable gravedad. Por cierto que en el ejercicio de esta potestad la jurisdicción debe ser sumamente cuidadosa, pues estas acciones requieren seguimiento en el tiempo, dado que su decisión no se agota en una sentencia. Pero también requieren que la jurisdicción se asegure, antes de hacer lugar a una acción de esta naturaleza, de que mantiene en sus manos poder suficiente como para hacer efectivo su emplazamiento a los otros poderes, pues de lo contrario su decisión sería meramente declarativa y acarrearía considerable desprestigio a la propia imagen de la jurisdicción.

Esta verificación dependerá de la naturaleza de cada acción. Así, puede reservarse el derecho de ordenar los porcentajes de actualizaciones de las pensiones y jubilaciones ante el incumplimiento de los otros poderes, de resolver la soltura de presos con condenas menores, etc. No es saludable que los jueces impartan mandatos cuyo incumplimiento no tenga consecuencia alguna; en tal caso es preferible que asuman la forma de recomendación con clara expresión de la impotencia judicial frente a esa situación. No obstante, es excepcional el supuesto en que la jurisdicción se halla totalmente desarmada en el supuesto de incumplimiento de sus emplazamientos.

Sin duda que la asunción de esta competencia por parte de la jurisdicción en nuestra región dará por resultado la resistencia de los otros poderes

de los Estados, en especial, teniendo en cuenta el fortísimo presidencialismo o ejecutivismo que es tradicional en ella, como también de los sectores interesados en detener el avance de la ciudadanía y obtener provecho de la desigualdad. Los argumentos no serán otros que los que se esgrimen cada vez que la magistratura molesta a otros poderes o factores de poder: la dictadura de los jueces, el origen aristocrático de la magistratura y su pretendida incapacidad política.

En principio, la dictadura de los jueces –tantas veces invocada– es la única dictadura que nunca existió. Conocemos dictaduras de ejecutivos que removieron o eliminaron a los jueces, les quitaron su independencia o los privaron de todo poder e incluso los encarcelaron, pero nunca de éstos sobre el ejecutivo y el legislativo. El pretendido origen aristocrático o no democrático de los jueces resulta absurdo tanto en el aspecto formal como de fondo.

En cuanto a su aspecto formal, cabe observar que su nombramiento –como todos en un Estado de derecho democrático– depende de instituciones democráticas y, por ende, se trata de una expresión de la voluntad popular de segundo grado, como puede ser el caso de un presidente electo por un colegio electoral. En cuanto al fondo de la objeción, es dable destacar que un poder del Estado no es democrático únicamente por provenir de elección popular directa, sino también cuando resulta necesario para el funcionamiento de una democracia. Un Estado sin jueces independientes y con poder suficiente para señalarle a los otros poderes la necesidad de respetar la dignidad de la persona, deja de ser un Estado de derecho y también un Estado democrático, así como un partido de fútbol deja de ser tal y se convierte en un tumulto cuando no hay árbitro ni jueces de línea.

Por lo que hace a la pretendida incapacidad política de la magistratura, se trata directamente del cuestionamiento de su función de control de constitucionalidad, como lo puso de manifiesto hace más de ochenta años la vieja polémica entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, quien pocos años más tarde sería el ideólogo jurídico político del *dritte Reich*. Siempre que surge una nueva discusión acerca de la competencia de los jueces, las voces interesadas en recortarlos retoman los argumentos de Schmitt, pese a su venerable antigüedad, lo que no puede llamar la atención en un mundo desmemoriado.

Para Schmitt el único que podía decidir en la crisis era el político, entendiendo por tal al titular del ejecutivo, porque sostenía que la judicatura es un órgano burocrático, sólo útil en las situaciones de normalidad. Para este teórico del Estado absoluto, sólo el político estaría en condiciones de

decidir en situación de emergencia cuáles son las normas constitucionales que se vuelven prioritarias y cuáles deben suspenderse o postergarse. Esta jerarquización de normas constitucionales le permitió aniquilar la Constitución de Weimar –como aniquilaría cualquier otra constitución–, en su intento por legitimar la eliminación y hasta la supresión física de los opositores con el pretexto de la supremacía del principio republicano. En nuestra región, los avances de la ciudadanía se detuvieron y retrocedieron, tanto en dictaduras como regímenes constitucionales, siempre invocando situaciones de excepción. La emergencia siempre ha sido y continúa siendo el pretexto preferido de nuestras elites y privilegiados.

VII. Algunas conclusiones

Creo que la historia del nacimiento y desarrollo de la ciudadanía en nuestra región desemboca en una cultura jurídica que se fue configurando por un camino propio, que por razones estructurales no pudo menos que ser diferente del europeo y del norteamericano.

Creo que es tarea de la judicatura mantener viva esa cultura conservando y fortaleciendo la memoria de las experiencias colectivas que la configuraron.

Pero también le incumbe –como poder del Estado– la función de impulsar la dinámica social ante las limitaciones que ésta sufre frente a la fuerte estratificación de nuestras sociedades y a los intereses que se oponen a su avance.

Para ello debe proteger los derechos de quienes se hallan total o parcialmente excluidos de la ciudadanía.

Esta tarea debe llevarse a cabo no sólo imponiendo la estricta observancia de las prohibiciones que garantizan los espacios sociales de reclamo (derechos civiles y políticos), sino también mediante emplazamientos para que los otros poderes del Estado ejecuten políticas racionales impulsoras de la ciudadanía, teniendo como límite la elección concreta de la política a seguir, que es competencia propia de los otros poderes.

Por un camino difícil y particular, plagado de dolor y sacrificios, hemos alcanzado el grado actual de desarrollo de la ciudadanía y hemos configurado nuestra propia cultura jurídica. Disponemos hoy de Estados democráticos y constitucionales de derecho que durante más de dos décadas casi no conocieron golpes de Estado, pese a los accidentes políticos de múltiples gobiernos interrumpidos. Este contexto regional nos señala que ha llegado la hora de un mayor protagonismo activo de la judicatura en el impulso al progreso de la ciudadanía, lo que se revertirá en prestigio

institucional de la jurisdicción y en el consiguiente acatamiento popular a sus decisiones, como camino ineludible para aliviar las tensiones en nuestras sociedades y, por ende, como única prevención legítima y eficaz de la violencia social.

EL POTENCIAL CONSTITUCIONAL CULTURAL DE LA ARGENTINA

Introducción

Poder pronunciar una *lectio doctoralis* hoy en Buenos Aires es un momento culminante en la trayectoria de un profesor universitario alemán. En primer lugar, estas líneas intentarán expresar el profundo agradecimiento del conferenciante por la alta distinción académica que le ha sido otorgada. Asimismo, pueden ser muestra de un vínculo personal, dado que desde hace algunos años mantengo una relación de amistad con los profesores A. A. Alterini², E. R. Zaffaroni³ y R. G. Ferreyra⁴, como también la que se me ha posibilitado desde el año 2006 con el círculo académico de jóvenes estudiosos que, por otra parte, además se asienta en el interés científico por temas comunes, fundamentalmente el aquí y el ahora en la cuestión del *typus* de Estado constitucional y un ejemplo como la Argentina.

Por cierto que no deben esperarse grandes desarrollos programáticos de una *lectio doctoralis*, a diferencia de lo que suele suceder en una conferencia inaugural como las que deben pronunciarse en Alemania al asumir la titularidad de una Cátedra, puesto que en el otoño de la edad media (o mejor dicho, en la primavera de la edad antigua) de un profesor de casi setenta y cinco años, ya no se dispone del tiempo ni de la fuerza que demanda el emprendimiento de planes de investigación completamente nuevos, lo cual se acentúa cuando este profesor, como es mi caso, proviene de una provincia alemana.

¹ *Lectio doctoralis* pronunciada en abril de 2009, en el Salón Rojo de la Facultad de Derecho, con motivo de la entrega del título de Doctor Honoris Causa de la Universidad de Buenos Aires. El elogio académico fue realizado por los profesores doctores E. Raúl Zaffaroni y Raúl Gustavo Ferreyra. La traducción fue realizada especialmente para *Contextos* por Irene Weinmann de Knoop, Traductora Pública de Alemán (UBA) y la Lic. Silvia Lenz, Docente de la Facultad de Ciencias Sociales (UBA), con conocimiento del autor y a pedido de la dirección de la publicación.

² Instructivo: A. A. Alterini, *La Universidad Pública en un Proyecto de Nación*, 2006.

³ Muy interesante de su autoría: *El enemigo en el Derecho Penal*, 2006.

⁴ Literatura fundamental: R. G. Ferreyra, "Patología del proceso de reforma. Sobre la inconstitucionalidad de una enmienda en el sistema constitucional de la Argentina", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2008, p. 63 y ss.

No obstante, se expondrán algunos ejes temáticos de análisis que reflejarán la experiencia en investigación científica, producto de una larga vida académica, como fue la mía. La hospitalidad del país y la Universidad de Buenos Aires se erigen de este modo en fuentes de inspiración, hasta donde eso es posible para un viejo europeo.

Lamentablemente, en el *Libro de sueños* de vuestro gran escritor J. L. Borges, no aparece el sueño de ningún teórico del Derecho constitucional ni de ningún clásico como Montesquieu, y por cierto que nos hubiese despertado mucha curiosidad el sueño de un J. Locke. Pero debemos conformarnos con el famoso sueño de Cicerón, aunque también podríamos analizar la obra del gran escritor argentino buscando sus alusiones a elementos del Estado constitucional, como su crítica a la democracia como “desgracia de la estadística”, entre otras cuestiones. Pero debemos limitarnos y sólo podré esbozar algunos trazos mayores en la presente disertación de agradecimiento.

El desarrollo de esta disertación se dividirá en las siguientes partes: hablaremos en primer término del potencial constitucional cultural de la Argentina, valiéndonos para eso de la historia de la cultura de este gran país, hasta donde tengo manejo de la misma. A ese efecto, nos resultarán de utilidad dos ejemplos –las experiencias de Italia y Portugal– que cumplirán un rol preparatorio. En una segunda parte, se llevará a cabo un breve análisis de la Constitución argentina vigente desde la perspectiva del Derecho comparado y a la luz de mi propia teoría.

I. Primera parte: Modelos en Europa

1. *El modelo de Italia (testimonio de un Día de la Constitución romano)*

Un ejemplar festejo del Día de la Constitución se vivió en Roma cuando se celebró el cincuentenario de la Corte Constitucional italiana (Año de la Corte Constitucional). Con una edición de lujo⁵ –que también se presentaba en la ocasión– y con motivo de los cincuenta años de existencia de la Corte, se celebraba la Constitución de 1947 desde un enfoque cultural y a través de los medios de la cultura, del arte y de la ciencia. En este texto, cada uno de los artículos de la Constitución de 1947 y las grandes decisiones de la Corte a ellos correspondientes se ilustraban con comentarios de los más famosos jueces constitucionales. Lucen en esa edición tanto importantes documentos, pinturas y dibujos históricos de la cultura

⁵ 1959-2006 - 50 anni di Corte Costituzionale: le immagini, le idee, editado por P. Boragina y G. Marcellano, Roma, 2006.

italiana, hasta exponentes de la pintura moderna, como por ejemplo, representaciones de la vida obrera y cuadros sobre las batallas históricas, y también, alegorías de la Justicia. Paso a exponer algunos ejemplos de esta obra bibliófila única, tanto para las ciencias culturales como para el Derecho constitucional:

- Con respecto al artículo 4 (sobre *derecho al trabajo*): retrato de una antigua hilandería de seda; trabajador en huelga; mujeres trabajando en arroceras; un campesino arando; una obra en construcción. Si bien se documenta el trabajo desde un punto de vista tradicional, pero en toda su variedad, haciendo alusión al artículo 1, inciso 1º: “una República fundada en el trabajo”.

- Con respecto a los artículos 9, 33 y 34 (acerca del *medio ambiente, cultura, paisaje, educación*): la lápida diseñada por Miguel Ángel para León X y Clemente VII; el retrato de una dama del renacimiento; el autógrafo de N. Maquiavelo en la introducción a sus *Discorsi* (previos a 1531); el retrato de un humanista; varios astrónomos (ambos del siglo XVI); el autógrafo en un manuscrito de G. Galilei (1616); una vista de Venecia (F. Guardi, siglo XVIII); una pintura del Coliseo (siglo XVIII); olivares por un pintor casi impresionista; *Mi Siracusa*, una pintura más bien moderna; *La Educadora* (casi cubista).

- Con respecto a los artículos 29, 30 y 31 (referidos a la *familia* bajo el título general de *Relaciones ético-sociales*): *Madonna con niño* (circa 1580); retrato familiar al estilo renacentista; retrato de una familia burguesa; retratos familiares del siglo XX, poniendo de manifiesto la transformación en la manera de retratar a la familia a lo largo del tiempo.

- Con respecto a los artículos 2 y 3 (referidos a la *igualdad, libertad de asociación* bajo el título general de *Principios Fundamentales*, también, *libertad de cultos*): pintura renacentista de una misa; reproducción de un apóstol predicando (siglo XVIII); el interior de una sinagoga (siglo XVIII); reunión de cuáqueros (siglo XVIII); por lo tanto, se retratan también otras religiones distintas a la propia y se exponen cuadros que representan muchedumbres de distintas épocas, por ejemplo, comediantes en ferias, personas en un tranvía (1923).

- Con respecto al artículo 5 (referido a *autonomía local*): imagen fantasiosa de la ciudad, que unifica los símbolos arquitectónicos que identifican a muchas comunas italianas, como Roma, Milán, Turín, Pisa; esto, por supuesto, solamente a manera de ejemplo.

- Con respecto al artículo 11 (sobre la *prohibición de la guerra de agresión*): varios cuadros de batallas en estilo antiguo y moderno; una alegoría de la paz con un cordero (siglo XVIII).

- Con respecto a los artículos 24 y 25 (acerca de la *justicia y derechos judiciales fundamentales*): varios cuadros alegóricos de la Justicia precedentes de los siglos XVII y XX; una primera edición de la obra de C. Beccaria (1764).
- En referencia al artículo 10 (sobre el *derecho internacional*): una obra representando el recibimiento de un embajador (siglo XVIII); aquí llama la atención una falencia: la idea de la unidad europea, tan prematuramente lanzada en Italia, no está representada por *ninguna* imagen.
- Con respecto al artículo 32 (acerca de la *salud y asistencia sanitaria*): pinturas de la asistencia de los pobres en Florencia (1514); olla popular (siglo XVII).
- En referencia a los artículos 41 y 47 (sobre *iniciativas económicas privadas y ahorro*): bordaduría familiar en el mundo aristocrático (siglo XVIII); retratos de conocidos comerciantes; antiguo manuscrito equivalente a un *extracto de cuenta* de Miguel Ángel (1514).

No sé de la existencia a nivel mundial de otra obra parecida en la bibliografía de las ciencias culturales y jurídicas que interprete una constitución vigente a partir de sus diferentes secciones relacionadas con la religión, la ciencia y el arte, la vida política y social. Seguramente no se trata de una casualidad que justamente Italia como el país de la cultura de Europa, incluso en el mundo, la celebre con esta publicación. Otros países y comunidades científicas de constitucionalistas podrían tomar este proyecto como ejemplo en cooperación con (otros) especialistas de la cultura.

2. El ejemplo de Portugal

A. La realidad constitucional en Lisboa (2006)

Acerca de la *realidad constitucional* tomaremos un ejemplo de Lisboa. El 25 de abril de 2006, y de manera casi accidental, quien les habla ha vivenciado en Lisboa la realidad política y social de la celebración del *Día de la Constitución* de Portugal. En aquella ocasión, había sido invitado a disertar en un acto en celebración del Tribunal Constitucional portugués y de la Facultad de Derecho de la Antigua Universidad, pero previamente me mezclé con el público –o, mejor dicho, con la comunidad nacional– que festejaba a su manera la Constitución de 1976 en la arteria principal, Avenida da Liberdade. Se vivía casi una fiesta popular, una especie de *constitución como proceso público*, con muchos ciudadanos y grupos como intérpretes activos. En particular, eran agrupaciones político-partidarias, clubes sociales, delegaciones comunales y municipales; pero también, representantes de las más diversas profesiones, que avanzaban en una especie de desfile por el gran boulevard en dirección al mar.

Todos los participantes y casi todos los asistentes llevaban a modo de símbolo el clavel rojo, famoso desde 1974 (la *Revolución de los Claveles*). En pancartas, algunas sostenidas por personas y otras en los vehículos, se hacía referencia explícita a algunos artículos de la Constitución, como con relación al trabajo, a la familia o al medio ambiente, pero también a la paz. También se formulaban demandas de política constitucional o de cuestiones políticas generales, que se representaban sobre carros preciosamente decorados. Se respiraba una atmósfera republicana, una expresión de la articulación de autocomprensión como Nación constituida más allá de todas las falencias que, como por ejemplo, en lo relativo a la desocupación, se estaban denunciando. Como observador participante, se vivenciaba una *constitutional law in public action* hecha realidad. Para quien les habla, todo esto fue inolvidable, y conservaba esta fuerte impresión al introducirse en el medio más académico de la imponente jornada científica en la Fundación Gulbenkian⁶.

B. La historia de la cultura de Portugal en el contexto de las normas de la Constitución de 1976

Desde las profundidades de la historia cultural de Portugal y de su *humus* emergen, a la manera del tomo documentado de Roma, las siguientes referencias a *disposiciones constitucionales* de 1976 en atención a sucesos, acontecimientos y grandes obras del arte y la cultura:

- El “Siglo de Oro” (siglo XVI) con sus grandes obras (referencia al Art. 42).
- La catástrofe nacional que significó el terremoto de 1755⁷.
- La independencia del Brasil en 1822.
- Con respecto al valioso contenido del *preámbulo*: relato de la historia reciente del Estado constitucional portugués: el 25 de abril de 1974; la liberación de la dictadura y del colonialismo; el reconocimiento de los derechos fundamentales; la adhesión a la democracia, al Estado de derecho y al *país fraterno*. Ilustraciones de los festejos callejeros durante la *Revolución de los Claveles*, documentos de la proclamación de la Constitución por la Asamblea Constituyente (2 de abril de 1976).
- Con respecto al artículo 7 (*relaciones internacionales*): documentos sobre Derecho internacional público, en especial, sobre las *relaciones amistosas con los países de habla portuguesa* (el portugués es la lengua materna de ciento veinte millones de personas); una foto del Tribunal Penal Internacional de La Haya; como *contradocumento* en relación a la

⁶ Esta ponencia fue publicada en EuGRZ 2006, p. 533 y ss.: Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus.

⁷ Imagen de Lisboa en: Portugal, DuMont, 1987, p. 84.

proclamación de la paz, por ejemplo, la batalla de Aljubarrota⁸.

- Con respecto al artículo 11 (*símbolos nacionales*), en especial, la bandera: la bandera portuguesa es como un libro de historia porque plasma la historia del Estado portugués y de su Constitución en imágenes: los cinco escudos azules en forma de cruz representan los cinco reyes moros que fueron vencidos en una batalla en 1139; el verde simboliza la esperanza y era el color de Enrique El Navegante⁹ (1394-1460); el blasón con la esfera armilar, un antiguo instrumento de navegación, representa el importante papel que tuvo Portugal en el descubrimiento del mundo más allá de Europa (en todas partes se encuentran las huellas de sus descubridores del mundo: en Sagres, Porto, Batalha o incluso en Lagos; Vasco da Gama descubrió en 1497 la vía marítima hacia la India); la rueda dorada con el arco dorado en la bandera fueron agregados en el siglo XIII por el rey Alfonso III; los cinco puntos blancos en cada escudo representan las heridas de Jesús; el rojo fue adoptado como símbolo de la revolución¹⁰; la introducción del símbolo de la revolución del 5 de octubre de 1910 se podría ilustrar con un documento de esos días. Por ende, desde la teoría constitucional se podría decir que el *preámbulo* describe una corta etapa de la creación del Estado constitucional portugués, mientras que la *bandera nacional* – gráfica y coloridamente– evoca el desarrollo *secular* del país.

- En referencia al artículo 12 f. (*derechos fundamentales y deberes fundamentales*): las grandes sentencias del Tribunal Constitucional en Lisboa y su análisis científico.

- Con respecto al artículo 15 (*extranjeros, ciudadanos europeos*): se resaltan aquí los ciudadanos portugueses de los países que estuvieron bajo el dominio del Estado portugués; documentos de países como Mozambique, Cabo Verde, Angola y Guinea-Bissau.

- Sobre el artículo 41 (*libertad de conciencia y de cultos*): documentos de la historia de la Iglesia, inclusive, de la inquisición¹¹; el Milagro de Fátima, *País de castillos y abadías*¹².

- Con respecto al artículo 42 (*libertad de expresión cultural*): reproducciones del arte y la cultura portuguesas, por ejemplo, las

⁸ Ilustrada en: Portugal, DuMont, 1987, p. 40.

⁹ Su monumento se encuentra ilustrado en: Portugal, Walter-Reiseführer 1986, p. 39; también en: G. Faber/O. Kasper, Portugal, Cubierta, 1983.

¹⁰ Ilustración según B. J. Barrer, *Weltatlas der Flaggen*, 2005, p. 51. En general sobre la función simbólica de las banderas nacionales: P. Häberle, *Nationalflaggen: kulturelle Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008.

¹¹ Ilustración de la quema en la hoguera de víctimas de la inquisición, en: Portugal, DuMont, 1987, p. 46.

¹² Ilustración en: G. Faber/O. Kasper, Portugal, 1983, p. 84 y ss.

columnas manuelinas del Monasterio de Belém¹³, el arte del azulejado, el Monasterio de San Jerónimo en Lisboa; de la literatura: L. de Camões (1524 - 1580, el poema épico *Os Lusíadas*), F. Pessoa (1888 - 1935), el premio Nobel J. Saramago, *Alzado del Suelo*; de la música: el fado (*Saudade*); en lo referente a la producción de conocimiento científico: la ciudad universitaria de Coimbra (la Antigua Universidad, en especial, la biblioteca universitaria, construida entre 1716 y 1732¹⁴), la Fundación Gulbenkian en Lisboa; representaciones de bailes con la vestimenta típica¹⁵; los primeros profesores de Derecho constitucional, autores de grandes tratados dedicados a la Constitución de 1976 son G. Canothilo y J. Miranda; entre los grandes jueces y también presidentes, se puede mencionar a M. Cardoso da Costa.

- Con respecto al artículo 66 (*medio ambiente y calidad de vida*): paisajes culturales como Algarve, Albufeira y el Parque Nacional de Buçaco, Costa do Sole, los viñedos en el valle de Douro, pero también las *influencias africanas*¹⁶.

- Con respecto al artículo 78 (*producción cultural*): reproducciones de objetos de valor histórico-cultural, como por ejemplo, los artísticos azulejos, el estilo manuelino (1490-1540); ciudades declaradas *patrimonio de la humanidad* por la Unesco¹⁷: Porto, Tomar, Évora, Sintra

- En cuanto al artículo 79 (*cultura física y deporte*): como cultura en sentido amplio también se pueden mencionar las corridas de toros portuguesas.

- En referencia al artículo 150 (*Asamblea de la República*): el edificio del Parlamento de Saõ Bento¹⁸.

- Con respecto a los artículos 278-283 (*Tribunal Constitucional*): Imagen del Palacio, de una sesión plenaria y desarrollo de las grandes sentencias, especialmente las relativas a los derechos fundamentales.

¹³ Ilustración en: Portugal, DuMont, 1987, pág. 63. Los demás ejemplos en la p. 67 y ss.

¹⁴ Ilustración en: G. Faber/O. Kasper, Portugal, 1983, p. 75.

¹⁵ Ilustración en: Faber/O. Kasper, Portugal, 1983, p. 48.

¹⁶ Documentado en: G. Faber/O. Kasper, Portugal, 1983, p.142 y ss.

¹⁷ Ilustraciones en: UNESCO-Weltkulturerbe, 2003, pp. 214-223.

¹⁸ Ilustración en: Portugal, DuMont, ibídem, p. 96.

II. Segunda parte: El potencial constitucional cultural de la Argentina

1. Datos referentes a la historia política del país

Solamente como un recordatorio, en especial para los no argentinos, mencionaremos algunos datos importantes. Correspondería más adelante incluirlos en la actual Constitución argentina *como cultura y como proceso público*.

- 1516: El español J. Díaz de Solís descubrió la desembocadura del Río de la Plata.
- 1536: Primera Fundación de Buenos Aires (P. de Mendoza).
- 1544: El territorio de la actual Argentina queda bajo el dominio colonial español como parte del Virreinato del Perú; de esta manera se fundamenta uno de los tres elementos clásicos del Estado en el sentido que le otorga G. Jellinek.
- 1580: Segunda Fundación de Buenos Aires, ciudad que hoy en día, como es sabido, posee su propia Constitución (1996) (comentada de manera magistral por R. G. Ferreyra, 1997).
- 1776: Carlos III establece el Virreinato del Río de la Plata, es decir, Argentina, Uruguay y Paraguay y también Bolivia, con la capital Buenos Aires; amplía supresión de las restricciones comerciales.
- 1777: Expulsión de la Orden de los Jesuitas, que había fundado doce misiones y se había opuesto a la esclavitud de los indígenas.
- 1810: Derrocamiento del Virrey español¹⁹.
- 1816: Las Provincias Unidas en Sud América se declaran independientes del reino español. Comienzo de las guerras civiles.
- 1835: Dictadura del General J. M. de Rosas.
- 1853: Asamblea Constituyente convocada por J. J. de Urquiza, que el 1º de mayo promulga una Constitución inspirada en la obra de Juan Bautista Alberdi y la Constitución de los EE.UU., cuya validez se extiende, con algunas interrupciones y modificaciones (1860, 1866, 1898, 1957, 1994), hasta la actualidad²⁰.
- 1879: Se inician campañas de exterminio de indios.
- 1880: Argentina, constituida como Estado federal, recibe una fuerte corriente inmigratoria europea (se federaliza la Ciudad de Buenos Aires como Capital de la República).
- 1888: La Corte Suprema, siguiendo el ejemplo de *Marbury vs. Madison*,

¹⁹ De la literatura: P. A. Ramella, *Die Entwicklung des Verfassungsrechts in Argentinien*, JöR 18 (1969), p. 582 y ss.

²⁰ Cfr. el tomo de N. P. Sagüés, *Constitución de la Nación Argentina*.

establece el instituto de la revisión judicial.

- 1890: Buenos Aires se convierte en la ciudad más grande de Latinoamérica. Se produce la Revolución del Parque.

- 1912: Sufragio universal, secreto y obligatorio, aunque sólo para varones (para mujeres, a partir de 1948); el derecho electoral es el *acto primigenio de la democracia*, se arraiga en última instancia en la dignidad del ser humano.

- 1930: Agitación social tras la crisis económica mundial de 1929. Derrocamiento inconstitucional del gobierno de Hipólito Yrigoyen.

- 1931: Comienzo de *la década infame*, que se caracterizó por el fraude electoral, la corrupción y las estructuras oligárquicas.

- 1945: Marcha de *los descamisados* (liberación de J. D. Perón). Comienzo de conquistas sociales.

- 1946-1955: Primer gobierno de J. D. Perón, que toma la denominación de *Justicialismo*, caracterizado por los críticos como nacionalismo popular.

- 1949: Constitución Nacional Justicialista, de eminente carácter social.

- 1955: Derrocamiento de J. D. Perón por los militares.

- 1958: Tras elecciones libres asume A. Frondizi la presidencia.

- 1973: Segundo gobierno de J. D. Perón.

- 1976: Nueva toma del poder por parte de los militares hasta 1983; sangrienta dictadura militar, ciertamente acompañada por la consolidación de un sistema perverso y empobrecedor de economía de mercado. Anulación de la Constitución de 1853. Luchadoras contra el terror fueron las *Madres de Plaza de Mayo*; desde 1977 practican una *cultura de la libertad de manifestación*, que recién muchos años más tarde es incluida como texto en las constituciones europeas.

- 1982: Derrota en la guerra de Malvinas con la consecuente disolución de la Junta Militar²¹.

- 1983-1989: Democratización con la elección del presidente R. Alfonsín, amplio debate sobre reformas constitucionales, que quedan inconclusas.

- 1989-1999: Presidente C. Menem; su política de privatización provoca un momentáneo crecimiento de la economía que, sin embargo, desemboca en inflación, desocupación, recesión y corrupción; nuevas discusiones en torno a reformas constitucionales.

- 1994: Reforma de la Constitución (democracia como el principio rector de la Constitución, el recurso de amparo, el novedoso *habeas data*,

²¹ De la literatura: P. A. Ramella, Sobre el desarrollo constitucional de la Argentina entre 1980-1986, JöR 36 (1987), p. 507 y ss.

según el Art. 43 de la Constitución argentina).

- 1999-2002: Fracaso del presidente que asumió gracias a la proclamación de la lucha contra la corrupción, F. de la Rúa.

- Desde 2003: N. Kirchner como presidente, desde 2007 su esposa, Cristina Fernández de Kirchner; nuevamente resulta evidente que la Argentina es una fuerte democracia presidencial (Arts. 87 a 98) y que el respectivo representante del pueblo puede impregnar el cargo fuertemente con su sesgo personal (¿Hiperpresidencialismo o debilidad del Poder Legislativo?); el juramento (Art. 93) remite casi a la noción de *patriotismo constitucional* (ver también el Art. 21: *defensa de la patria y de esta Constitución*).

- 2005: La Corte Suprema de Justicia declara las leyes de amnistía, que habían garantizado a los militares la impunidad con respecto a las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar; esta decisión es una victoria de las ideas del Estado constitucional. (Ver causa “Simón *et al*”)

2. La Constitución vigente desde la perspectiva de las ciencias culturales

A. El excelente preámbulo –desde la perspectiva cultural se lo podría comparar con una obertura o un preludio– se puede destacar en la comparación a nivel mundial²². Proclama afianzar la justicia, consolidar la paz interior, promover el bienestar general y asegurar la libertad de todos, también de las futuras generaciones, también de los inmigrantes. Ante todo, realiza una *invocatio Dei* reconociéndole como *fuentes de toda razón y justicia*. De este modo, todos estos principios devienen principios constitucionales. El contenido de este preámbulo convence merced a su elevado tono y a la precisión del lenguaje en que expresa sus valores fundamentales. Se trata de un *concentrado* de la Constitución, como lo son muchos preámbulos en los Estados constitucionales modernos. Una invocación a Dios u otras referencias a Dios, sin duda, no son irrenunciables para el tipo de Estado constitucional (por ejemplo, España). En resumidas cuentas: ya el preámbulo fundamenta la Constitución argentina *como cultura*.

B. La Constitución establece como *forma de gobierno* la *representativa, republicana, federal* (Art. 1). La Argentina es una clásica República federal con 24 entes autónomos: 23 provincias y la Ciudad Autónoma

²² Con respecto a la teoría constitucional sobre preámbulos ver: P. Häberle, *El Estado constitucional*, 2007, p. 417 y ss.

de Buenos Aires. La autonomía de las provincias es por el momento, si se la compara con Suiza y Alemania, bastante débil (se encuentran representadas en el Senado). Se podría hablar del *unitario Estado federal Argentino*. Las Constituciones provinciales no pueden estar en contradicción con la Constitución nacional, y no disponen de suficiente autonomía impositiva. Lamentablemente, se utiliza la denominación de *provincias* en la Constitución (Art. 121-129). Éstas deberían fortalecer su autonomía constitucional y también la Ciudad de Buenos Aires. El artículo 125 otorga a los Estados miembros al menos cierta autonomía cultural.

C. Algunas palabras referidas a los *derechos fundamentales*²³. Éstos se encuentran en principio en la Primera Parte, bajo el título *Declaraciones, Derechos y Garantías*. (Capítulo Primero). Se pueden mencionar aquí la libertad de comercio, la libertad de peticionar, la libertad de asociación y de prensa, la libertad de uso de la propiedad y la libertad de culto (Art. 14); no obstante, en el artículo 2 se sostiene el culto católico apostólico romano. Llama la atención la referencia a Dios con relación a los límites del derecho fundamental en el artículo 19, primer párrafo; el artículo 17 garantiza la propiedad privada. Sería bueno que observase más detenidamente el artículo 19. Pocas constituciones tienen un dispositivo de esta naturaleza. Me parece que está en consonancia con la línea política liberal alemana (Anselm von Feuerbach, Immanuel Kant), aunque históricamente tenga otro origen.

El artículo 14 bis, que se reconoce a primera vista como resultado de una reforma constitucional, se ocupa detalladamente de la protección de los trabajadores (derechos sociales), empleando palabras claves como *condiciones de trabajo dignas, jornada laboral limitada, salario mínimo, organización sindical libre, seguridad social*. También se considera la protección constitucional de la familia (ibíd. párrafo 3).

El artículo 15 contiene un texto que es parte del *Derecho constitucional común latinoamericano*, porque en todas partes se ha abolido la esclavitud. Lo mismo puede decirse del artículo 16 (igualdad ante la ley), explícitamente incluso en lo relativo al Derecho impositivo y también al derecho al *habeas corpus*, según el artículo 18.

El artículo 21 establece el deber fundamental de defensa de la patria. Es interesante el artículo 28 (garantía de los derechos fundamentales, también, ante el legislador que vela por el ejercicio de los derechos) como

²³ De la literatura: E. S. Petracchi, "Los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2006, II, p. 1253 y ss.

también el artículo 33 (apertura frente a la incorporación de nuevos derechos fundamentales, ejemplo en este sentido son los Estados Unidos; las Constituciones de Europa Oriental después de 1989 también reglamentan este tipo de *cláusulas de desarrollo del derecho fundamental*).

Los artículos 36 a 53 se hallan bajo el título de *Nuevos derechos y garantías*. Aquí, por ejemplo, se consignan tanto el derecho de resistencia como la igualdad de hombres y mujeres, pero también el derecho al sufragio universal (Art. 37). Los artículos 28 y 31 garantizan prácticamente la supremacía de la Constitución. El artículo 38 institucionaliza los partidos políticos.

En un lugar un poco más escondido se encuentran, en el marco de las atribuciones del Congreso, los deberes de Estado de la Argentina (Cap. IV). Desde una comprensión material de las competencias, aquí se *ocultan* algunas inmanentes limitaciones a los derechos fundamentales. Del rico catálogo del artículo 75 solamente se mencionarán: el reconocimiento de la *preexistencia étnica y cultural* de los habitantes originarios de la Argentina (Inc. 17), el respeto de su identidad, la garantía de su derecho a una educación bilingüe, y acto seguido, la garantía de los derechos de autor, así como también la protección de los bienes culturales (Inc. 19), todo lo cual es Derecho constitucional cultural. En este contexto se inscriben tanto el tango como los numerosos parques nacionales, el Teatro Colón y el Museo de Arte Hispano-Americano, también las danzas folclóricas y la gran cantidad de atractivos culturales en Córdoba, pero también las cataratas de Iguazú y la Patagonia²⁴. Llamativa es la enumeración algo sumaria de la gran cantidad de Declaraciones de los Derechos Humanos y Pactos de Derechos Humanos tanto universales como regionales (Inc. 22) que, por supuesto, poseen una jerarquía *superior a las leyes*, lo que constituye una pieza fundamental del *Estado constitucional*.

Quizás único en relación a las normas y los deberes del Estado es el artículo 25, que fomenta la *inmigración europea* (compárese también con el Art. 75, Inc. 18, así como con el Art. 125 para las provincias). Este paso en el desarrollo del tipo de Estado constitucional aún no se ha plasmado en forma escrita en los países de la *vieja Europa*, a pesar de que, en la realidad constitucional, Alemania se ha convertido hace mucho tiempo en un país de inmigrantes. El Derecho constitucional comparado no es una *calle de mano única*.

D. El *Defensor del Pueblo* (Art. 86) es mencionado en muchas constituciones latinoamericanas, en algunas europeas, como por ejemplo, la de

²⁴ Cfr. el tomo ilustrado de I. Brega, *Argentina, 1999/2007*, así como *Teatro Colón*, Aldo Sessa Editores.

Austria, y también en la de Argentina; en esta última ocupa un lugar de gran importancia. Sirve ante todo a la protección de los derechos fundamentales.

E. Unas palabras de mi autoría con relación a la *Corte Suprema* (Arts. 108-115, 116-117). Ésta dicta de manera autónoma su reglamento interior (Art. 113) y ganó actualmente mucha autoridad y competencia gracias a jurisprudencias innovadoras²⁵. Los jueces son nombrados por el presidente de la Nación y con acuerdo del Senado por dos tercios de sus miembros presentes (Art. 99, Inc. 4).

3. *Incursus: La Constitución de Buenos Aires (1996)*

Por lo menos, con algunos conceptos claves se reconocerá en una perspectiva comparativa el valor de la notable Constitución de Buenos Aires (1996)²⁶. Con más razón, sabiendo que importantes colegas de esta universidad han participado en su redacción, en especial, E. R. Zaffaroni, M. A. Ekmekdjian, así como R. G. Ferreyra.

A. Ya el *preámbulo* es por su texto, ritmo y contenido una pequeña obra de arte que “entona” cultura y que puede ser comparado con los novedosos estatutos regionales en Italia (Toscana, Liguria) y España (Cataluña, Andalucía), así como también con las Constituciones totalmente revisadas de los cantones Suizos y de las Constituciones de los Estados austriacos y alemanes. El preámbulo norma los principios fundamentales de los textos que se presentan a continuación a través de los siguientes conceptos: *fraterna unión federal, desarrollo humano en el contexto de una democracia basada en la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia y los derechos humanos, reconocimiento de la identidad y la pluralidad, garantía de la dignidad humana, reconocimiento con respecto a la hospitalidad y, sobre todo, una Invocatio Dei.*

B. De la rica *sección sobre derechos fundamentales* merecen mencionarse: la garantía de la dignidad humana y la igualdad (Art. 11, párrafo 1), así como la prohibición de todo tipo de discriminación; también la garantía de efectiva participación en la vida política (Art. 11, párrafo 3). Otros derechos fundamentales a mencionar serían: la libertad de comunicación, el derecho a la privacidad, el acceso a la justicia sin limitaciones por razones

²⁵ Cfr. V. Bazán, *La reconfiguración del rol institucional de la Corte Suprema de Justicia Argentina y el camino hacia su consolidación como un tribunal constitucional*, 2008, p. 25 y ss.

²⁶ Citado según R. G. Ferreyra de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 1997.

económicas (Art. 12). El *recurso de amparo* se encuentra reglamentado en el artículo 14 de manera ejemplar y opera como piedra fundamental del *Derecho constitucional común latinoamericano*. Además, se dedican extensos párrafos a la educación, el medioambiente y la vivienda, así como a la cultura (Arts. 23 a 32). El artículo 32, referido a la cultura, protege todas las actividades creativas, garantiza la *democracia cultural*, facilita el acceso a los bienes culturales y reconoce una identidad pluralista y multiétnica. El legado cultural es protegido en muchas constituciones latinoamericanas (párrafo 3).

C. De los restantes capítulos cabe destacar el artículo 47, que exige el respeto a la pluralidad política de las emisoras *de radio y televisión*, lo que corresponde al *mandato de pluralidad alemán (pluralismo interior y pluralismo exterior)* que, como se sabe, apenas fue desarrollado en grandes decisiones líderes por el Tribunal Constitucional Federal, y actualmente se halla plasmado en el texto de las Constituciones de los Estados del este de Alemania, con lo que se constata el paradigma del desarrollo gradual de los textos, es decir que la jurisprudencia y la ciencia de *hoy* son elevadas *más tarde* al formato de texto por los legisladores constitucionales.

D. Del Segundo Libro merece mencionarse el artículo 61 con su reglamentación de los *derechos políticos* y la *participación de los ciudadanos*.

E. El Poder Judicial, según el artículo 106, debe respetar la supremacía de la Constitución. Los artículos sobre las competencias del Tribunal Superior de Justicia se destacan por una inteligente reglamentación plasmada en el artículo 113, inciso 2 (reenvío de las leyes declaradas como anticonstitucionales al poder legislativo, que con mayoría calificada puede rectificar la sentencia). Merece hacer escuela.

F. De los órganos de control en Buenos Aires solamente mencionaremos al *Defensor del Pueblo*, según el artículo 137.

En suma: El estatuto de Buenos Aires se merece por su forma y contenido el importante título de *Constitución*. Debería ser estudiado científicamente también en Europa. Es de esperar que se haya hecho efectivo por completo en la realidad (postulado de la *realidad constitucional conforme al texto constitucional*).

III. Ensayo de una apreciación total de la Argentina como Estado constitucional

Si se tienen presentes los textos constitucionales que desde 1853 sólo han sido modificados formalmente cinco veces, pero que en su forma aún preservan el excelente preámbulo original y la estructura de Estado federal, y que también incluyen el nuevo catálogo de derechos sociales, el recurso de amparo, el *habeas data*, la figura del Defensor del Pueblo y la protección de los pueblos autóctonos como algunos de los muchos anillos de desarrollo positivo –es decir, buenos textos que corresponden al tipo de Estado constitucional–, y si además se toman en cuenta algunos datos de la historia del país y de la historia de su Constitución, incluso en sus aspectos negativos (discriminación de los pueblos autóctonos, dos terribles dictaduras militares), será posible formular el siguiente *balance total*: la Argentina posee en función de los textos constitucionales muchas posibilidades positivas de desarrollo en el sentido del pensamiento de las posibilidades (aún cuando las últimas fuerzas configuradoras del avance del desarrollo constitucional sólo se hacen visibles a través del *espíritu universal*). Pero a la vez, se presenta el interrogante acerca de si la Argentina ya posee los imprescindibles elementos de una fructífera *cultura constitucional*, es decir, los *contextos* necesarios para los buenos textos constitucionales, o sea, si existe una realidad constitucional conforme a los textos constitucionales. La respuesta a esta pregunta es en parte positiva y en parte negativa. El Estado constitucional argentino, pese a que no lo regula explícitamente en la Constitución, dispone de importantes elementos identificatorios nacionales para la integración de los ciudadanos: un impactante himno nacional y una bella e inconfundible bandera²⁷, así como algunos días festivos: por ejemplo, el 2 de abril (día de las islas Malvinas), el 25 de mayo (primer gobierno patrio, 1810), el 20 de junio (día de la bandera, aniversario de la muerte del General Belgrano), el 9 de julio (día de la independencia), el 17 de agosto (aniversario de la muerte del General San Martín), el 12 de octubre (descubrimiento de América). Una vez más se verifica la tesis de la *trilogía*: bandera nacional, himno nacional y feriados nacionales.

A este respecto, debe señalarse que corresponden a la *Constitución como cultura*, a la *cultura constitucional*, al *con-texto* de una Constitución

²⁷ Literatura general al respecto: P. Häberle, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 2007; idem, *Nationalflaggen: Bürgerdemokratische Identitätselemente und internationale Erkennungssymbole*, 2008; idem, *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, 1987.

en proceso de desarrollo los siguientes momentos adicionales: la conciencia constitucional de los ciudadanos y de todos los organismos estatales incluidas las comunas (el *patriotismo constitucional* en el sentido de D. Sternberger y J. Habermas), la sensibilidad de la opinión pública con relación a la violación de los derechos humanos (la perseverante reunión de las madres en Buenos Aires debe ser valorada en toda su magnitud); la responsabilidad estatal en cuanto a la educación en derechos humanos, que debe iniciarse en las escuelas comunes y llegar hasta el cuartel militar, como sucedió hace poco (principios constitucionales, en especial, derechos humanos como metas educativas, pedagogía constitucional²⁸). La fuerza normativa de la Constitución (K. Hesse) debe ser sentida y vivida por todos los ciudadanos y políticos, por todos los organismos estatales y funcionarios como tales. Todos estos *anillos de crecimiento* de una cultura constitucional no pueden generarse de un día para otro, sino que es menester un largo aliento y mucha paciencia, evolucionando con una *técnica de avanzar por pasos* (K. Popper). A la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales en la Argentina, pero también a las comunidades científicas de las universidades les corresponde una gran responsabilidad (un modelo es el *Círculo Doxa* de la Ciudad de Buenos Aires creado por R. G. Ferreyra). La ciencia debe profundizar sobre todo en torno a la idea de la relación de dependencia existente entre dignidad humana y democracia. Esta es la *consecuencia* organizacional de la dignidad humana que configura las premisas antropológico-culturales del Estado constitucional (la consigna del principio de las ciencias culturales). Educación y formación pueden ser las tareas futuras para el Estado constitucional argentino.

Una posición especial está asumiendo la Corte Suprema argentina, que en los últimos años fortaleció mucho su autoridad y competencia. Trabaja de manera muy novedosa, por ejemplo, en cuanto a la creación o, mejor dicho, a la revalorización del Derecho procesal constitucional, audiencias públicas como consecuencia de la sociedad abierta de los intérpretes constitucionales, lo que se compadece con la activación del instituto del *amicus curiae*²⁹. Un tribunal constitucional puede y debe aportar mucho en el proceso de crecimiento de los *jóvenes* Estados constitucionales, la Corte Suprema en Brasil es hoy un brillante ejemplo, podría decirse que un modelo. Después de 1989, los nuevos tribunales constitucionales en Europa Oriental –como por ejemplo, los de Polonia y Hungría– superaban

²⁸ Al respecto: P. Häberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, 1981.

²⁹ De la literatura: V. Bazán, "Amicus curiae, transparencia del debate judicial y debido proceso", en: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2004, I, p. 251 y ss.

a los textos constitucionales y a la opinión pública de manera pionera y casi educativa. El *activismo judicial* fue necesario al menos en la transición. Me parece que este también es el caso actualmente en Buenos Aires, a lo que por cierto no es ajeno el juez Zaffaroni. A largo plazo, la Corte Suprema puede constituirse en *tribunal de los ciudadanos*, como el Tribunal Constitucional Federal alemán. Tiene a su cargo la gran responsabilidad de aprovechar sus posibilidades en el desarrollo del Estado constitucional argentino, respetando la competencia del Congreso. También debería aprovechar el método del derecho comparado (como *quinto método de interpretación*): en el contexto de la familia de los tribunales constitucionales latinoamericanos y con la mirada puesta en un imaginable Derecho constitucional latinoamericano. Los votos particulares de los jueces –como en el Tribunal Constitucional Federal alemán, en España y en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo– pueden ser convenientes en este contexto.

En un Estado federal³⁰ como la Argentina, también le correspondería a las Constituciones de las así llamadas “provincias” la realización de una tarea creativa. Debe tenerse en cuenta a este respecto la experiencia del *taller suizo* donde, en lo relativo al desarrollo de la Constitución, los cantones impulsaron innovadoras revisiones completas desde hace aproximadamente cuarenta años, que fueron recogidas luego por el Estado federal en su nueva Constitución *revisada* de 1999 (consigna del dictado experimental de una Constitución en el Estado federal). Pero también en el plano federal se debería fortalecer –en el sentido del *optimismo científico*– la autoconciencia del Congreso frente al presidencialismo.

IV. Perspectivas y agradecimientos

Mi *lectio doctoralis* sólo pudo ser un esbozo, puesto que conozco muy poco acerca de vuestro gran país. Pero me maravillo con su vital comunidad científica en lo relativo al Estado constitucional, sus muchos vínculos con Europa, en especial con España, y sólo puedo esperar que su teoría del Derecho político pueda cumplir con su propósito, a fin de conservar la Constitución en el círculo de la familia de democracias pluralistas de todo el mundo, incluso en tiempos de crisis. Cuanto más viejo se es como científico, más fácilmente se va comprendiendo que la influencia de la ciencia sobre el control de los poderes políticos es muy modesta. Es la *sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución*, conformada

³⁰ De la literatura: A. M. Hernández, “La descentralización del poder en el Estado argentino”, en: J. M. Serna de la Garza (coord.), *Federalismo y regionalismo*, 2002, p. 211 y ss.

por todos los ciudadanos del país, la que sostiene su *buena constitución* y la hace realidad. Yo mismo sólo puedo agradecerlos afectuosamente por este gran día en vuestra ilustre universidad, por la gran distinción respecto de la que siempre deberé hacer méritos para continuar ganándomela, entre otras cosas, mediante mi fe en Latinoamérica, en su rico reservorio de humanismo, solidaridad e identidad cultural, así como en la perspectiva de que a través de sus *textos* constitucionales y de su *realidad* constitucional pueda contribuir mucho al Estado constitucional como proyecto universal. La *intención de ciudadanía universal* de Kant podría hacerse realidad *hic et nunc* en, y a través de, todos nosotros.

ESPACIO PÚBLICO: UNA MIRADA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL (*)

I. Introducción

La cuestión del “espacio público” es, sin dudas, uno de los temas fundamentales en toda comunidad política.

En tal sentido, en el presente trabajo se propone una mirada sobre la materia desde el Derecho constitucional con foco en la Ciudad de Buenos Aires.

II. El espacio y lo público

Parte no desdeñable de las disputas entre juristas tienen su origen en la falta de claridad acerca de cómo deben tomarse ciertos enunciados que aparecen en el discurso jurídico¹.

De allí que resulte conveniente comenzar por advertir que la expresión “espacio público” -al igual que cada una de las palabras que la conforman- resulta ambigua y vaga; esto es, admite ser usada en varios sentidos (polisemia) a la vez que los alcances de uso resultan borrosos (imprecisión).

1. *El espacio*

La noción de “espacio” es una de las categorías básicas en el campo de la física, geometría y matemática².

Básicamente, pueden distinguirse dos concepciones principales acerca de qué es el espacio:

¹ Agradezco a las autoridades de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y, en especial, a Raúl Gustavo Ferreyra, la invitación para presentar y discutir este trabajo en el marco del Seminario de Derecho Público; como así también, a Ricardo Dios y Leonel Toledo por las conversaciones mantenidas con miras a su redacción.

² *Cfr.* Carrió, Genaro R., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006, p. 25 y ss.

³ Al respecto, *cfr.* Bunge, Mario, *Diccionario de filosofía*, México, Siglo XXI, 2001, p. 65 y ss. Ver también: Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Buenos Aires, Sudamericana, 1965, T. I, p. 560 y ss.

- Una concepción absoluta, según la cual el espacio es una realidad en sí misma, “algo” que existe independientemente de las cosas que en él se localizan.
- Una concepción relativa, según la cual el espacio no es una realidad en sí misma, sino “algo” definido por las cosas que existen y la posición entre ellas.

2. Lo público

A su vez, el concepto de lo “público” –y su antagónico, lo “privado”– es una de las nociones fundamentales en el pensamiento jurídico, político y social³.

Básicamente, pueden diferenciarse tres significados elementales acerca de qué es lo público (y lo privado):

- En un sentido de utilidad, lo público se refiere a lo general y lo privado, a lo individual.
- En un sentido de visibilidad, lo público se refiere a lo manifiesto y lo privado, a lo secreto.
- En un sentido de accesibilidad, lo público se refiere a lo abierto y lo privado, a lo restringido.

3. El espacio público

Se llega así a la expresión “espacio público”, que configura una categoría puente, omniexplicativa, en la que se conectan y entrecruzan diversas dimensiones de lo social, lo político y lo urbano⁴.

Su significado, como no podría ser de otro modo, admite diversas conceptualizaciones según cómo se conciba, respectivamente, al espacio y a lo público⁵.

Este trabajo se propone analizar el *espacio público* distinguiendo dos sentidos diferentes, aunque íntimamente vinculados, en que se proyecta tal expresión, esto es: como esfera política correspondiente al *poder público* y como *lugar público* correspondiente al ámbito urbano⁶.

³ Al respecto, *cf.* Bobbio, Norberto, “La gran dicotomía: público/privado”, en *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 2010, p. 11 y ss. Ver también: Rabotnikof, Nora, *El espacio público y la democracia moderna*, México, IFE, 1997, p. 11 y ss.

⁴ *Cfr.* Gorelik, Adrián, “El romance del espacio público”, en *Block. Revista de cultura de la arquitectura, la Ciudad y el territorio*, Buenos Aires, CAEC/UTDT, 2006, n° 7, p. 8 y ss.

⁵ En efecto, no es lo mismo concebir el “espacio público” en términos absolutos o relativos, ni hacerlo en términos de utilidad, visibilidad o utilidad.

A su vez, la cuestión se complejiza dado que, ciertamente, es posible distinguir entre espacios “públicos”, “semi-públicos”, “semi-privados” y “privados”.

⁶ Aun cuando no sea objeto de desarrollo en este trabajo, vale la pena mencionar también aquí un tercer sentido de “espacio público”, que guarda íntima relación con los otros dos y también reconoce asidero constitucional: el que se refiere al campo de la “comunicación pública”. En este sentido, se han delineado tres modelos históricos: el clásico de la antigua Grecia, el moderno de la Ilustración burguesa

Tal planteo reviste especial importancia, tanto por razones conceptuales como por razones normativas que se derivan de ciertos rasgos inherentes a nuestro constitucionalismo:

- Por un lado, el rasgo liberal de nuestro sistema –en orden a la posición que se reconoce a las personas– determina que los ámbitos de los dos significados del *espacio público* señalados no resulten coextensivos; en concreto, básicamente, la esfera del poder público no alcanza a desplegarse por todo el ámbito del lugar público.

- Por otro lado, el rasgo federal de nuestro sistema –en orden a la distribución que se impone al gobierno– determina que la regulación de los dos significados del *espacio público* señalados correspondan a niveles diferenciados; en concreto, básicamente, la esfera del poder público se regula en la Constitución federal, mientras que el ámbito del lugar público se regula en la Constitución porteña.

En base a las distinciones formuladas, seguidamente se propone un recorrido por dos sentidos de “espacio público” desde una perspectiva de Derecho constitucional.

III. El espacio público en sentido político

En sentido político, la expresión “espacio público” remite a la esfera del poder público, por oposición a la esfera que podría denominarse de “autonomía privada”.

1. El poder y la libertad

Las relaciones entre el poder y la libertad –y la búsqueda de un punto de equilibrio entre los espacios de ambas magnitudes– constituyen el presupuesto básico del Derecho constitucional⁷.

Es así que el contenido elemental de una constitución puede clasificarse en dos partes básicas: el Derecho constitucional del poder y el Derecho constitucional de la libertad⁸.

Así, en lo que sigue se centrará el interés en la delimitación constitucional del “poder público”.

y el contemporáneo caracterizado por el advenimiento de la democracia de masas y el desarrollo de los medios de comunicación, *cf.* Ferry, Jean Marc, “Las transformaciones de la publicidad política” en *El nuevo espacio público*, AA.VV., Barcelona, Gedisa, 1992, p. 13 y ss.

⁷ *Cfr.* Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de Derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, Buenos Aires, Depalma, 2000, T. I, p. 2 y ss.

⁸ *Cfr.* Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, T. I-A, p. 291.

2. La Constitución federal

En este punto, resulta fundamental el artículo 19 de la Constitución federal:

“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

En torno al significado de dicho artículo se ha desplegado un auténtico abanico de interpretaciones diversas –cuyo desarrollo excedería el objeto de este trabajo– por lo que aquí solamente se ofrece el bosquejo de una reconstrucción interpretativa propia, según la cual:

- Las acciones de los hombres –conductas exteriores voluntarias– se distinguen en privadas y no privadas.
- La privacidad de las acciones no depende del lugar de su realización –público o privado– sino de la ofensa al orden, a la moral pública o de perjuicio a un tercero.
- La ofensa al orden, la moral pública y el perjuicio a un tercero no constituyen un mismo concepto sino tres categorías diferenciadas de delimitación.
- Las acciones privadas –aquellas que no ofenden el orden, la moral pública ni perjudican a un tercero– se encuentran exentas de la intervención del poder público.
- Las acciones no privadas –aquellas que sí ofenden el orden, la moral pública o perjudican a un tercero– se encuentran sujetas a la intervención del poder público.
- La intervención del poder público sobre las acciones no privadas sólo puede fundarse en normas aprobadas por el Poder Legislativo.

En base a tal inteligencia del artículo 19 de la Constitución federal, resulta posible deducir una delimitación básica de la esfera del poder público, de acuerdo a la cual su campo:

- No alcanza al ámbito de las acciones privadas –sean realizadas en lugares públicos o privados–, ni tampoco a la vida, las condiciones y los pensamientos de los hombres que no pueden ser reputadas como conductas exteriores voluntarias⁹.

⁹ Sobre las diversas interpretaciones en la doctrina de los autores y en la jurisprudencia de la CSJN, *cf.* Dolabjian, Diego A., “Privacidad y Legalidad. Acerca del art. 19 de la Constitución federal de la Argentina”, en *Revista Superior de Justiça*, vol. 1, nº 1, *Direito Interdisciplinar*, Abril 2011, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, p. 260 y ss.

¹⁰ En este punto corresponde tener bien presente que tal “coto vedado” al poder público, que hoy podría parecer evidente, es sin embargo una muy reciente y frágil conquista de los hombres.

- Sí alcanza al ámbito de las acciones no privadas –sean realizadas en lugares públicos o privados–, para el resguardo del orden, la moral pública o de los terceros, y en los términos que resulten de las normas aprobadas por el Poder Legislativo.

En esta esfera, bajo los recaudos materiales y formales trazados por nuestro sistema constitucional federal, el poder público se encuentra habilitado para regular razonablemente las conductas exteriores de los hombres.

A partir de la reforma de 1994, tal delimitación elemental del “poder público” se vio reforzada a la vez que retocada: en tal sentido, por un lado, se reafirmó la prohibición del Estado de actuar negativamente sobre la vida, las condiciones y los pensamientos de los hombres; y, por otro lado, se consagró la competencia del Estado de actuar positivamente en consideración a la condición de diversos grupos desaventajados (Arts. 37 y 75, Incs. 17, 19, 22 y 23).

3. La Constitución porteña

El sistema constitucional porteño recoge y desarrolla las líneas fundamentales del sistema federal¹¹.

Así, en primer lugar, el artículo 10 de la Constitución porteña puntualmente establece:

“Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”.

A su turno, a partir de su artículo 11, diversas disposiciones explicitan la prohibición de que se produzcan avances del poder público contra la vida, las condiciones y los pensamientos de los hombres (Arts. 12.3, 12.4, 13.7, 39), a la par que detallan los deberes estatales en la realización de

En tal sentido, sobre los avances del poder público sobre la vida o condiciones de los hombres: en la historia mundial, *cf.* Feierstein, Daniel (comp.), *Genocidio: la administración de la muerte en la modernidad*, Buenos Aires, EDUNTREF, 2005; y en la historia argentina, *cf.* Duhalde, Eduardo L., *El Estado terrorista argentino. Quince años después, una mirada crítica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999.

A su vez, sobre los avances del poder público sobre los pensamientos de los hombres: en la historia mundial, *cf.* Bury, John B., *Historia de la libertad de pensamiento*, Buenos Aires, EPA, 1957; y en la historia argentina, *cf.* Etchegoyen, Félix E., *Delito de opinión*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958.

Incluso en la propia Constitución federal, desde 1853/60 y hasta 1994, se encontraban ejemplos de disposiciones que admitían el avance del poder público sobre la vida y los pensamientos de los hombres desde que solamente abolía “la pena de muerte por causas políticas” (Art. 18) y atribuía al Congreso la competencia de “promover la conversión de (los indios) al catolicismo” (ex Art. 67, Inc. 15).

¹¹ Los Estados locales pueden darse su propio diseño constitucional en tanto se adecuen a las rasgos básicos de la Constitución federal: “dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o Provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivos”, *cf.* González, Joaquín V., *Manual de la Constitución argentina*, Buenos Aires, Á. Estrada, 1983, p. 648/649.

acciones que atiendan positivamente a la condición de diversos grupos desaventajados (en especial, pero no únicamente, Arts. 36 y 55).

IV. El espacio público en sentido urbano

En sentido urbano, la expresión “espacio público” remite al ámbito del lugar público, por oposición al ámbito que podría denominarse de “propiedad privada”.

1. La Ciudad y la Constitución

Desde una posición descriptiva, toda ciudad tiene una constitución; mas aquí interesa desplegar una perspectiva normativa que tienda a descubrir lo urbano como asunto constitucional¹².

Por cierto, la tematización constitucional de lo urbano no puede sorprender si se tiene en cuenta que el 50% de la población mundial vive en ciudades; que en la Argentina, la población urbana alcanza al 92% del total¹³; y que, puntualmente, en la Ciudad de Buenos Aires, casi 3 millones de personas habitan un territorio de apenas algo más que 200 km² aproximadamente¹⁴.

Así, en lo que sigue se centrará el interés en la regulación constitucional del “lugar público”.

2. La Constitución federal

En este punto, la Constitución federal no contiene disposiciones específicas, de manera tal que dicha materia sería de competencia de los Estados locales, conforme a la reserva consagrada en su artículo 121¹⁵.

No obstante ello, en su articulado se encuentran diversas normas con incidencia sobre la cuestión, v. gr.: asiento de la ciudad capital (Art. 3), régimen de autonomía municipal (Arts. 5 y 123), propiedad privada y expropiación por utilidad pública (Arts. 14 y 17), acceso a la vivienda digna (Art. 14 bis), posesión de bienes raíces (Art. 20), protección del ambiente

¹² Sobre los distintos sentidos del vocablo “constitución”, *cfr.* Ferreyra, Raúl G., *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, E diar, 2001, p. 101 y ss.

¹³ *Cfr.* ONU, UNFPA, *Estado de la población mundial 2011*, www.unfpaargentina.com.ar, p. 116 y ss. Bélgica, Islandia, Israel, Kuwait, Malta, Qatar, Singapur, Uruguay y Venezuela, también superan el 90% de población urbana.

¹⁴ *Cfr.* MECON, INDEC, *Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010*, www.indec.mecon.ar. El cuadro completo de la Ciudad de Buenos Aires con los partidos de la provincia de Buenos Aires que componen el Gran Buenos Aires, configura uno de los aglomerados urbanos más grandes del mundo, con 13,5 millones de habitantes en 2.700 km² aproximadamente, en donde interactúan 3 autoridades de gobierno diversas: federal, provincial y porteño.

¹⁵ Al respecto, *cfr.* Taller, Ana y Antik, Analía, *Curso de derecho urbanístico*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 39/40.

(Arts. 41 y 43), propiedad comunitaria (Art. 75, Inc. 17), cláusulas de progreso (Arts. 75, Incs. 18 y 19), colonización de las tierras de propiedad nacional y provincial (Art. 75, Incs. 18 y 125), etc¹⁶.

Y, por cierto, no puede omitirse el artículo 129, conforme al cual la Ciudad de Buenos Aires aparece como el único ejido urbano que goza de un expreso status constitucional¹⁷.

3. La Constitución porteña

El sistema constitucional porteño asume y despliega una detallada regulación del espacio público de la Ciudad.

En tal sentido, merecen resaltarse particularmente diversas disposiciones del capítulo referido a las políticas especiales en materia de ambiente:

- El ambiente es patrimonio común: toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras (Art. 26).
- La Ciudad define un Plan Urbano Ambiental, elaborado con participación transdisciplinaria, que constituye la ley marco a la que se ajusta el resto de la normativa urbanística y las obras públicas (Art. 29)¹⁸.
- La Ciudad desarrolla en forma indelegable una política de planeamiento y gestión del ambiente urbano integrada a las políticas de desarrollo económico, social y cultural, que contemple su inserción en el Área Metropolitana (Art. 27).

A tal fin, ordena la instrumentalización de un proceso de ordenamiento territorial y ambiental participativo y permanente que promueva:

- La preservación y restauración de los procesos ecológicos esenciales y de los recursos naturales que son de su dominio.
- La preservación y restauración del patrimonio natural, urbanístico, arquitectónico y de la calidad visual y sonora.
- La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito –en particular, la recuperación de las áreas costeras– y la garantía de su uso común.

¹⁶ Al respecto cabe reparar, en especial, en el Art. 41 de la Constitución federal, toda vez que el ambiente no se circunscribe solamente al entorno físico y a sus elementos naturales -agua, atmósfera, biósfera, tierra, subsuelo- sino que alcanza a todos los demás elementos que el hombre crea y que posibilitan su vida, subsistencia y desarrollo: de tal manera, la protección a ambiente abarca todos los ámbitos -naturales y contruidos por el hombre- donde se alojan la persona humana y sus actividades, *cf.* Bidart Campos, Germán J.: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2001, T. I-B, p. 230.

¹⁷ Al respecto, *cf.* Rosatti, Horacio D., "La autonomía de la Ciudad de Buenos Aires" en *Instituciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, AA.VV., Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2001. p. 34.

¹⁸ De tal manera, al Plan Urbano Ambiental se ajusta el Código de Planeamiento Urbano y, a su vez, se ajustan a éste el Código de Edificación, el Código de Habilitaciones y Verificaciones y cualquier otro código urbano (ptos. 1.1 y 1.1.3).

- La preservación e incremento de los espacios verdes, las áreas forestadas y parquizadas, parques naturales y zonas de reserva ecológica, y la preservación de su diversidad biológica.
- La protección de la fauna urbana y el respeto por su vida: controla su salubridad, evita la crueldad y controla su reproducción con métodos éticos.
- La protección, saneamiento, control de la contaminación y mantenimiento de las áreas costeras del Río de la Plata y de la cuenca Matanza-Riachuelo, de las subcuencas hídricas y de los acuíferos.
- La regulación de los usos del suelo, la localización de las actividades y las condiciones de habitabilidad y seguridad de todo espacio urbano, público y privado.
- La provisión de los equipamientos comunitarios y de las infraestructuras de servicios según criterios de equidad social.
- La seguridad vial y peatonal, la calidad atmosférica y la eficiencia energética en el tránsito y el transporte.
- La regulación de la producción y el manejo de tecnologías, métodos, sustancias, residuos y desechos que comporten riesgos.
- El uso racional de materiales y energía en el desarrollo del hábitat.
- La minimización de los volúmenes y peligrosidad en la generación, transporte, tratamiento, recuperación y disposición de residuos.
- Un desarrollo productivo compatible con la calidad ambiental, el uso de tecnologías no contaminantes y la disminución en la generación de residuos industriales.
- La educación ambiental en todas las modalidades y niveles.

En tal sentido, deben traerse a colación las normas que se refieren a la remoción de obstáculos a la participación en la vida social de la comunidad (Art. 11), particularmente, respecto de personas con necesidades especiales (Art. 42); a la superación de condiciones de pobreza y exclusión y asistencia a las necesidades (Art. 17); al desarrollo humano y económico equilibrado (Art. 18); a la tutela integral a la salud (Art. 20); a la promoción cultural (Art. 32); a la seguridad pública (Art. 34), etc.

En tal marco, deben señalarse muy especialmente las disposiciones sobre vivienda digna y hábitat adecuado (Art. 31) que contemplan:

- La resolución progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.
- La incorporación de inmuebles ociosos, la promoción de planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores

marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

- La regulación de los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

A su vez, resultan relevantes las disposiciones que se encuentran en la parte orgánica:

- De modo general, se confiere a la Legislatura la atribución de legislar en materia de bienes públicos; de cultura, salud, ambiente y calidad de vida, promoción y seguridad sociales, recreación y turismo; de desarrollo económico, tecnológico e industrial; de obras y servicios públicos, cementerios, transporte y tránsito; de publicidad, ornato y espacio público, abarcando el aéreo y el subsuelo (Art. 80, Inc. 2).

- En tal sentido, la legislación concerniente a los “lugares públicos” no sólo debe seguir los lineamientos materiales ya mencionados, sino que además debe observar especiales resguardos formales:

- En primer lugar, la exigencia de “mayorías agravadas”: puntualmente, el artículo 81 requiere del voto de la mayoría absoluta del total de los miembros de la Legislatura para aprobar y modificar los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación; sancionar el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad; imponer nombres a sitios públicos, emplazar monumentos y esculturas y declarar monumentos, áreas y sitios históricos; y legislar en materia de preservación y conservación del patrimonio cultural; y el artículo 82 requiere del voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura para aprobar transacciones, como así también, disponer la desafectación del dominio público y la disposición de bienes inmuebles de la Ciudad.

- En segundo lugar, la exigencia de la “doble lectura”: puntualmente, el artículo 89 requiere la observancia de tal procedimiento –regulado en el Art. 90– para la decisión sobre los Códigos de Planeamiento Urbano, Ambiental y de Edificación; el Plan Urbano Ambiental de la Ciudad; la imposición de nombres a sitios públicos, emplazamiento de monumentos y esculturas y declaración de monumentos, áreas y sitios históricos; la desafectación de los inmuebles del dominio público y todo acto de disposición de éstos; y toda concesión, permiso de uso o constitución de cualquier derecho sobre el dominio público de la Ciudad.

- Por su parte, al Jefe de Gobierno le corresponde crear un organismo con competencias en ordenamiento territorial y ambiental, encargado de formular un Plan Urbano Ambiental; formular planes, programas y proyectos y ejecutarlos conforme a los lineamientos del Plan Urbano Ambiental; preservar, restaurar y mejorar el ambiente, los procesos

ecológicos esenciales y los recursos naturales, reduciendo la degradación y contaminación que los afecten, en un marco de distribución equitativa; como así también, promover la conciencia pública y el desarrollo de modalidades educativas que faciliten la participación comunitaria en la gestión ambiental (Art. 104, Incs. 22, 23 y 27).

- A su turno, compete a las comunas –en tanto unidades de gestión política y administrativa con competencia territorial, Art. 127– ejercer funciones de planificación, ejecución y control, en forma exclusiva o concurrente con el Gobierno de la Ciudad, respecto a las materias de su competencia, sin contradecir el interés general de la Ciudad (Art. 128).

- Entre sus competencias exclusivas, se encuentra el mantenimiento de las vías secundarias y de los espacios verdes de conformidad a la Ley de Presupuesto.

- Entre sus competencias concurrentes, se encuentra la fiscalización y el control del cumplimiento de normas sobre usos de los espacios públicos y suelo; la decisión y ejecución de obras públicas, proyectos y planes de impacto local, la prestación de servicios públicos y el ejercicio del poder de policía en el ámbito de la comuna; la evaluación de demandas y necesidades sociales, la participación en la formulación o ejecución de programas; la participación en la planificación y el control de los servicios; la gestión de actividades en materia de políticas sociales y proyectos comunitarios.

Conforme a la Ley 71 (1998), el organismo encargado de la formulación y actualización del Plan Urbano Ambiental es el Consejo del Plan Urbano Ambiental.

A su vez, la Ley 2930 (2008) aprobó el Plan Urbano Ambiental porteño estableciendo que la Ciudad de Buenos Aires debe desarrollarse a pleno como una ciudad “integrada”, “policéntrica”, “plural”, “saludable” y “diversa”.

V. El espacio público: lo político y lo urbano

Como ya fuera insinuado, lo político y lo urbano se encuentran íntimamente vinculados.

En tal sentido, puede advertirse que ambos tópicos comparten un mismo sustrato elemental: organización, población y territorio.

De hecho, desde sus orígenes, las formas de organización política han

influido en las formas de organización urbana y éstas en aquéllas¹⁹. Así, en lo que sigue se propone avanzar en algunas consideraciones acerca de tal conexión, con especial referencia al “espacio público”.

1. La imagen y los rasgos

De modo general, la vinculación entre lo urbano y lo público puede advertirse ya en la propia “imagen de ciudad” plasmada en la Constitución porteña²⁰, cuyos trazos principales remiten al desarrollo humano, la democracia, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la justicia, los derechos humanos, la identidad, la pluralidad, la dignidad, la prosperidad, la hospitalidad, etc. Y lo mismo puede decirse en relación al Plan Urbano Ambiental aprobado por la Ley 2930 (2008) en cuanto se establece allí que la Ciudad de Buenos Aires debe desarrollar a pleno los siguientes rasgos:

- “Ciudad integrada”: en cuanto a la vinculación de todas sus zonas entre sí y, en especial, de la zona sur con el resto de la Ciudad, de la Ciudad con los ríos que la rodean, y de la Ciudad con el conurbano con el que constituye un Área Metropolitana.

- “Ciudad policéntrica”: en cuanto a consolidar la jerarquía de su gran área central y, simultáneamente, promover una red de centros secundarios, así como de centros comunales y barriales con identidad y pujanza propia.

- “Ciudad plural”: en cuanto a que sea un espacio de vida para todos los sectores sociales, ofreciendo, en especial, un hábitat digno para los grupos de menor capacidad económica, así como un hábitat accesible para las personas con capacidades diferenciales.

- “Ciudad saludable”: en cuanto a las condiciones de habitabilidad que garanticen la calidad ambiental y la sostenibilidad, a partir del uso de tecnologías apropiadas en las actividades productivas y en los sistemas de transporte, de provisión adecuada de infraestructura de saneamiento, de la prevención de inundaciones y de la resolución de la gestión de los

¹⁹ Históricamente, las primeras organizaciones urbanas y políticas se desarrollaron simultáneamente desde la antigüedad, *cf.* Childe, V. Gordon, *Los orígenes de la civilización*, México, FCE, 1996, p. 173 y ss.; asimismo, tal relación se verifica después en la polis griega, la civitas romana, la ciudadela medieval, etc.

De igual modo, en América, las primeras ciudades también coincidieron con el afianzamiento del poder político, *cf.* Hardoy, Jorge E., *Ciudades precolombinas*, Buenos Aires, Infinito, 1999, p. 62 y ss.; asimismo, tal vinculación se comprueba después durante la colonización española, *cf.* las ordenanzas de Felipe II sobre descubrimiento, nueva población y pacificación de las Indias (1573).

Y, a su vez, en la Argentina, paradigmáticamente, la consolidación del gobierno federal estuvo ligada a la cuestión de la ciudad capital, *cf.* Ruiz Moreno, Isidoro, *La federalización de Buenos Aires*, Buenos Aires, Emecé, 1980, p. 11 y ss.

Acerca de las diversas manifestaciones de tal estrecha relación en la época contemporánea, *cf.* Sudjic, Deyan, *La arquitectura del poder*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 6 y ss.

²⁰ Sobre las “imágenes” (del hombre, del Estado y del mundo) en el Derecho constitucional, *cf.* Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2003, p. 178 y ss.

residuos.

- “Ciudad diversa”: en cuanto a mantener su pluralidad de actividades –residenciales, productivas, culturales– y su pluralidad de formas residenciales –distintas densidades, distintas morfologías–, compatibilizando los requerimientos de calidad ambiental de cada una de ellas y enriqueciéndolas con su mutua convivencia.

2. La Ciudad y el espacio público

En especial, podría decirse que el lazo entre lo político y lo urbano se expresa, acaso por antonomasia, en la concepción y utilización del *espacio público* en una sociedad.

En efecto, una ciudad puede ser vista como la proyección de la sociedad sobre el terreno²¹ y, desde tal perspectiva, el “espacio público” es el mejor espejo en el que una sociedad puede mirarse²².

Y es que “ciudad”, “espacio público” y “ciudadanía” son tres conceptos –políticos y urbanos– dialécticamente relacionados: en definitiva, en un sentido relevante, los ciudadanos constituyen la ciudad, la ciudad es ante todo espacio público y el espacio público es donde se desarrollan los ciudadanos²³.

De allí que los usos que se despliegan en los ámbitos públicos de una ciudad constituyen un excelente termómetro para medir los niveles de democracia, integración, apropiación y pertenencia en una sociedad²⁴.

3. El uso y el abuso

El “espacio público” no puede ser un “no lugar”, es decir, un espacio sin historia, identidades ni relaciones, vivido por meros usuarios que consumen y transitan en forma anónima y aislada²⁵.

Por el contrario, es en los usos del espacio público donde se manifiesta la pluralidad sociocultural, así como la heterogeneidad y conflictividad social implícitas en las formas de apropiación de la ciudad: diversas personas usan los lugares de distintos modos, en unos casos comunes y, en otros,

²¹ Cfr. Lefebvre, Henri, *El derecho a la ciudad*, Barcelona, Península, 1978, p. 75 y ss.

Las ciudades son como obras de arte colectivas, con innumerables y anónimos autores, todos los cuales dejan en ella rasgos que reflejan los valores y creencias de la sociedad y los modos de vida y de organización social, económica y cultural de sus habitantes, *cfr.* Tella, Guillermo, *et al*, *Hacer la ciudad: la construcción de las metrópolis*, Buenos Aires, Nobuko, 2006, p. 9 y ss.

²² Al respecto, *cfr.* Suárez, Odilia, “El espacio público”, en *Reflexiones... los espacios públicos*, Buenos Aires, FADU-UBA, 1996, p. 5 y ss.

²³ Al respecto, *cfr.* Borja, Jordi, *La ciudad conquistada*, Madrid, Alianza, 2003, p. 4 y ss.

²⁴ Al respecto, *cfr.* Segovia, Olga y Jordán, Ricardo, *Espacios públicos urbanos, pobreza y construcción social*, Santiago de Chile, CEPAL, 2005, p. 19.

²⁵ Sobre la expresión “no lugar”, *cfr.* Augé, Marc, *Los «no lugares». Espacios del anonimato. Una antropología de la modernidad*, Barcelona, Gedisa, 1993, p. 83 y ss.

contrapuestos, constituyéndose así en un ámbito de posible encuentro y sociabilidad, como así también, de disputas y hostilidad²⁶.

Así resulta que, en definitiva, la distinción entre el “uso” y el “abuso” del “espacio público” no depende sino de una decisión –política y urbana– que, entre nosotros, debe tomar el legislador y desarrollar el ejecutivo, a fin de efectivizar las mandas impuestas por la regulación constitucional del “lugar público” de manera razonable y dentro del marco fijado por la delimitación constitucional del “poder público”²⁷.

De allí que, entonces, corresponda afirmar que tal distinción no es políticamente discrecional sino constitucionalmente reglada: el ámbito del “lugar público” no absolutiza la esfera del “poder público”.

VI. A modo de conclusión

A lo largo de la historia, diversos pensadores –filósofos, arquitectos, estadistas, urbanistas, etc.– han reflexionado acerca del “deber ser” de una ciudad²⁸.

En tal sentido, podría decirse aquí que, entre nosotros, lo que deba ser la Ciudad de Buenos Aires se encuentra proyectado, colectiva y fundamentalmente, en las disposiciones de las Constituciones federal y porteña.

Y, por lo tanto, como se ha tratado de mostrar en este trabajo, en materia de “espacio público”, es allí dónde hay que comenzar por mirar.

²⁶ Cfr. Ramírez Kuri, Patricia, “El espacio público: ciudad y ciudadanía. De los conceptos a los problemas de la vida pública local”, en *Espacio público y reconstrucción de ciudadanía*, AA.VV., FLACSO-M.A. México, Porrúa, 2003, p. 37.

²⁷ De allí que diversos sectores sociales pongan en cuestión los discursos y definiciones políticas acerca de quiénes y cómo pueden acceder a la ciudad y ocupar el espacio público, cfr. Herzer, Hilda, “Introducción” en *La cuestión urbana interrogada: transformaciones urbanas, ambientales y políticas públicas en Argentina*, AA.VV., Di Virgilio, Mercedes et al (comp.), Buenos Aires, Café de las Ciudades, 2011, p. 28 y ss.

²⁸ Al respecto, cfr. Ibáñez, Enrique del Acebo: “El pensamiento urbanístico occidental (consideraciones teóricas e históricas a partir de una categorización propuesta por Françoise Choay”, en *El habitar urbano: pensamiento, imaginación y límite. La Ciudad como encrucijada*, Ibáñez, Enrique del Acebo (dir.), Buenos Aires, Ciudad Argentina-USAL, 2000, p. 81 y ss.

SOBRE LA CONSTITUCIÓN: CONCEPTO, COMPOSICIÓN Y MECANISMOS

I. Apertura: hechos e ideas

El hombre comienza, desarrolla y finaliza su vida en dos ámbitos o realidades: el natural o físico y el comunitario e individual. La historia atestigua, pero ni la ciencia ni la tecnología actual se encuentran en condiciones de predecir ni retrodecir concluyentemente sobre el enigmático momento original o sobre la existencia del momento final o fecha de caducidad del *homo sapiens*.

La naturaleza se constituye por una totalidad de cosas físicas (concretas), sus estados y procesos; su descripción más o menos exacta encierra siempre una colección de hechos (estáticos y cinéticos), con el detalle de su uniformidad, regularidad y estabilidad.

La comunidad se constituye por una totalidad de cosas ideales (constructos), sus estados y procesos; encierra una colección de normas, con el detalle de su creación, validez y cambio. Las preguntas del hombre para consigo mismo, el abordaje y penetración en su inherente individualidad, la búsqueda y afirmación de la identidad recóndita o evidente de su propio ser y de su existencia son comprendidas con un proceso semejante: ideas o pensamientos. La propia configuración o formulación de una norma es un hecho porque forma parte de la realidad mundana; la norma creada o producida no es un hecho físico, obviamente sí lo es el dato elementalísimo de su constancia.

La relación del hombre “en” y “con” cada uno de estos ámbitos o realidades fundamentales generó y seguirá generando diferentes conflictos y armonías. En miles de años, el hombre ha descubierto, inventado o creado, según los casos y sin importar ordenación cronológica, las herramientas, el fuego, las máquinas, la agricultura, el lenguaje, la escritura, la filosofía, las artes, el saber científico y el conocimiento tecnológico (entre ellos, nuestra tecnología social: el Derecho). La razón y la experiencia permiten al hombre ser y desarrollar la única especie capaz de transmitir, a la siguiente generación, conocimientos y habilidades, con bastante objetividad. También se comunican tradiciones, muchas de ellas funestas

o híbridas por los temores o tabúes que contienen y engendran o por la fuerte inclinación al reposo que suscitan. El hombre es el único creador de las normas sociales. Fueron las normas, sus ideas, precisamente, las que han permitido la elevación del hombre por sobre el resto del reino animal. ¿O acaso hay otra razón?

La distinción entre mundo natural y mundo cultural no goza de aceptación universal¹. Hay quienes creen o sostienen que sólo existe una realidad irreductible: los hechos, razón por la cual las normas son establecidas por voluntad del creador, de los creadores, o del dominador del universo o dominadores del universo que puede o pueden ser un dictador o dictadores. Contrariamente, hay quienes piensan que todos los hechos deben ser reducidos a normas, razón por la cual las normas serían o constituyen la única realidad verdadera y por ende irreductible. De modo crítico, hay quienes sostienen que la producción de las normas sociales es una convención², por lo que el hombre es el responsable de las mismas, razón por la cual, aunque se trata de dominios eminentes, resulta aconsejable tender un puente entre el ser y el deber ser, sin pausas, constantemente y con firmeza.

Toda constitución posee o aspira a poseer una comprensión cabal de la realidad política; ciertamente, dicha comprensión involucra un estado de cosas ideal pensado por el legislador constituyente. Los datos del mundo físico deben formar parte de la constitución. En consecuencia, la idealidad constitucional tiene que observar “un mínimo de respeto por lo que es, tal cual es”³, porque si no puede tener concreción en la realidad, la creación normativa no se sustenta en un fundamento racional.

El *homo sapiens* exhibe miles de años en su recorrido por la Tierra. Sin embargo, la organización y unidad comunitaria con fundamento coherente en una “constitución”, basada en múltiples y contradictorias ideas sobre la libertad, la igualdad, el pluralismo y la tolerancia, no supera los 250

¹ Nadie puede establecerlo fehacientemente. Rodolfo Mondolfo enseñó que la reflexión sobre el mundo humano precedió a la reflexión sobre el mundo natural (*En los orígenes de la filosofía de la cultura*, Hachette, Buenos Aires, 1960). Decir por tanto que la antropología precedió a la cosmología o viceversa, en estas escuetísimas líneas, constituiría una aseveración abierta a sospecha, pero un homenaje al filósofo. Quizás, un fragmento del *Protágoras* de Platón conserve alguna utilidad literaria, porque no creo que sea posible fijar un único momento en que acaeció la distinción, menos aún en términos modernos de la filosofía de la cultura. Se puso en boca del sofista: “Porque creo que saben que lo bello y su contrario se dan en los hombres por la naturaleza o el azar. En cambio, cuando se trata de bienes [la justicia] que creen que se dan en los hombres a partir del cuidado, el ejercicio y la enseñanza, si alguien, en lugar de tenerlos, tuviera los males contrarios, ahí se dan las irritaciones, los castigos y las amonestaciones contra ellos” (Platón, *Protágoras*, Buenos Aires, Losada, 2006, pp. 141-142). En este escrito, naturaleza y convención, hechos naturales e ideas culturales constituyen dominios diferenciados, pero no contrapuestos.

² V. Popper, Karl Raimund, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Madrid, Paidós, 1992, pp. 67-92.

³ Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*, *Manual de Derecho Penal*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 77.

años; o sea, comparativamente, se trata de un instrumento reciente. Para conocer y comprender los rasgos del Derecho constitucional es imprescindible conocer, previamente, la fuente de la que emana y que lo determina: la constitución. Por lo tanto, la determinación del significado o concepto de “constitución” resulta una tarea preliminar. Porque, como se afirma, el objeto o cosa constitución es el origen del Derecho constitucional. Sostengo, con inspiración abierta en la afirmación cartesiana⁴, que todo el Derecho es como un árbol: sus raíces son la constitución (y las fuentes externas, Derecho internacional de los Derechos Humanos –DD. HH.–, cuando observan igual jerarquía); su tronco, el Derecho constitucional, y las ramas que nacen de su tronco, cada uno de las disciplinas jurídicas: Derecho penal, Derecho civil, etcétera.

En la sección II se examinan diversos significados de “constitución”; con azar o sin él, se eligen posturas o enfoques producidos por la dogmática jurídica en los que predomina la concepción de la constitución, ya sea firmemente como hecho (una conducta realizada por los hombres, sin importar si fue normada), o bien indiscutiblemente como norma (una determinación de conducta que debe ser realizada por los hombres, sin importar si es cumplida). También, en la aludida sección, se inscriben algunas ideas de filósofos que se consideran relevantes para el debate; en paralelo, se introducen modelos normativos que se consideran paradigma.

En la sección III se presenta el significado propio de “constitución”. Que ningún lector se enfade: si ahora mismo hago una advertencia preliminar, que pronuncia el significado, no cuento el final de la pieza, porque robustamente trato de problematizar. En la citada inteligencia, reservo, pues, en este escrito el empleo de “constitución”, a secas, para identificar a una norma: a) sobre normas; b) elaborada por una autoridad, que se funda y representa el poder de los ciudadanos; c) con fuerza obligatoria; d) cuyo texto, regular y uniformemente, consta en un documento escrito; e) dirigida a ciudadanos y servidores públicos, y f) cuya principal finalidad, antes que un consuelo, consiste, precisamente, en la realización del ámbito de su normatividad: que cierto estado de cosas debe ser; por ende, en esta propia concepción, la distinción entre constitución formal y material carece de sentido y cae por su propio peso.

⁴ Descartes, René, *Principia philosophiae (Principles of Philosophy)*. Translation with explanatory notes by Valentine Rodger and Reese P. Miller (Reprint ed.), Dordrecht, Reidel, 1983. Letter of the author to the French translator of the Principles of Philosophy serving for a Preface: “...Thus, all Philosophy is like a tree, of which Metaphysics is the root, Physics the trunk, and all the other sciences the branches that grow out of this trunk, which are reduced to three principal, namely, Medicine, Mechanics, and Ethics...”.

Luego, en la sección IV, se ilustra sobre las piezas o partes de esta cosa denominada mundialmente “constitución”. No es novedad: todo Estado hoy en día aspira a ser un Estado constitucional (“tanto Estado como el que constituya la constitución”⁵), que no es semejante a Estado con constitución.

La sección V se destina al examen del principal mecanismo de realización de la constitución: las garantías.

Se advierte que en las secciones III, IV y V se razona y observa, básicamente, sobre el entramado normativo conocido por todos como Constitución federal de la Argentina (en adelante CF o CFA, sin distinción).

II. ¿Qué es una constitución? Inventario

1. Preliminar

Quienes visitan el saber jurídico comprueban que la noción de constitución posee importancia clave. Lector o pensador, investigador o jurista, pueden también preguntarse acerca de los fundamentos, la naturaleza y, finalmente, del porqué de tal aseveración.

2. Acepciones

La literatura sobre los conceptos atribuibles a “constitución” es enorme. No se realiza aquí reporte completo.

De la variedad de significados que el Diccionario de la Real Academia Española (DRAE) describe y ordena para el vocablo “constitución”, por la importancia que tienen para las ideas que en este sitio se escriben, es interesante traer a colación dos de ellos, en razón de que, en cierto sentido, son útiles para mostrar la evolución de “como de hecho” un Estado estaba constituido a la idea de “cómo debe configurarse” –por Derecho– su constitución estatal. Veamos: a) El primero de ellos afirma que “constitución” es la “esencia y calidades de una cosa que la constituyen como es y la diferencian de las demás”. b) El segundo señala que “constitución” es la “ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política”. Ambos significados sintetizan sendas orientaciones con las que “constitución” fue utilizada en el pensamiento político, filosófico y jurídico.

⁵ V. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México D.F., UNAN, IJ, 2003, p. 14.

3. Brevísima ojeada sobre el recorrido histórico de “constitución”

A. La fuerza normativa de lo fáctico

El empleo de “constitución” bajo el perímetro del primero de los significados citados *ut supra* da la idea de que todo Estado está constituido; o, si se prefiere, que la organización de la fuerza estatal ha sido llevada a cabo de un modo determinado y específico. Cuando se afirma que determinado Estado está constituido de tal o cual manera, no se está más que efectuando una descripción de la realidad. Bajo esta significación puede predicarse que todo Estado tiene (o ha tenido, según el caso) –indefectiblemente– una constitución concreta. Quizá una de las claves de la distinción radique en la gigantesca distinción que existió entre el concepto de libertad de los antiguos y el concepto de libertad que nace con la filosofía de la Ilustración entre los siglos XVII y XVIII. Libertad tiene múltiples significados; sencillamente, en la aludida distinción se significa, por un lado, “la libertad respecto del Estado” y, por otro, “la libertad del Estado”. Al filo de la duda, apoyado en fines ilustrativos y en la célebre cita de Benjamín Constant, me gustaría poder decir que en efecto ha sido cierto que el objetivo eminente de la libertad de los antiguos consistía primordialmente en la distribución del poder entre los ciudadanos (la esclavitud era una situación necesaria, tan natural como un curso de agua) de una misma patria; y que, en cambio, en la libertad de los modernos, el objetivo ha sido la seguridad en el disfrute privado de los ciudadanos (la esclavitud seguía existiendo) y, por supuesto, las garantías concedidas para dichos goces⁶.

La afirmación “todo Estado necesita una constitución” es definitivamente verdadera. Porque toda asociación permanente de hombres, para que fuese tal, requiere un principio de ordenación conforme al cual se constituya y desenvuelva su voluntad⁷.

Una veloz ojeada sobre las doctrinas que dominaron el pensamiento jurídico antiguo, medieval y premoderno permite generalizar que el concepto de constitución pertenecía al mundo del ser, y que su significado era de estricta naturaleza descriptiva. Ni en Grecia ni en Roma existieron leyes fundamentales que, bajo el nombre de constitución u otro, hayan expresado por escrito el reconocimiento de los derechos y garantías de los

⁶ V. Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 96-154. Dijo Constant que la libertad de los antiguos comprendía la participación activa y constante en el poder colectivo, mientras que la libertad de los modernos se compone del goce pacífico de la libertad privada. V. Constant, Benjamín, “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos”, en *Anuario Jurídico*, UNAM, IIJ, 1975, p. 424.

⁷ Jellinek, Georg, *Teoría del Estado*, México D.F., Oxford University Press, 1998, p. 302.

ciudadanos y la organización de las funciones de los poderes estatales, tal como modernamente se lo hace.

En el esquema descrito, el Estado o la ciudad tenían una constitución al igual que el hombre tiene una constitución o complexión física, por ejemplo. La plena existencia del ser, la materia propia y misma. Esta constitución del Estado o de la ciudad era espontánea y natural, no un producto de ningún saber ni tecnología.

Aristóteles en su *Política* escribió como un maestro de la organización comunitaria, sin conocer su misión magistral, que, por cierto, formaba su presente. Más de 2.300 años después, leamos sus ideas, en las que se anotó rudimentariamente la distinción entre constitución y simple ley:

Un sistema político [una constitución] es una organización [fundamento] de las ciudades relativa a las magistraturas [poderes], a como están repartidas [cómo se ha de dividir el poder], cuál es la autoridad del régimen y cuál es el fin de cada comunidad; las leyes son las que están separadas de los elementos que caracterizan al régimen, y según ellas deben gobernar los magistrados y guardarse de los que las violan⁸.

Imposible en esta ojeada describir y releer todas las peripecias del pensamiento, por tomar un punto de partida: desde Aristóteles. Deseo destacar determinados rasgos de determinados pensadores. En cualquier caso: son los pormenores en los que efectivamente se asienta esta ojeada que, en sí misma, es una declaración de autor. No es, entonces, un alfabeto provisional de las historias de las ideas sobre la constitución estatal.

Dos mil años después de las ideas de Aristóteles, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, publicada en 1651 (en adelante, *Leviatán 1651*), se convierte en una de las primeras obras sobre teoría del Estado; concretamente: el Estado absoluto.

Thomas Hobbes, su autor, por derecho propio, fue el inventor de las ideas absolutistas. Sugirió, sin fisuras, que la naturaleza hizo a los hombres tan iguales que, durante el tiempo en que vivían sin un poder común que los atemorizase a todos, se hallaban en una guerra de todos contra todos⁹. El Leviatán o Estado es el hombre artificial instituido para la protección y defensa del hombre natural.

Un Estado queda instituido –según Hobbes– cuando una multitud de hombres convienen y pactan, cada uno con cada uno, que a un cierto hombre o asamblea de hombres se le otorga, por mayoría, el derecho

⁸ Aristóteles, *Política*, Madrid, Alianza, 2007, p. 149 (libro cuarto, I, 1289 a).

⁹ *Leviatán 1651*, XIII, pp. 100/102.

de representar a la persona de todos; cada uno de ellos debe autorizar todas las acciones y juicios de ese hombre (artificial), como se lo juzgase oportuno, para asegurar la paz y la defensa común. El temor, pues –según Hobbes–, impulsó decisivamente a los hombres al contrato social. Empero, se trataba de un contrato sumamente peculiar: a) el contrato era suscrito entre los súbditos, no por el soberano; b) ninguno de los súbditos podía ser liberado de su sumisión; c) el poder soberano era el único capaz de eliminar o contener la guerra; ergo, se trataba de un poder absoluto, sin límites¹⁰.

No hay, en la obra de Hobbes, un estudio preciso sobre la norma constitucional. Sí, es cierto, adelantó que el legislador, en todos los Estados, es sólo el soberano. Y que la ley, en general, no es consejo sino orden, que fue traída al mundo para limitar la libertad de los hombres individuales, de tal modo que no pudieran dañarse sino asistirse unos a otros y mantenerse unidos contra el enemigo común. Observó, además, que nunca pudo comprender, en ningún autor, qué se entendía exactamente por ley fundamental. No obstante, estimó que ley fundamental en un Estado era aquella en virtud de la cual, cuando la ley se suprime, el Estado decae y queda totalmente arruinado, como una construcción cuyos cimientos se destruyen. Ley fundamental, por tanto, es aquella por la cual los súbditos están obligados a mantener cualquier poder que se dé al soberano, sin el cual el Estado no puede subsistir, por ejemplo: el poder de hacer la paz, la guerra, designar jueces, elegir funcionarios y de “realizar todo aquello que se considere necesario para el bien público”. Leyes no fundamentales, según Hobbes, eran aquellas cuya abrogación no lleva consigo la desintegración o desmembramiento del Estado; por ejemplo: las leyes “concernientes a las controversias entre un súbdito y otro”¹¹.

B. Paradigmas normativos

En la teoría política estatal, que comienza a fraguarse en la modernidad jurídica al calor de los procesos revolucionarios franceses y estadounidenses de finales del siglo XVIII, el significado del término “constitución” se iría trasladando, paulatinamente, al mundo del deber ser, comenzando su metamorfosis hacia su significado de naturaleza prescriptiva o normativa. La idea de la constitución como ley fundamental, rígida, suprema, divisoria del poder fue producto de una lenta evolución histórica y adquirió relevancia y prestigio a la sombra del movimiento filosófico y político que

¹⁰ *Leviatán 1651*, Introducción (p. 3) y pp. 142-150.

¹¹ *Leviatán 1651*, XXVI, pp. 217-237.

decidió utilizarla para limitar el poder político, intentando garantizar así un espacio a la libertad individual.

Es altamente probable que la redacción del Derecho de una comunidad haya comenzado a ser necesaria cuando este “Derecho era concedido” o había sido objeto de una “confirmación por un poder exterior”¹². La necesidad de redactar por escrito se vislumbra en las colonias americanas de Inglaterra, en pleno siglo XVII. Contenían, en general, una ideación básica del moderno constitucionalismo: el contrato político, porque en el resto eran concesiones derivadas de un poder superior.

Ineludiblemente, el concepto de constitución se asocia o corresponde ser asociado a la Constitución de Estados Unidos de 1787 y a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada en Francia en 1789. Si bien es absolutamente exacto y cierto que habían existido formas jurídico-constitucionales tanto en la Inglaterra del siglo XVII como en las embrionarias formas de organización comunitaria adoptadas, también durante el mismo siglo, por los colonos fundadores de los actuales Estados Unidos, puede afirmarse que el movimiento constitucionalista, cuyas consecuencias normativas e ideológicas conocemos hoy día, empieza a fines del siglo XVIII. Es recién en dicha época cuando son gestados documentos en los que pretende estipularse por escrito las normas a las que debe responder la organización política fundamental y general del Estado, con especificación de los órganos y procedimientos a través de los cuales se debe ejercer el poder racionalmente, así como la relación de tales órganos con las personas y sus derechos.

La Constitución de Estados Unidos fue firmada el 17 de septiembre de 1787. Menos de 4.500 palabras repartidas, con discreción y prolijidad, en un preámbulo y siete artículos. Omnipresente la idea de constitución, como si se tratase de un propio designio del poder constituyente. “Constitución [constitution]”, pues, se lee, por ejemplo, en el preámbulo: “We the People... do ordain and establish this Constitution...”; en el artículo I, sección 8 (18): “...and all other Powers vested by this Constitution...”; en el artículo II, sección 1 (5): “...at the time of the adoption of this Constitution...”; en el artículo III, sección 2: “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution...”; en el artículo IV, sección 3 (2): “...and nothing in this Constitution...”; en el artículo V: “The Congress, whenever two thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution...”; en el artículo VI: “All Debts contracted and Engagements entered into, before

¹² Jellinek, Georg, *Teoría del Estado*, México D.F., Oxford University Press, 1998, p. 303.

the Adoption of this Constitution...”; y en el artículo VII: “The ratification of the Conventions of nine States, shall be sufficient for the establishment of this Constitution between the States so ratifying the Same...”.

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, creada por la Asamblea Nacional francesa en agosto de 1789, es un texto de menos de mil palabras. La idea de constitución es mentada en el famoso y celebrado artículo XVI: “Toda Sociedad en la que la garantía de los Derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes definida, no tiene Constitución”.

B bis. Interludio: las utopías de Thomas Paine

Los hechos memorables deberían tener siempre fechas memorables que permitan su mención o cita cabal. Los hechos que concretaron la efectiva formulación de la concepción normativa de constitución fueron y son una sucesión de acontecimientos. Se trata de hechos absolutamente significativos. Sería definitivamente insensato atribuir la invención, pura y simple, a la actividad de una persona o de un grupo de ellas. Con certeza, como se desliza letras más atrás, la Constitución de Estados Unidos de 1787, al mantener su vigencia desde entonces, daría pie para sugerir que su importancia es semejante –por su influencia en las constituciones de los siglos XIX y XX– a la determinación ejercida en las ciencias de la naturaleza por la teoría de la relatividad de Albert Einstein o la teoría heliocéntrica de Nicolás Copérnico. La concepción de la constitución como norma sobre normas es un proceso, antes que un único y espectacular suceso en el recorrido de los hombres, en el que han coincidido muchos y variados actores: políticos, filósofos, científicos, juristas, artistas, economistas, religiosos y, principalmente, ciudadanos.

No es mi deseo descorazonar a nadie. No se está en condiciones de fijar un momento original, un punto 0, el nacimiento de la concepción normativa de constitución. A riesgo de cometer un error, con fines casi exclusivamente literarios, mencionaré a Thomas Paine: uno de los ideólogos de la doctrina de la independencia de Estados Unidos y de su constitución. Thomas Paine nació en 1737 y falleció en 1809. Participó en la Revolución americana y en la Revolución francesa. Sus intereses fueron múltiples (pensador, diseñador, escritor, político) y su formación fue básicamente autodidacta. Su primer trabajo, *African Slavery in America*, fue publicado en 1775; un año después, *El sentido común*. Dirigido a los habitantes de América¹³ (en adelante, SC 1776), y en 1791-1792, *Derechos del Hombre*.

¹³ Paine, Thomas, *El sentido común y otros escritos*, Madrid, Tecnos, 1990.

*Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución francesa*¹⁴.

El 4 de julio de 1776 el Congreso continental aprobó la Declaración de la independencia de Estados Unidos. Unos meses antes, Paine publicó su ensayo SC 1776, en el que afirma, con serenidad y simplicidad: “En América la ley es el rey. Pues así como en los gobiernos absolutos el rey es la ley, así en los países libres la ley debe ser el rey, y no deberá haber otro”¹⁵.

Paine tenía profundas convicciones racionalistas. Pensó que tener gobierno propio era una cuestión de derecho natural y que la ciencia de la política consistía en hallar el punto medio entre la felicidad y la libertad. Desconfiaba de la incertidumbre que provocaba la costumbre en los asuntos humanos. Fundado en la razón, sostuvo: “Es infinitamente más prudente y seguro formar una Constitución nuestra de una manera tranquila y deliberada, mientras podamos hacerlo, que confiar tan importante acontecimiento al tiempo y la suerte”¹⁶.

¿Quiénes eran los hacedores o forjadores del destino comunitario? Dijo en forma terminante, y casi con seguridad, por primera vez en la historia del constitucionalismo:

Nunca ha existido, nunca existirá y nunca puede existir un parlamento, ni una categoría de hombres, en ningún país, en posesión del derecho de vincular y controlar a la posteridad hasta el fin de los tiempos... Cada edad y cada generación deben tener tanta libertad para actuar por sí mismas en todos los casos como las edades y las generaciones que las precedieron¹⁷.

¿Qué era una constitución para Paine?

La constitución de un país no es acto de un gobierno, sino del pueblo que constituye su gobierno. Es el cuerpo de elementos al que cabe remitirse y citar artículo por artículo, y que contiene... los principios en los que se ha de establecer el gobierno, la forma en que se organizará éste, los poderes que tendrá, la forma de las elecciones, la duración del parlamento..., en fin, todo lo relacionado con la organización completa de un gobierno civil, y los principios en los que se basará y por los que se regirá¹⁸.

¹⁴ Paine, Thomas, *Derechos del Hombre. Respuesta al ataque realizado por el Sr. Burke contra la Revolución francesa*, Madrid, Alianza, 1984.

¹⁵ Paine, Thomas, *El sentido común...*, ob. cit., p. 42.

¹⁶ Ídem, p. 42.

¹⁷ Paine, Thomas, *Derechos del hombre...*, ob. cit., p. 37.

¹⁸ Ídem, p. 68.

La constitución para Paine significó “un orden racional de las cosas”. Pedagogo de la organización constitucional fundada en la libertad, individual y soberana. Sobre la igualdad, aunque no fue un socialista de pura cepa, llegó a plantear en su obra ciertos modos de “asistencia y redistribución de la riqueza”¹⁹. Sus pensamientos basados en el iusnaturalismo racionalista constituyen un fundamento del constitucionalismo moderno. Postuló la constitución como primer elemento; naturalmente, no fue un normativista, pero propugnó la constitucionalidad con firmeza.

C. La hoja de papel

Sin embargo, a poco de nacer, el significado mismo del concepto de constitución escrita afrontó su primera crisis vital. El 16 de abril de 1862, en circunstancias en que Ferdinand Lassalle pronunció una conferencia sobre la naturaleza de la constitución²⁰. Su tesis básica consistió en exponer que las cuestiones constitucionales no son primordialmente jurídicas, sino cuestiones de poder, porque la verdadera constitución de un país la integran y sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social. Opinó Lassalle que la esencia de la constitución de un Estado era igual a la suma de los factores de poder que rigen en ese país: a) un rey, a quien obedecen el ejército y los cañones, es un fragmento de la constitución; pero también lo son: b) el poder militar, representado por el ejército; c) el poder social, representado en la influencia de los grandes terratenientes; d) el poder económico, representado en la gran industria y el gran capital; e) aunque no equiparable a los otros poderes, el poder espiritual, representado en la conciencia y la cultura general; y, finalmente, en ciertos casos extremos y desesperados, f) la clase obrera y la pequeña burguesía, hasta cierto limitado punto.

Lassalle se preguntó qué relación guardaba lo expuesto con lo que vulgarmente se conocía como constitución escrita o jurídica. Respondió: “Se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, y a partir de ese momento, incorporados a un papel ya no son simples factores reales de poder, sino que se han erigido en Derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos, atenta contra la ley y es castigado”²¹.

Para Lassalle, las relaciones efectivamente resultantes del funcionamiento

¹⁹ V. Paine, Thomas, *Derechos del hombre...*, ob. cit., p. 254.

²⁰ Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, Buenos Aires, Ediciones Siglo Veinte, 1987, pp. 35-71.

²¹ *Cfr.* Lassalle, Ferdinand, ob. cit., p. 48.

combinado de estos factores representan la fuerza realmente operativa que condiciona de tal modo todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad que, sustancialmente, no pueden ser de otra manera de como son; se trata, pues, de la constitución real del país. De nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, si no se ajusta a la realidad, a los factores efectivos y reales de poder²². La constitución jurídica sólo es, en palabras de Lassalle, un trozo de papel. La aptitud de la constitución jurídica para interpretar o motivar conductas, es decir, su capacidad para la regulación de la vida comunitaria y la organización fundamental de la fuerza estatal, valdría hasta su coincidencia con las prescripciones de la constitución real. Los desajustes entre texto constitucional y la realidad producían un conflicto en el cual, finalmente, la simple hoja de papel terminaba claudicando ante las efectivas relaciones de poder existentes en el Estado.

Sus conclusiones fueron éstas: “Si no olvidan ustedes esta conferencia, señores, y vuelven a verse alguna vez en el trance de tener que darse a sí mismos una constitución, espero que ya sabrán ustedes cómo se hacen estas cosas, y que no se limitarán a extender y firmar una hoja de papel, dejando intactas las fuerzas reales que mandan en el país”²³.

D. En oposición a Carl Schmitt

El concepto de constitución en Carl Schmitt se desprende, al menos, de tres de sus obras: a) *Concepto de lo político*²⁴, publicada originariamente en agosto de 1927 bajo forma de artículo y en 1932 bajo forma de libro, en cuyo epílogo el autor dice que no hay nada que sea una “modificación o prolongación” del pensamiento original desarrollado (en adelante, *Concepto 1927*); b) *Teoría de la constitución*²⁵, publicada en 1928 (en adelante, *Teoría 1928*) y c) *La defensa de la constitución*²⁶, publicada originariamente en marzo de 1929 en forma de artículo y ampliada bajo la forma de libro en 1931 (en adelante, *Defensa 1931*). Schmitt fue una persona que vivió casi cien años; la producción citada fue escrita en el período de su madurez biológica, si ha de ser cierto que alguna vez la tuvo. No se sostiene la idea de que exista una articulación lógica ni histórica en los planteos de las tres obras aludidas. Suelen presentarse en la literatura jurídica los cuatro conceptos de constitución planteados por Schmitt, en su *Teoría 1928* (ver abajo número viii). No pienso que dicho modo

²² Cfr. Lassalle, Ferdinand, ob. cit., p. 68.

²³ Lassalle, Ferdinand, ob. cit., pp. 70/71.

²⁴ Schmitt, Carl, *Concepto de lo político*, Buenos Aires, Struhart y Cía, 2002.

²⁵ Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza, 1992.

²⁶ Schmitt, Carl, *La defensa de la constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

de obrar constituya un error. Simplemente es relevante observar que las “decisiones” escritas por Schmitt en su obra *Concepto 1927*, sin dudas, marcan el horizonte de proyección de todo lo que escribió después en las otras dos. Sus letras no son el punto de partida sino, rotundamente, el plan de vuelo.

Fundado en razones pedagógicas, y en consonancia con el título de este párrafo, se construye un decálogo de proposiciones schmittianas, escogidas de sus obras. La elección, por supuesto –hay que decirlo–, se corresponde con un criterio del autor de estas letras. No obstante, por tratarse de un ejercicio académico, obraré del siguiente modo. Se presenta la tesis de Schmitt; sus proposiciones sobre la política, el Derecho, la constitución y su defensa. Inmediatamente, el lector tendrá que conjeturar que mis ideas son exactamente las opuestas; no se realiza, por tanto, una refutación explícita porque ello implicaría escribir una obra misma y desbordaría por completo las ambiciones planteadas *ut supra*; tarea, además, cuyo primer recorrido consistiría en inventariar la bibliografía²⁷ producida sobre la propia obra de Schmitt. Por ende, a continuación de cada proposición schmittiana (y la indicación de su fuente), elaboradas con bastante apego a su presentación textual, me limito a insinuar el término correlativamente opuesto y contrario, cuyo significado yace en mis ideas.

(i) Un mundo definitivamente pacificado sería un mundo sin la distinción del amigo y el enemigo, y, por tanto, un mundo sin política. El Estado dispone abiertamente de la vida de los hombres (*Concepto 1927*). (Paz y soberanía personal).

(ii) La distinción propiamente política es la distinción entre amigo y enemigo (*Concepto 1927*). (Tolerancia).

(iii) Los pueblos se agrupan en función del antagonismo amigo-enemigo (*Concepto 1927*). (Coexistencia).

(iv) La esencia de la unidad política consiste en suprimir el antagonismo dentro de la unidad. Enemigo es una totalidad de hombres situada frente a otra análoga que lucha por su existencia. Con el enemigo existen conflictos existenciales que no pueden resolverse con normas generales pre-establecidas, ni por el fallo de un tercero no participe y, por consiguiente, imparcial (*Concepto 1927*). (Debate y crítica racional).

(v) La significación de los términos “Derecho”, “orden” y “paz” está concretamente determinada por el enemigo. Un mundo pacificado, sin guerra, sería un mundo sin política por la ausencia de distinción entre

²⁷ Recientemente, Daniel Rafecas publicó: “La ciencia del Derecho y el advenimiento del nazismo: el perturbador ejemplo de Carl Schmitt”, en Revista *Academia*, nº 15, Facultad de Derecho, 2010, pp. 133-163.

amigo y enemigo. El Estado es una unidad decisiva por su carácter político (*Concepto 1927*). (Pluralismo).

(vi) Jamás podrá existir un Estado mundial que abarque la humanidad entera, porque la unidad política presupone la posibilidad real del enemigo. La unidad política, por razón de su esencia, será universal en el sentido que abrazará a toda la humanidad y la tierra entera (*Concepto 1927*). (Ciudadanía universal).

(vii) Schmitt atribuyó cuatro sentidos al concepto de constitución: absoluto, relativo, ideal y positivo (*Teoría 1928*). (Un solo sentido: constitución).

(viii) Un concepto de constitución sólo es posible cuando se distinguen constitución y ley fundamental. La esencia de una constitución no está contenida en una norma. La constitución en sentido positivo surge mediante un acto del poder constituyente. El acto constituyente no contiene como tal unas normas cualesquiera, sino, y precisamente por un único momento de decisión, la totalidad de la unidad política considerada en su particular forma de existencia. Este acto constituye la forma y modo de la unidad política, cuya existencia es anterior. La normación constitucional presupone una voluntad como existente. La constitución en sentido positivo contiene la determinación consciente de la concreta forma de conjunto por la cual se pronuncia o decide la unidad política. Esta forma se puede cambiar. Se puede introducir nuevas formas sin que el Estado, es decir, la unidad política del pueblo, cese. Que una constitución se dé a sí misma es un absurdo manifiesto, porque la constitución vale por virtud de la voluntad política existencial de aquél que la da (*Teoría 1928*). (Naturaleza y convención comunitaria: normativismo).

(ix) En el fondo de toda normación reside una decisión política del titular del poder constituyente (*Teoría 1928*). (Diálogo, experiencia y libertad).

(x) En toda decisión, incluso en la de un Tribunal de Justicia que en forma procesal realiza subsunciones de tipo concreto, existe un elemento de pura "decisión" que no puede ser derivado del contenido de la norma. Schmitt propone para dicho elemento la denominación de decisionismo. La decisión sobre la protección de la constitución tiene que corresponder al Presidente del Reich (*Defensa 1931*). (Democracia y razón).

Por imperativo literario, niego el valor de verdad de cada una de las diez proposiciones schmittianas. Introduzco e induzco hacia ellas la oposición por contrariedad²⁸: dos proposiciones son contrarias si no pueden ser ambas verdaderas al mismo tiempo, al distar entre sí al máximo dentro del mismo género, aunque puede resultar que ambas encierren una falsedad.

²⁸ V. Copi, Irving, *Introducción a la Lógica*, Buenos Aires, Eudeba, 1999, pp. 176-179. Aristóteles, *Categorías*, Buenos Aires, Colihue, 2009.

Al descalificar, como hago, todas y cada una de las proposiciones de Schmitt, se asume que mis negaciones eliminan la posible verdad de las de él. No obstante, la expresión de mi contrariedad no alcanzará a cubrir que las schmittianas y las mías puedan ser ambas, en forma semejante, también falsas. Sería necesario, en la hipótesis, la generación de un *tertium datur* (tercer dato o tercera proposición). Mientras tanto, en desacuerdo total con Schmitt, mantengo la microtesis en el ámbito de la “conjura” descrita por el poeta mayor argentino: “la extraña resolución de ser razonable”²⁹.

La propiedad mayor de una “sociedad cerrada” reside, precisamente, en que su “vida transcurre dentro de un círculo de normas y costumbres que se reputan tan inevitables como las evidentes uniformidades de la naturaleza”³⁰. Lo que Schmitt denominó “decisión”, y tras de él, la literatura, “decisionismo”, es pura actuación del ser, puro hecho, fundado en una voluntad, cuyo marco de referencia o conocimiento escapa a la razón, al sentido común de cualquier ciudadano. Schmitt adhirió al nazismo, planteó y desarrolló la pura existencialidad porque encajó con su desprecio de la dignidad humana, el desmantelamiento de la libertad del ciudadano y de la organización democrática de la comunidad.

E. La teoría pura del Derecho

Hans Kelsen fue una persona que dedicó su vida a la filosofía, la sociología y el Derecho; cuenta con cientos de publicaciones en el campo de la producción científica, traducidas a enorme cantidad de lenguas; ejerció como juez y brindó, incansablemente, conferencias y lecciones en Europa y América. Vivió más de noventa años.

Sus puntos de vista sobre la constitución fueron objeto de mención y tratamiento, singular y determinado, en muchas de sus obras; a título de ejemplo: *Teoría general del Estado* (1925); *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931) y *Teoría general del Derecho y del Estado* (1945). En las líneas siguientes, servirá de repertorio únicamente su *Teoría pura del Derecho* (en adelante, *TPD 1960*); primero, porque, como se declara en la sección I, la finalidad en esta sección II consiste, sustantivamente, en revistar los alineamientos conceptuales en torno a hecho o a norma; segundo, porque no se quita felicidad al lector si se anuncia que Kelsen fue un normativista, y tercero, por el hecho de que la *TPD 1960* es la última obra “orgánica” de Kelsen, elaborada poco antes de su muerte en 1973. A veces, el lenguaje encierra fatalidades. Prefiero evitarlas: no se

²⁹ Borges, Jorge Luis, “Los conjurados”, en *Obra poética*, Buenos Aires, Emecé, 2007, p. 642.

³⁰ Cfr. Popper, Karl R., ob. cit., p. 67.

afirma que en la obra citada se encuentra el último pensamiento kelseniano, sino, simplemente, la última y ahora conocida presentación formal de sus ideaciones “orgánicas y sistemáticas” sobre la constitución.

Kelsen creyó que una teoría pura del Derecho no debía ni podía desempeñar ninguna tarea reformadora ni creadora del objeto de estudio: el Derecho. Si lo hacía, excedía su competencia y se convertía en herramienta de la política. Postuló, por eso, un mundo de abstracciones normativas casi geométricas, en el que la tarea del saber o ciencia jurídica se limitaba a describir el objeto, sin estar influenciada o contaminada por la política o su interés. El conocimiento jurídico era un saber dirigido hacia normas. Partía de un dualismo fundamental: naturaleza y sociedad; la ley natural descansa en el principio de causalidad, mientras que la ley social descansa en el principio de imputación creado mediante actos de voluntad de los hombres.

El Derecho –para Kelsen– era “una ordenación normativa del comportamiento humano”; este “sistema de normas” que regulan o determinan la conducta de los hombres se caracterizó porque sus normas se encontraban “en una construcción escalonada de diversos estratos”.

Kelsen opinó que en la observación de un “orden jurídico estatal, el estrato superior jurídico positivo, está representado por la constitución”, entendida en sentido material: norma o normas que regulan la producción de las normas jurídicas generales. Constitución, por su parte, que pudo haber sido producida “por vía de la costumbre, o... mediante un acto legislativo”³¹.

Kelsen también se ocupó de distinguir la “constitución en sentido material” de la constitución “en sentido formal”; respecto de esta última dijo que se trataba del

...documento denominado “constitución” que, como constitución escrita, no sólo contiene normas que regulan la legislación, esto es, la producción de normas generales, sino también normas que se refieren a otros objetos políticamente importantes, así como disposiciones según las cuales las normas contenidas en ese documento, la ley constitucional, no pueden ser derogadas como simples leyes, sino sólo bajo condiciones más difíciles mediante un procedimiento especial. Estas disposiciones configuran la forma constitución que, como forma, puede recibir cualquier contenido, sirviendo en primer término para estabilizar las normas que aquí

³¹ Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho* (trad. de Roberto Vernengo), México D.F, Porrúa, 1998, p. 232.

designamos como constitución material, y que constituyen el fundamento jurídico positivo de todo orden jurídico estatal³².

Renglón seguido advirtió que la producción de normas jurídicas generales, regladas por la constitución material, tiene, dentro de los órdenes jurídicos estatales modernos, el carácter de una legislación. Por eso, la constitución que regula la producción de normas generales podía determinar también el contenido de leyes futuras, y las constituciones positivas lo hacen no poco frecuentemente, al prescribir (promesa de legislación), o excluir ciertos contenidos (impedir o inhibir que ciertas leyes ordinarias devalúen o deterioren las “libertades que son parte integrante de las constituciones modernas”³³).

El aporte de Kelsen a la ciencia jurídica y al Derecho como objeto específico de su estudio ha sido notable. La configuración de la constitución como norma y como norma sobre normas responde a cientos de causas; sería engañoso no considerar la contribución decisiva de Kelsen. Anotó en la dogmática, quizá antes que otros lo hiciesen, la jerarquía lógica de la ley fundamental. Dedicó una porción importante de sus obras a la defensa de la norma constitucional; su disertación no fue un simulacro, porque postuló abiertamente la necesidad de configurar una garantía jurisdiccional especializada; en la genealogía o historia de la constitución y su defensa, la producción kelseniana constituye un proceso de naturaleza insoslayable por su profundidad y actualidad. Que casi todos los Estados del mundo posean una constitución, actualmente, definan su organización y unidad estatal, con fundamento o arreglo a una constitución, escrita, vinculante, sin magnificar ni abrir cultos, se debe, en parte, a las ideas de Kelsen. Alguien podría afirmar al mismo tiempo su aporte en la protección de la Ley Mayor del sistema, porque hoy también todos los Estados tienen o poseen una jurisdicción constitucional. Qué difícil sería desdeñar, también, esta observación.

4. Interludio: el trialismo de Germán J. Bidart Campos

Germán J. Bidart Campos fue uno de los juristas y maestros del Derecho más importante, en la Argentina, durante el siglo XX. Prolífico escritor: su producción comienza en 1953 con *La democracia como forma de Estado* y se extiende, ininterrumpidamente, hasta 2004 con el *Compendio de Derecho constitucional*, momentos antes de su muerte. Su obra póstuma es *Nociones constitucionales*, 2007.

³² Ídem, p. 233.

³³ Ídem, p. 234.

Aproximadamente en 1964 se publicó *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia*, obra desde la que alentó un singular enfoque. Escribió que correspondía encarar o captar el mundo del Derecho constitucional con o desde “tres órdenes” estrechamente relacionados entre sí, pero distinguibles unos de otros: el normativo, el de la realidad existencial y el axiológico. La constitución escrita se encontraba en el orden normativo; también las leyes constitucionales y la normatividad consuetudinaria y espontánea. En el orden de la realidad existencial se hallaba la conducta humana: las personas que ejercitan el poder estatal reparten bienes y males entre las personas que son beneficiarios. El orden axiológico, por su parte, suministraba criterios de valor para juzgar al orden normativo y al orden existencial, respectivamente. Para Bidart Campos, la constitución verdadera consistía en la “conjugación de realidad y deber ser”, el ajuste recíproco de la realidad y la norma³⁴.

Con fidelidad, Bidart Campos mantuvo su tesis en defensa de esta concepción. En la edición de 1993 de su *Tratado elemental de Derecho constitucional argentino*, sostuvo que el contenido del Derecho constitucional era más estrecho o más amplio, según la perspectiva que se adoptase; así, si se usaba la del Derecho constitucional formal, el contenido estaba dado exclusivamente por la constitución escrita codificada, su sitio de emanación u origen; si, en cambio, se empleaba la perspectiva del Derecho constitucional material, el contenido se volvía mucho más abundante, porque sin encasillarse en el texto de la constitución formal, al desplazarse hacia el orden existencial, todas las conductas ejemplares y todas las normas descriptivas de ellas (dentro o fuera de la constitución formal, estén formuladas por escrito o no lo estén), resultaban abarcadas. Proponía, entonces, que el Derecho constitucional material que emanaba de la constitución material sería siempre “más amplio” que el Derecho constitucional formal, aunque se diese la hipótesis de que la constitución material y la formal coincidiesen³⁵.

Finalmente, sin renegar de su enfoque, anunció y desarrolló en 1995³⁶, y ratificó en la última edición de su Tratado en 2000³⁷, que el Derecho que emana de la constitución formal o escrita era el Derecho de la constitución: normativo. Propiamente jurídico. Y que de esta juridicidad que se

³⁴ Bidart Campos, Germán J., *Derecho constitucional. Realidad, normatividad y justicia*, Buenos Aires, Ediar, circa 1964, pp. 11-16; 111-114 y 135-136.

³⁵ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional. El derecho constitucional de la libertad*, tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1993, pp. 82-99.

³⁶ Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

³⁷ Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 284-317.

predicaba de todo el texto constitucional escrito –incluido su preámbulo y sus disposiciones transitorias– se desprendía la fuerza normativa. Por eso, el Derecho que emana de la constitución escrita posee en sí mismo fuerza o vigor normativos, lo que significa que era exigible, obligatorio, aplicable y vinculante: para gobernantes y ciudadanos. Matizó: la fuerza normativa está en las normas del Derecho de la constitución que surge de la constitución, pero se dirige “a realizarse” en la dimensión u orden sociológico o existencia de las conductas; o sea: “apunta a alcanzar la efectividad de las normas escritas en la vigencia sociológica”.

Por estas razones, Bidart Campos fue un *trialista*, si se desea sintetizar cuál era su enfoque para describir y valorar el Derecho. El mundo jurídico se compone –como se insinúa arriba– de tres dimensiones u órdenes, y cualquiera que desee conocer el Derecho constitucional de un Estado no podría conformarse con la lectura de su constitución escrita. Consecuentemente, según Bidart Campos, para conocer la constitución no bastaba la normatividad emergente del texto escrito; se exigía, además, acudir al examen de su funcionamiento, indagando también qué contenidos constitucionales existen en forma de valores; estado en el cual el investigador podrá encontrar la estimativa o valoración, es decir, la justicia o injusticia del plexo analizado.

III. Significado de constitución

El término “constitución” se encuentra impregnado de un importante significado político, como ningún otro de los términos que emplea el Derecho objetivo en el discurso de los juristas y operadores jurídicos. Su sola mención puede ser útil para sugerir, casi inmediatamente, ideas tales como libertad, igualdad y organización de los poderes constituidos; o derechos fundamentales de la persona y su consiguiente garantía, y limitación y control de los poderes constituidos.

La constitución señala un vital y concreto punto de inflexión. Es decir: por un lado, revela y exhibe la finalización del proceso de construcción política del Estado; y por otro, estructura las bases para el arranque y apoyo de todo su edificio jurídico-normativo.

Todas, absolutamente todas las ramas del Derecho positivo en vigor encuentran su último (y su único) fundamento en la constitución. La constitución no es sola e indiscutiblemente el instrumento más importante del Derecho. Significa, además, el fundamental.

Defino, pues, a la constitución como una combinación de normas jurídicas que regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido y

controlado todo el poder político y, paralelamente, por las que se confiere reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes. En otras palabras, la constitución como tipo de norma estipula cómo debe ser (no necesariamente cómo es) la estructura jurídica fundamental del Estado. Las normas de la constitución son el cimiento que sustenta al sistema jurídico del Estado, autónomo o soberano. La noción de la constitución descansa en reconocer que sus finalidades esenciales consisten en: a) proteger y satisfacer los derechos de libertad, los derechos sociales y los derechos de tercera generación; b) estipular los procedimientos que aseguren un ejercicio racional y controlado de los poderes del Estado. La constitución posee, a mi juicio, un decálogo de propiedades que la singularizan, especifican y entronizan en el sistema. Me refiero, pues, a la primacía, jerarquía, elasticidad, apertura, unidad, coherencia, soberanía, organización, identidad y vinculación de la totalidad de sus enunciados normativos y de los que no lo son, características o propiedades elementales que no se aprecian con simétrica magnitud en el resto de las ramas que componen el sistema jurídico-estatal. Por eso, entonces, la constitución del Estado es, antes de todo y por sobre todo, una norma jurídica que, arraigadamente, posee sus especificidades propias.

(i) Primacía. La constitución es el instrumento paradigmático que configura la articulación jurídica del Estado. A la constitución también se la puede definir como un sistema de normas abiertas que expresan el principio de la soberanía de los ciudadanos que integran el pueblo y que concretiza en su texto la correspondiente carta de navegación político-institucional. No existe norma positiva por encima de la constitución.

(ii) Jerarquía. La constitución contiene criterios procedimentales que validan el sistema jurídico subconstitucional. En la norma jurídica constitucional hay una axiología del poder constituyente originario. El hombre inventó la constitución positiva, escrita, codificada, porque descubrió que el Derecho natural no era suficiente marco ni soporte racional. E inventó el escalonamiento o gradación jerárquica de las normas para asegurar que la norma mayor no debe ser reformada con base en los procesos previstos para la creación cotidiana del Derecho, ni por las autoridades que ejercen el poder constituido. Por eso es la Ley Mayor, fundamento del Derecho constitucional y éste, de todo el Derecho.

(iii) Elasticidad. El Derecho y el Estado son dos entes artificiales o convencionales cuyos propósitos específicos –valga el aparente contrasentido– constituyen un medio: asegurar la vida y la dignidad, y proteger y satisfacer los demás derechos fundamentales de las personas que componen la sociedad. El plan básico, nuclear y fundamental para

cumplir tales propósitos es la constitución del Estado, la que en el interior de sus paredes jurídicas cobija una importante gama de valores comunitarios, acerca de los cuales es factible suponer la existencia de un importante consenso a su respecto. Dichos valores, al ser positivizados, ponen al descubierto el tránsito desde una categoría axiológica a otra deontológica, manifestando su juridificación, o, en otras palabras: en este tránsito se pone en evidencia que las valoraciones iusfundamentales comunitarias dejan de ser valores y pasan a ser, en la mayoría de los casos, derechos fundamentales. Esta inserción jurídica-normativa en el programa constitucional de los lineamientos provenientes de las valoraciones iusfundamentales comunitarias sirve o es útil para indicar cuáles serían las razones de derecho constitucional, es decir, determina qué es lo que se ordenaría mandar jurídico-normativamente en un Estado. Estas razones jurídico-constitucionales tienen una dimensión de neto corte procedimental y no ideológico, porque no constituyen ningún plan de ética privada para serles impuesto a los seres humanos de la comunidad, dado que cada uno de ellos por definición siempre tiene asegurado su libre albedrío respecto de la adopción de sus decisiones personales. Constituyen líneas de acción para el ejercicio de la fuerza estatal extremadamente elásticas, porque deben cubrir el paso de una generación a otra.

(iv) Apertura. No es fácil ni tarea sencilla comprobar la completa coincidencia entre constitución y realidad política. Pero ello no implica renunciar de antemano a la posibilidad de que la norma de normas pueda concretar su realización. En todo caso, la efectiva normatividad de las reglas constitucionales depende, en primer lugar, de la conexión que ellas tengan con la realidad política que pretende reglar. Cuanto más importante sea el grado de ignorancia que las normas constitucionales tengan sobre la realidad a la que pretende ajustar o reglar o dirigir por intermedio de sus disposiciones, más intensa será la caída libre de la fuerza normativa de sus enunciados. El Estado constitucional de Derecho puede ser justificado como el resultado de cierto marco consensual entre los integrantes de una comunidad, los ciudadanos, en un principio libres, que acuerdan expresar los vínculos estrictamente necesarios y mínimos para el desenvolvimiento de la coexistencia pacífica y perdurable. La constitución es el instrumento que contiene la expresión del consenso puesto de manifiesto por los contrayentes. La constitución es un gran contrato, una representación de la realidad política comunitaria. Las principales reglas de este megacontrato son los derechos fundamentales, cuyo reconocimiento, según el caso, los textos constitucionales confieren

a los individuos, a los grupos de personas o a la colectividad o comunidad, respectivamente.

Pienso que la tarea que debe asignarse a los poderes constituidos es concretar y respetar tales inscripciones iusfundamentales. No se desconoce que la constitución debería estar vinculada al tiempo y a la realidad a la que se enfilan sus prescripciones, ya que precisamente esa realidad a la cual se dirigen sus disposiciones normativas está sujeta al devenir y al cambio histórico. Y si ante múltiples y cambiantes circunstancias históricas la constitución pretende resguardar su fuerza normativa sin alterar su propia identidad, el único modo posible de hacerlo es a través de su concepción como norma abierta, sobre todo en el sector normativo dedicado a los derechos fundamentales, dado que con todo rigor debe de aceptarse que el desarrollo progresivo de los mismos es la clave de su conceptualización.

La apertura postulada para la interpretación de la textura constitucional también se impone para su modificación o cambio. Los ciudadanos que integran el pueblo, el único soberano, son los que tienen derecho a cambiarla cuando en libre deliberación se determine que es oportuno y necesario disponerlo. Por eso es preferible pensar en reformar la constitución toda vez que se pueda determinar que ello sea necesario, conveniente y oportuno, y no deformarla mediante interpretaciones que la vuelven sin sentido, desnaturalizando (según los casos, de modo parcial o completo) las pretensiones de normatividad emergentes de sus disposiciones. El consenso para cambiar la constitución no es ni uniformidad ni unanimidad; se trata de respeto al proceso reglado, coherencia (consulta al cuerpo electoral) y unidad (contenidos a ser cambiados).

En tales condiciones, la constitución jurídica expresa, a no dudarlo, la tensa relación que se genera entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. Alcanzar el punto de equilibrio entre la realidad social y el modo en que ella debiera ser, según indican y ordenan las prescripciones constitucionales, es la tarea más importante de este fenomenal instrumento de la modernidad jurídica: la constitución. Al fin y al cabo, ella fija –ni más ni menos– el perímetro jurídico en cuyo interior debe desplegarse íntegramente el desenvolvimiento racional, equilibrado, controlado y responsable de los poderes del Estado, y el reconocimiento y satisfacción de los derechos fundamentales de los habitantes.

El reconocimiento de la constitución como norma jurídica supone la configuración de una herramienta para el control, y consiguiente limitación del poder.

Las sociedades mágicas o tribales son cerradas porque se basan en

la tradición. Una sociedad abierta es aquella en la que los ciudadanos adoptan, porque se les garantiza adoptar, todas sus decisiones personales.

Constitución abierta es sinónimo de apertura constitucional. Pretendo enlazar la misma idea, ora como adjetivo, ora como sustantivo y viceversa. En consecuencia, se desenvuelve en un triple sentido: a) un contrato entre ciudadanos, abierto y plural; b) la posibilidad de que el contrato sea actualizado, y, especialmente, c) que la contratación política se funde en la razón.

(v) Unidad. El sistema jurídico posee una estructura jerárquica en la que, comenzando por la base, cada uno de los enunciados que expresan normas inferiores (subconstitucionales) encuentra su fundamento de validez en la norma superior, hasta llegar a la norma jurídica suprema del sistema: la constitución. Dado que la constitución jurídica del Estado programa las formas y procedimientos para la elaboración y ulterior legitimación de toda la producción jurídica subconstitucional, puede advertirse que, en cierta medida, las normas que componen esta última reciben o hallan en la constitución la garantía para su validación formal y material. La coactividad de todas las normas del sistema jurídico, es decir, la posibilidad concreta de su imposición por la fuerza para el hipotético caso que sus contenidos no sean satisfechos espontáneamente por la población, se encuentra garantizada –al menos en el plano teórico descriptivo– por la constitución. En consecuencia, la unidad que se predica de la constitución implica que la totalidad ordenada que ella constituye habilita a que todas las demás normas del sistema remonten o puedan remontar su validez, formal y material, a ella.

(vi) La coherencia. Dos o más enunciados son coherentes cuando puede decirse que son compatibles. Las normas no tienen valores de verdad porque son, en líneas generales, determinaciones o regulaciones prescriptivas. Es imaginable, por supuesto, que pueda existir constitucionalmente una norma que regule una conducta y la autorice y, en paralelo, en la misma constitución otra norma que prohíba la misma determinación de la conducta humana que había sido autorizada. Naturalmente, aunque insensato, puede ocurrir. En consecuencia, la contradicción (del ejemplo citado) será, con exactitud, entre los contenidos de las normas, no entre las normas³⁸.

La compatibilidad o coherencia, además, expresa una conformidad general a una regla o patrón que se desempeña como criterio de los

³⁸ von Wright, George Henrik, “Ser y deber ser”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (compil.): *La normatividad del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 97.

criterios; en nuestro caso, aunar, constantemente, el juego de la libertad con el ejercicio del poder; en otras palabras, soberanía individual y autoridad comunitaria.

La coherencia es una cualidad inmensamente relevante, porque la existencia de enunciados contradictorios implica arbitrariedad. Y la constitución tiene que ser el código de la racionalidad ciudadana.

Una constitución combina gran cantidad de normas y enunciados que se refieren a los derechos fundamentales, al poder, a la reforma o a simples declaraciones. Frente a dicha combinación, desde el punto de vista teórico, es imaginable pensar que todas las normas tienen semejante cotización o que poseen cotización diferenciada. Cotizar, valor normativamente el material de la constitución, es el único modo racional de plantear y desarrollar la coherencia de la constitución.

La última respuesta, siempre, la tiene el poder constituyente, el redactor de la constitución. Si el redactor no estipuló ni fijó una cotización diferenciada entre los enunciados, los realizadores de la constitución tendrán que cotizar todas las normas por igual, con idéntica cotización. Si, por el contrario, el redactor de la constitución fijó diferentes cotizaciones, tendrá que estarse a ellas.

En el caso particular de la CFA, por ejemplo, no hay cotización de las normas; ergo, la coherencia se mantiene en la realización, a condición de que se entienda que una norma no anula ni desvirtúa a otra norma. La compatibilidad, seguida de la complementación normativa, es el secreto que se presenta con voz propia, para respaldar la armonía y coherencia de las normas constitucionales. Coherentemente: todas las normas que emanan de la CFA cotizan por igual. Y en caso de que se advierta una frustración o contradicción, el intérprete tiene la obligación de agotar los esfuerzos a su alcance para alcanzar la armonía que las compatibilice.

(vii) La soberanía, en sentido semejante al de la autoridad jurídica suprema. Hay dos soberanías que la constitución tiene que articular: la individual y la comunitaria. La soberanía del ciudadano es anterior al pacto original; quien nada posee no puede, porque no tiene sobre qué pactar. El poder del Estado, precisamente, tiene por finalidad dar seguridad a aquella soberanía individual.

La persona humana es su propia autoridad jurídica que realiza una competencia suprema. Reconocer, además, la soberanía del Estado significa descubrir que dicho ente no obedece a ningún otro ente. Por su parte, pensar en limitaciones jurídicas a la noción de soberanía no es una *contradictio in terminis* y no implica un regreso al infinito, porque todos los actos fuera de la competencia suprema no podrían ser observados como

soberanos³⁹. El artículo 19 constitucional delimita el campo de la soberanía personal de cada individuo. Constituye un límite, fijo, definitivo, infranqueable. La misma regla, junto con el artículo 1 y el 33, dibujan el mapa de la soberanía estatal. Nace la constitución, con sus normas soberanas, siempre a disposición de los hombres. Porque es cierto que un sistema jurídico se autorregula, pero para evitar perplejidades, bajo el dominio humano; jamás al revés.

(viii) Organización. Dar forma a una realidad política es la luz que irradia la constitución. La constitución no es obra de artífices sapientísimos. Tampoco resultado de una obra irreplicable. Es, como cualquier instrumento humano, perfectible. Un sistema jurídico fundamental, obviamente, también será necesario para mantener y desarrollar la formación que origina la constitución⁴⁰. La arquitectura del Estado, cuya normación fundamental hace la constitución, es modificable, porque ningún conjunto de hombres ni ningún órgano tiene competencia suprema o autoridad para eternizarla. La organización consiste en posibilitar racionalmente las acciones objetivas, en campos determinados y delimitados, para que desarrollen las tareas eminentes de legislación, administración y jurisdicción. Funciones jurídicas básicas, al servicio del hombre y su calidad de vida.

(ix) Identidad. Volvamos nuestra mirada a la sección I: la naturaleza es fruto de la evolución; la cultura, fruto de la creación humana. Es un mérito de Peter Häberle el planteo de una nueva tesis de partida: la constitución como cultura. El profesor alemán señala:

La constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. Las constituciones vivas son la obra de todos los intérpretes [realizadores] de la sociedad abierta...⁴¹

La constitución, al captar la supremacía de la ciudadanía insertada en un Estado obligado a su respeto y promoción, pone al descubierto por completo la identidad comunitaria. La constitución posee normas de adaptación y normas de estímulo. Por las primeras, da cobertura a la realidad que la antecede y que se dispone a cobijar. Por las segundas, trata de

³⁹ V. Garzón Valdés, Ernesto, "Acerca de las limitaciones jurídicas del soberano", en AA.VV., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro R. Carrio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1983, p. 179.

⁴⁰ V. Hesse, Honrad, "Constitución y Derecho constitucional", en AA.VV., *Manual de Derecho constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 1-15.

⁴¹ Häberle, Peter, "La constitución como cultura", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 6, Madrid, CEPC, 2002, pp.177-198.

proponer, de modo ideal, una realidad que prometedoramente puede cumplirse. La comprensión más acabada o inacabada de ambos tipos de normas permite distinguir, con bastante certeza, el grado de cultura alcanzado por un pueblo; en concreto, su identidad con relación a la vida, al ambiente, las ciencias y las artes.

(x) Vinculación. ¿Quién y cómo garantiza el cumplimiento de los principios y reglas estipuladas por la constitución? La concepción misma de la fuerza normativa de la constitución, y la natural efectividad que ella conlleva, exige a su vez la existencia de garantías que aseguren eficazmente su cumplimiento, ya que la peculiaridad de la norma constitucional, es decir, su posición jerárquica y privilegiada en el sistema normativo estatal, la obliga a garantizarse por sí misma.

Si la constitución no tuviera garantías, no sólo se obstaculizarían sus planes de concretización y realización político-jurídicos. Una tarea es redactar una constitución. Otra tan imprescindible es brindarle racionalidad al cumplimiento posible de sus prescripciones. Para cumplir tal cometido, se hace necesario elaborar mecanismos aptos para proteger y defender su normatividad, residiendo en las garantías los procesos capaces de viabilizar las pretensiones de vigencia de la constitución.

Coherente con la sistemática presentada *ut supra*, se invita entonces al examen de la composición de la constitución en la próxima sección. Luego, en la sección V, será el turno de la descripción del mecanismo aural que proporcionan las garantías.

IV. Las partes⁴²

1. Presentación básica

Mencionar las partes y descubrir las garantías resulta un paso significativo para penetrar, ulteriormente, en el conocimiento cabal del Derecho de la constitución o Derecho constitucional. Todo el Derecho constitucional fluye de la constitución; recuérdese que, en el caso de la Argentina, su Ley fundamental federal es la fuente de producción de las normas, permanentes y transitorias, de raíz constitucional que emanan de las cuatro esquinas de su texto; fuera de su texto, al mismo tiempo, por aplicación del artículo 75, inciso 22 constitucional (producido por el poder constituyente en 1994), la Constitución es fuente de aplicación y validación de los DD.HH. que gozan de jerarquía constitucional. En consecuencia: existe un Derecho constitucional federal de la Argentina de raíz y jerarquía

⁴² En la Adenda 1, sección § VII, se ofrece un esquema de lo escrito en esta sección.

constitucional (primer subsistema); existe también un segundo subsistema que no tiene raíz constitucional, pero sí jerarquía: los DD.HH. validados jerárquicamente por el artículo 75, inciso 22, recién referido. Además, también tiene existencia una hipótesis singular y excepcional de creación que no es tratada aquí: la interpretación judicial, especialmente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) al asociar un significado y crear Derecho constitucional⁴³. Así resulta inaugurado el “sistema de la Constitución federal”, que queda integrado por los tres elementos antedichos: las normas propiamente formuladas en la CF; las normas provenientes de los DD.HH. y las normas generadas por la CSJN. No obstante, aunque propiamente se trata del “sistema de la Constitución federal”, por economía de palabras y no otra razón, se apela únicamente al término “Constitución federal” o constitución, simplemente, tal como se anuncia en el último párrafo de la sección I.

En consecuencia, se examinan las partes de la constitución, especial y casi exclusivamente en foco: la Constitución federal de la Argentina. El examen de las partes, naturalmente, no dice ni puede afirmar o describir o ponderar todo lo que se desea saber sobre el objeto, sino tan sólo su composición. Luego, más adelante, en la sección V, se examinan las relaciones internas entre los propios componentes o partes, es decir, el análisis estructural, basado en los procesos internos que autorizan un regular funcionamiento de sus partes. Me refiero, concretamente, a las garantías.

2. *Composición estricta*

Una sencilla y primera lectura de la CFA –actualmente vigente, según texto de 1853-1960, con sus reformas producidas en 1866, 1898, 1957 y 1994–, vale para comprobar las siguientes piezas desplegadas en partes, claramente definidas por la creación constituyente:

(i) Preámbulo⁴⁴.

⁴³ Sobre la interpretación judicial, puede leerse Ferreyra, Raúl Gustavo: “Rasgos básicos del derecho constitucional: sistema; libertad, igualdad, solidaridad; teoría”, en *Revista de Derecho Político*, nos. 75-76, Madrid, Universidad Nacional a distancia, 2009, pp. 215-242.

⁴⁴ El hombre utiliza palabras para designar las cosas y sus estados, según se dan o se presentan en su mundo externo. El lenguaje escrito es una de las más maravillosas invenciones humanas. Estrictamente, la palabra “preámbulo” no se encuentra escrita en la Constitución federal. La reproducción facsimilar de la pieza original de mayo de 1853 puede compulsarse en la magnífica obra de Emilio Ravignani: *Asambleas Constituyentes Argentinas* (Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, Peuser, Buenos Aires, t. VI, 2ª parte); precisamente, allí, en la p. 793 se encuentra el texto originario, sin inscripción previa, o sea: no dice “preámbulo” (también puede consultarse en Internet en el sitio de la CSJN: Biblioteca digital). En la misma publicación, p. 871, se reproduce el texto originario, según la redacción producida por la Convención Nacional “ad hoc”, en septiembre de 1860: la historia se repite. En el portal del Senado de la Nación, la CFA comienza con la palabra “preámbulo”. Naturalmente, todos en la Argentina denominan “preámbulo” a los enunciados que

- (ii) Primera parte. Capítulo primero: Declaraciones, derechos y garantías; Capítulo segundo: Nuevos derechos y garantías (Arts. 1 a 43).
- (iii) Segunda parte. Autoridades de la Nación (Arts. 44 a 129).
- (iv) Disposiciones transitorias (desde la 1ª hasta la 17ª).

Esta división del universo de las normas constitucionales tendría bastante asidero, en especial, el literario. No podría mocionarse ni observarse que esta distinción, en cuatro partes, fue engendrada, propiamente, por el creador. Porque los redactores de la Constitución federal, con luces y agonías, sencillamente mencionaron con el apodo de “partes” a la 1ª y a la 2ª, que se corresponden con los ámbitos descritos en el párrafo anterior con los números (ii) y (iii), respectivamente. Durante muchos años, señeramente antes de la reforma constitucional de 1994, solía apelarse a esta caracterización. Una reseña de la opinión prevalente de la dogmática arrojaría el citado como posible resultado. A partir de 1963-1964, Bidart Campos instaló la denominación de un Derecho constitucional de la libertad y de un Derecho constitucional del poder, como porciones o partes eminentes de la Constitución, desde su peculiar perspectiva trialista del mundo del Derecho, que incluía norma, valor y conducta. En la actualidad, con fines pedagógicos, suele sostenerse la división en dos partes. Otros comentarios distinguen tres partes: el preámbulo, el cuerpo y los apéndices⁴⁵.

La CFA es un existente mundano, no tan asible o representable como la estructura de un violín, la extensión de un río, la anatomía de un pájaro o la forma de una planta, pero sí mucho más que la entidad significada por un unicornio. Conocer su forma de ordenación, dirección y unidad de la realidad política implica generar una relación cognoscitiva. Todo el conocimiento consiste en establecer vínculos o relaciones externas entre el sujeto cognoscente y el objeto. Al interesarnos por la descripción de sus piezas constituyentes, o partes o porciones normativas, debemos producir proposiciones o afirmaciones cuyo grado de verdad nunca es absoluto.

Una comprensión analítica de la realidad siempre pone de manifiesto o enfatiza que lo complejo depende de la existencia de lo simple, no a la inversa. Mi tesis principal, en este aspecto, es que la CFA tiene cuatro partes, o mejor dicho: cuatro partes son los constituyentes de la totalidad, de la complejidad, que así se conceptúa. Admitir, entonces, que tiene partes significa asumir o derivar que la CFA es un objeto complejo,

encabezan la norma fundamental.

⁴⁵ Sagüés, Néstor P., *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, pp. 33 y 55.

no simple, porque lo simple no tiene partes y es indivisible⁴⁶.

Primera parte. Simples declaraciones. El preámbulo.

Segunda parte. Los derechos (y deberes) fundamentales, que fijan el itinerario de la programación.

Tercera parte. El poder, cuya organización y control racional nos hace ilusionar cada día de nuestras vidas con que, si cada individuo es asegurado mediante la fuerza de todos, todos serán asegurados mediante las fuerzas unidas de los individuos, a condición, desde luego, de que se considere que el reforzamiento de las fuerzas de los individuos se produce por la unión de las fuerzas de la pluralidad⁴⁷.

Cuarta parte. El poder de reforma, que permite ilustrar las virtudes del cambio formalizado sobre el reposo divino.

Los marcos de referencia y los contenidos de cada una de estas cuatro partes son ilustrados, brevemente, en los próximos cuatro párrafos. No se construyen proposiciones blindadas, apenas una descripción breve.

3. *Simples declaraciones*

Son enunciados no normativos, que carecen de normatividad propia. La adquieren a partir de su integración en un sistema normativo. El preámbulo y las disposiciones transitorias son un gran ejemplo. Veamos.

A. El preámbulo de una constitución se compone con las letras que anteceden al cuerpo principal de la obra. Es un discurso del constituyente que trata de anticipar el contenido del Derecho constitucional. E identificar los valores fundamentales y su grado de objetivación jurídica en el pensamiento del constituyente; especialmente en los campos de la economía, la política, la cultura y, por supuesto, el Derecho⁴⁸. Son puros enunciados de identidad que tienen entidad para describir las aspiraciones culturales de una ciudadanía abierta.

Una investigación preliminar y rudimentaria sobre el origen de estas fórmulas indica que el preámbulo fue una “creación norteamericana”⁴⁹. Actualmente, todas las constituciones sudamericanas poseen un discurso anticipatorio realizado por el propio constituyente fundador, excepto la de Chile. El argentino es el más antiguo: data de 1853. El más joven es el boliviano: creado en 2009. La citada Constitución de Bolivia y también

⁴⁶ V. Russell, Bertrand, *Análisis filosófico*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 65.

⁴⁷ Cfr. Feuerbach, Anselm von, *Anti-Hobbes. O sobre los límites del poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano contra el soberano*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, pp. 71-72.

⁴⁸ Literatura fundamental: V. Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, IJ, 2003, p. 92.

⁴⁹ V. Sánchez Viamonte, Carlos, *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Kapelusz, 1959, p. 72.

la de Ecuador 2008, por ejemplo, han procedido en sus preámbulos⁵⁰ a reconocer los “derechos de la naturaleza”⁵¹.

Los preámbulos casi siempre contienen hipérbolos. Una lectura crédula sobre estas exageraciones tiene que aceptarlas y poner el estado de cosas en su lugar.

La fuente del preámbulo de la CFA admite poca discusión. El cotejo que se sugiere en el cuadro permite individualizar, en este caso, al Derecho constitucional comparado que operó, como fuente indirecta, en la génesis del preámbulo argentino.

Constitución de EE.UU., sancionada el 17 de septiembre de 1787	Constitución de la Confederación Argentina, sancionada el 1 de mayo de 1853
<p>We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defence, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.</p>	<p>Nos los Representantes del Pueblo de la Confederación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las Provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución para la Confederación Argentina.</p>

⁵⁰ Se dispuso en el preámbulo de la Constitución de Ecuador: “Nosotras y Nosotros, el pueblo soberano del Ecuador... Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia...”. La Constitución de Bolivia enuncia en su preámbulo: “...Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”.

⁵¹ Literatura fundamental: Zaffaroni, E. Raúl, *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2011.

Resulta evidente que los textos comparten la enumeración de seis directivas: unión, justicia, paz, defensa común, bienestar general y libertad. En dos contextos de tiempo y lugar muy distintos. Además, nótese, que existen diferencias de grado en la conquista y desarrollo de la “unión”, la “justicia”, la “paz”. La “defensa común”, el “bienestar general” y los beneficios de la “libertad”, en cambio, son muy similares, con una radical excepción: el mensaje de clara fuente alberdiana de puertas abiertas: “para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino”, enunciado que configura verdadera originalidad en el Derecho constitucional comparado. Por último: el preámbulo de la Constitución de Estados Unidos de 1787 no invoca a Dios, no menciona a las entidades preexistentes (las colonias) ni los actos anteriores a ella (la declaración de la independencia, 4 de julio de 1776), y fue ordenada y establecida por el “pueblo” de los Estados Unidos. En el argentino se deja constancia de que la legitimación del poder originario se fincó en los “representantes” del “pueblo” por “voluntad y elección de las Provincias” que la componen.

Se discute la cotización normativa de los preámbulos. En Brasil, por ejemplo, la literatura y la jurisprudencia⁵² niegan vinculación o fuerza normativa al prólogo de la Constitución de 1988. En la Argentina no es una cuestión pacífica⁵³. Históricamente, la CSJN negó que el preámbulo fuese útil para aumentar reglas sobre derechos o sobre la distribución del poder, sin desconocer que se trataba de un elemento de interpretación. No obstante, en 1974 se resolvió que el objetivo preeminente, según determina el preámbulo, es lograr el “bienestar general”, la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad entre los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de ellos participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización⁵⁴. Recientemente, el Más Alto Tribunal hizo suyas las palabras de Juan Bautista Alberdi⁵⁵: “El preámbulo [en que la Constitución] expresa sumariamente

⁵² Así decidieron los miembros del Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, el 15/8/2002, en la causa ADI-2076.

⁵³ V. Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de Derecho constitucional. Constitución de la Nación Argentina, comentada, y anotada con legislación, jurisprudencia y doctrina*, Buenos Aires, Depalma, 1993, t. I, pp. 75-78.

⁵⁴ V. *In re* “Miguel A. Bercaitz”, CSJN, Fallos, 289:430 (436), suscrito por Arturo E. Sampay, Cayetano Giardulli, Oscar de Roza Igarzábal y Felipe S. Pérez, pronunciado el 13/9/1974.

⁵⁵ V. “Argenova S.A. v. Provincia de Santa Cruz”, CSJN, Fallos, 333:2367, considerado 12, suscrito por Ricardo Lorenzetti, E. Raúl Zaffaroni, Juan C. Maqueda y Carlos Fayt, dictado el 14/12/2010. La cita de Alberdi, Juan Bautista: “Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina, según su Constitución de 1853”, en sus *Obras completas*, t. IV, Buenos Aires, La Tribuna Nacional, 1886, p. 153.

las grandes miras que presiden a sus disposiciones [enumera, entre otras varias, la de promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino]”.

El preámbulo es un enunciado no normativo que integra el sistema normativo constitucional, por lo tanto: forma parte de él y por eso adquiere juridicidad. No tiene una normatividad directa; su realización es indirecta, porque a partir de sus enunciados se pueden realizar otras normas. Es un encabezamiento que sintetiza la programación que hace la CFA; en el peor de los casos, sirve como sustento de una argumentación o apoyo de un argumento sobre las propias normas constitucionales. Aunque se niegue esta afirmación, entiendo que no podría negarse esta otra fuertemente inspirada en la escrita por Eduardo Galeano⁵⁶: el preámbulo está en el horizonte, me acerco dos pasos, él se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se desplaza diez pasos más allá. ¿Entonces, para qué sirve el preámbulo? Para eso: sirve para caminar, y para desarrollar nuestra identidad individual en la comunidad (si lo deseamos) y la propia identidad de la comunidad en cada uno de nosotros (siempre que estemos de acuerdo).

B. Disposiciones transitorias

La CFA nunca contuvo disposiciones transitorias⁵⁷. No se empleó la técnica en la redacción originaria: 1853-1860. Los cambios de 1866, 1898 y 1957 no diseñaron enunciados transitorios. La reforma constitucional de 1994 fue profunda, pero no cambió el escenario normativo. Pese a la gran cantidad de cuestiones que el poder constituyente no pudo resolver por escasez de tiempo o falta de acuerdo, simplemente, se dio el puntapié inicial con la convicción de que la reglamentación la haría el Congreso federal en el futuro. Una segunda característica fue la cantidad de disposiciones transitorias: diecisiete en total; una de ellas, precisamente la primera, condensa un reclamo:

La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sandwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte

⁵⁶ Escribió Eduardo Galeano: “La utopía está en el horizonte. Camino dos pasos, ella se aleja dos pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. ¿Entonces para qué sirve la utopía? Para eso, sirve para caminar” (v. *Las palabras andantes*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2010, p. 310).

⁵⁷ Toda afirmación rotunda corre riesgos en el mundo del Derecho. En la CFA, según su texto de 1853 se dispuso: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes, pasados diez años desde el día en que la juren los Pueblos”. Si quiere ser calificada como transitoria, queda abierto el comentario... Pese a ello, no desdice la regla general.

integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía, respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino.

La reclamación tiene sólidos argumentos jurídicos. Se trata de una forma de colonialismo tardío⁵⁸; dominación que jamás poseyó justificación racional, menos todavía en pleno siglo XXI. Nótese que, equivocadamente, el redactor del enunciado refirió como sujeto a la “Nación” cuando, en realidad, la soberanía corresponde al Estado. Aunque la voluptuosidad de los sentidos debe hallarse gobernada por la razón⁵⁹, no hace falta predicar que la soberanía sobre las Islas Malvinas y otras encierre, probablemente, uno de los sentimientos constitucionales más homogéneos de la ciudadanía argentina.

4. *Los derechos y deberes fundamentales*

A. Los derechos fundamentales

La CFA es liberal, en el sentido de que su finalidad originaria es la garantía de la libertad, aunque pueda ponerse en duda si en el momento original, todos los ciudadanos fueron igualmente libres para contratar o para decidir no hacerlo. Existió, creo, en 1852-1853 y 1860 una persistente desigualdad en los beneficios de la libertad, que quizá se haya corregido, parcialmente, durante el siglo XX con el aumento de la noción de ciudadanía.

Pero volvamos a nuestro tema. Para concretar la idea de libertad, en la Ley Mayor de la Argentina se plantean dos piezas elementales: la regla de la autodeterminación y soberanía individual, que importa un ámbito de libertad de la persona ilimitada como pauta regia, mientras que la facultad del Estado para invadirla es limitada; y la regla que da arquitectura y organiza, vertical y horizontalmente, el poder del Estado, al dividirlo y encerrarlo en un sistema de competencias tan detalladas como determinadas y circunscriptas.

La determinación o la creencia en la libertad y la organización de la autoridad es la diada que el constituyente sistematizó en 1853-1860.

⁵⁸ E. Raúl Zaffaroni distingue tres etapas del colonialismo en nuestra región: a) la del colonialismo en sentido estricto practicado por las potencias ibéricas hasta el siglo XIX; b) la del neocolonialismo, ejercido por la nueva hegemonía mundial a la caída de los decadentes imperios ibéricos, en especial Gran Bretaña; y c) la actual, de tardocolonialismo o etapa superior del colonialismo. V. “Descolonización y poder punitivo”, *Contextos*, n° 3, Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, 2012, pp. 41-58.

⁵⁹ Leibniz, Gottfried, “La sabiduría”, en *Tres ensayos: El Derecho y la equidad. La Justicia y la Sabiduría*, UNAM, 1960, cuaderno 7, p. 298.

La libertad es el gen de todos los derechos fundamentales, porque todos los derechos derivan de la libertad o la libertad es su fuente de nutrición. Libertad entendida como libertad negativa: soy eminentemente libre en la medida y circunstancia que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. Libertad entendida como libertad positiva: el deseo del individuo de ser su propio amo, la firme posibilidad de orientar la voluntad hacia un objetivo, adoptar decisiones, no ser accionado⁶⁰.

Libertad negativa y libertad positiva se corresponden con la idea de que nadie puede privar a nadie de la libertad y nadie debe disfrutarla a expensas de otro o de otros. La igualdad en la libertad es la libertad jurídica que capta la CFA en su artículo 19. La CFA no es una constitución igualitaria. No rechazo el igualitarismo, pero tampoco construiré un terreno para la constitución, que no coincide con su normatividad específica.

Derechos fundamentales y derechos humanos suelen comprenderse, en general, con idéntico campo semántico. No obstante, si la identidad también implica aceptar que son temporalmente eternos y espacialmente tienen validez en todo el mundo, se prefiere el empleo de “derechos fundamentales”, en la inteligencia de que son creados por el hombre y garantizados por instituciones concretas, y son subjetiva y objetivamente válidos. La misma distinción y conclusión vale para derechos subjetivos, porque no hace falta decir que los derechos fundamentales implican potestades o inmunidades individuales, plurales o colectivas.

Los derechos fundamentales, en sentido jurídico, son “derechos” porque son conferidos a los hombres por normas, es decir, por el sistema jurídico inaugurado por la CFA. Los derechos fundamentales, en sentido jurídico, se distinguen de los derechos morales porque los primeros son relativos o pertenecientes al sistema jurídico positivo estatal que los confiere. Los derechos morales también pertenecen a un sistema normativo: el moral. Los derechos fundamentales son fundamentales no porque constituyan el cimiento del edificio de la CFA, ni tampoco el origen de la CFA, porque una constitución puede existir sin mencionar o describir derechos fundamentales. No se trataría de una circunstancia elogiosa, pero es teóricamente pensable. Son fundamentales porque por su intermedio se realiza y afianza la libertad. Precisamente son fundamentales porque significan una línea de acción para el desarrollo de la fuerza del Estado. Implican, por ende, en su fundamentalidad, una condición primera o marco de referencia inexcusable, que de otra forma vaciaría a la libertad. Fundamento, pues, es sinónimo de razón de ese hombre artificial que se denomina

⁶⁰ Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en la obra *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2009, pp. 205-255.

“Estado”. Pienso que razón determinante o suficiente es una correcta delimitación conceptual. También se los puede denominar “razones de peso”⁶¹.

En el régimen organizado en la actualidad por el sistema constitucional federal hay derechos expresamente enumerados o reconocidos –por ejemplo, los enunciados en los Arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, 20, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43 de la CFA– y hay también derechos implícitos que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno, según la disposición que formula el artículo 33 de la Constitución federal al respecto. La reforma constitucional ha ampliado el elenco de los derechos enumerados en el texto constitucional por vía de la jerarquización del Derecho internacional de los derechos humanos (arg. Art. 75, Inc. 22), haciendo que, hoy por hoy, el sistema jurídico constitucional federal de la Argentina disponga de reglas que reconocen expresamente las tres generaciones de derechos: los derechos de primera generación (civiles y políticos), los derechos de segunda generación (sociales, culturales y económicos) y los derechos de tercera generación, que incluyen el derecho a la paz, a la cultura, a un medioambiente sano y a la juridicidad constitucional. No obstante, tal generalización no es extensible a las garantías respectivas, las que, comparadas con la declamación de derechos subjetivos, han quedado a mitad de camino.

En el orden instaurado por el sistema jurídico constitucional argentino, las personas, y excepcionalmente grupos de personas, o sea, quienes integran la población del Estado, son quienes titularizan activamente los derechos fundamentales, de fuente o jerarquía constitucional.

B. Los deberes u obligaciones

Plantear la existencia de derechos fundamentales significa definir, al mismo tiempo, la existencia de deberes u obligaciones que nacen por el establecimiento de una constitución.

Las obligaciones o deberes se encuentran tanto a cargo del Estado como de los ciudadanos y/o habitantes. No se penetra aquí en la clasificación, en sí misma, ni en la descripción detallada de los deberes fundamentales. Sin embargo, son susceptibles de ser clasificados en función del sujeto, del objeto, de la naturaleza o del enunciado⁶².

La primera y principal obligación constitucional consiste en su simple y liso acatamiento. Por todos: ciudadanos y servidores se encuentran obligados por el Derecho constitucional que emana de la constitución. En el

⁶¹ V. Leibniz, Gottfried, *Escritos filosóficos*, Buenos Aires, Editorial Carcas, 1982, p. 370.

⁶² Sagüés, Néstor, *Manual de Derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 2007, p. 929.

caso de la Argentina, a nivel federal, así surge del juego de los artículos 31 (ley suprema de la Nación) y 19 (debe respetarse el orden jurídico: ningún habitante se encuentra obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe; ergo –cae de maduro–, correctamente puede inferirse la imperatividad para lo ordenado). El rasgo dominante de la CFA es su normatividad; su obligatorio y leal acatamiento, por la autoridad gubernativa y los ciudadanos, resulta inherente a su propia concepción. No tendría sentido una constitución que no fuese normativa, desde que la constitución organiza la convivencia comunitaria. Por eso, la autoridad de la CFA, su acatamiento, es porque se yergue sobre ciudadanos y servidores públicos. La autoridad de la CFA, como se afirma, implica la extensa y acabada obligación de cumplirla. Además, el nuevo artículo 36 constitucional –introducido en 1994– refuerza la narración porque, al fijarse como regla de oro que la CFA “mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático”, sin claudicar y con transparencia, se consagra positivamente la propia autoridad de la Constitución federal en el propio texto.

Se observan deberes fundamentales del ciudadano y/o habitante. Una contemplación abierta, en este caso del artículo 5 de la CFA (obligación de los entes autónomos de dictar una constitución, que, entre otros estados de cosas, asegure la educación primaria), descubriría, además, que existe una segunda obligación básica: acceder a la educación primaria. Constituye también un tercer deber constitucional el sufragar. Elegir un candidato o no elegir un candidato para cargo público electivo. La CFA no es indolente: obliga a participar al ciudadano y de allí se deriva que quedará sometido al orden jurídico que él mismo por derecho propio y en nimia medida construye con su propio poder electoral, según dispone el artículo 37 constitucional.

Un cuarto deber es casi natural: hay que contribuir al sostenimiento y desarrollo de un Estado; se trata de obligación de primer orden, porque sin tributos no hay Estado. El deber de tributar, entre otras normas, se encuentra previsto en los artículos 4, 16 y 75, inciso 2 de la CFA. El artículo 21 establece la obligación de armarse en defensa de la propia CFA.

Los deberes fundamentales, en el marco propuesto, al igual que los derechos fundamentales, no son absolutos, porque así lo dispone el artículo 28 constitucional. En paralelo, el reconocimiento de los derechos fundamentales configura deberes correlativos en cada persona y en el propio Estado: respetar el derecho fundamental de otro u otros sujetos.

En resumen: no hay contradicción entre derechos y deberes

fundamentales. Los deberes que se individualizan para el ciudadano son básicamente de educación, de tributación, de armarse y de votar.

Llegan “obligaciones fundamentales”, que tienen jerarquía constitucional desde: a) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículos 29 a 38; b) la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 32, y c) la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículos 1 y 29.

El Estado, por su parte, tiene infinidad de obligaciones: la primera es que los integrantes de los poderes cumplan su tarea racionalmente, según mandan los artículos 1 y 28 constitucionales. La racionalidad, por cierto, se empalma con la ausencia de contradicción interna y externa en cada uno de sus actos. Además, todo el Derecho internacional de los derechos humanos, en las condiciones de su vigencia y con jerarquía constitucional, dispone múltiples formas y mecanismos de deberes y obligaciones por parte de los Estados. Al respecto, se elige como síntesis de esta formulación el enunciado normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

Artículo 1. Obligación de respetar los derechos.

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

5. *El poder y su control*

Por amor a la claridad, se advierte que el término “poder” condensa varios significados. En un sentido, se refiere a la clase de actos de quienes ejercen funciones estatales con competencia delimitada; así,

el presidente tiene poder al administrar la república; los legisladores, al crear normas de alcance general, y los jueces, al resolver conflictos, porque su principal atención consiste en sostener el sistema jurídico en su unidad y coherencia. En una segunda orientación, “poder” se refiere al órgano del Estado que ejerce la potestad o competencia, los poderes constituidos: poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial. Para evitar confusiones, de ahora en adelante, en principio, la expresión es usada en el segundo sentido, aludiendo a la función que denota una actividad: aquella que dispone de la fuerza indispensable para realizar los actos cotidianos, ordinarios, que exige la gobernabilidad del Estado. No es un poder “desnudo”, es decir, como aquel fundado en la tradición y el simple asentimiento. Se trata de un poder que puede ser definido “como la producción de efectos deseados”⁶³.

La división de los poderes estatales tiene por inocultable finalidad contribuir a la consecución de lo que cotidianamente parece imposible, o digno de una de las más fantásticas de las utopías: someter el poder al cumplimiento de reglas de juego jurídicas preestablecidas. Se trata de impedir la concentración de los poderes. El fraccionamiento del poder del Estado era –y es– un formidable escudo de protección para la libertad de los habitantes.

La distribución del poder genera la aparición de departamentos gubernativos distintos, a quienes se encarga la formación de la voluntad estatal. La técnica utilizada por los redactores de la Constitución federal de la Argentina –se insiste–, en el plano estrictamente normativo, era uno de los antídotos más eficaces que se conocían a mediados del siglo XIX para evitar la concentración del poder y asegurar cierto espacio para la libertad de las personas. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el siglo XIX, invariablemente ha sostenido que es una regla elemental de nuestro Derecho público que cada uno de los tres altos poderes (legislativo, ejecutivo y judicial) que forman el Gobierno Federal aplica e interpreta la Constitución federal por sí mismo, cuando ejercita las facultades que ella le confiere y asienta⁶⁴.

La orientación jurídica del Estado es la federal. Significa la partición vertical del poder: los entes autónomos (veintitrés provincias y la Ciudad de Buenos Aires) y el Estado federal. Los entes autónomos conservan todo el poder no delegado por la CFA al Estado; básicamente, el federalismo

⁶³ V. Russell, Bertrand, “Las formas del poder”, en *El poder en los hombres y en los pueblos*, Buenos Aires, Losada, 1960, pp. 36-37.

⁶⁴ “Joaquín M. Cullen v. Baldomero Llerena”, CSJN, Fallos, 53:420, resuelto el 7/9/1883, suscripto por Benjamín Paz, Ariel Bazán, Octavio Bunge y Juan Torrent.

es organizado a partir del detalle normativo anclado, de modo expreso o implícito, en los contenidos de los siguientes artículos constitucionales: 1 a 13, 23, 25, 26, 27, 29, 31, 32, 33, 34, 44, 45, 54, 75 y 121 a 129. No existe la posibilidad de secesión. La igualdad es la regla para la configuración de la forma federal.

La forma de gobierno adoptada es la republicana. Significa la partición horizontal del poder: asignación de potestades o competencias estrictamente delimitadas en tres departamentos; además de un Ministerio Público encargado de promover la defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la república.

Condición elemental para el ejercicio de la función republicana es la idoneidad.

La atribución de competencias comporta la existencia de zonas de reserva, o mejor dicho: potestades específicamente descritas, que no deben ni pueden ser invadidas por otro órgano, so pena de sanción. Ciertamente: existen ámbitos de competencias concurrentes, por ejemplo, la formación de la ley, que es un acto entre el órgano Congreso y el órgano ejecutivo, pero, aun en dicho caso, cada órgano tiene una competencia propiamente asignada e indelegable.

La república es objeto de definición o descripción o referencia implícita, entre otros, en los artículos constitucionales 1, 5, 6, 13, 15, 16, 18, 19, 22, 28, 36, 37, 38, 44 a 84, 87 a 120. La elección, antecedida por la deliberación, es la regla para la configuración de la república.

6. *La reforma*

La función propia del poder constituyente es la de configurar e instaurar la Constitución. De ella brota el Derecho constitucional.

El poder de cambiar la constitución, generalmente sometido a reglas de competencia prefijadas, es un poder político porque provoca variaciones en la Constitución federal.

La reforma de la Constitución, por expansión o contracción o revisión de las normas, genera una nueva combinación de enunciados normativos y no normativos, cuya combinación constituye precisamente el objeto Derecho constitucional.

Sobre la dimensión de la reforma, es la propia Constitución federal la que contiene dos enunciados básicos. Recuérdese, en primer lugar, como ilustra el preámbulo, que fueron los representantes del pueblo argentino los que la ordenaron, la decretaron y la establecieron. El valor de verdad de esta proposición, que desempeña un papel clave en el sistema

constitucional argentino, jamás fue desmentido pero sí quebrantado. Por eso, de acuerdo con esta caracterización, sin mayores esfuerzos puede decirse que, si la constitución política estatal es la decisión del pueblo, la reforma también debe serlo. Ergo, el plan constitucional debe ser decidido por su creador: el cuerpo electoral.

Ordenar, decretar y establecer una constitución –como dice el preámbulo de la CFA– no prohíbe que “otra” ley mayor pueda, en el futuro, también ser establecida. Si sólo el poder del pueblo crea el sistema constitucional que organiza al Estado, cabe especular que, cuando se aparta de tal función instrumental, el Derecho constitucional deja de ser la razón que reglamenta la fuerza, pasando a ser el poder coactivo mismo. La Constitución federal es un esfuerzo por contener al poder; cuando desaparece la distinción, se desvanece la idea de que el poder público es ejercido por el pueblo por intermedio del sufragio.

En segundo lugar, es el poder de reforma constitucional y su propio contenido el que puede generar un nuevo punto de llegada. Se trata de una cuestión intrínsecamente política: la creación de la norma mayor. Esta puerta es abierta por el artículo 30 de la Ley Mayor: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

Tal como se encuentra diseñado por el artículo 30 constitucional, y en conexión con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos humanos, el proceso constituyente consta de tres etapas: a) iniciación; b) deliberación pública y elección⁶⁵, y c) producción constituyente: creación constitucional.

Una reforma constitucional es la que produce un cambio en el contenido del sistema, pero no produce la destrucción del preexistente, al mantener la continuidad.

La Constitución federal no es eterna sino tan sólo permanente. Porque

⁶⁵ A partir de la reforma de 1994, el Art. 23 de la CADH goza de jerarquía constitucional. En la obra *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, México D.F., Porrúa, 2007, concretamente en las pp. 404-410, justifico las razones por las que se considera obligatorio presentar al cuerpo electoral, con carácter previo, la naturaleza y contenido de los temas constitucionales que pretenderían ser objeto de cambio. Se dispone específicamente en el citado artículo: “Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

ninguna ley existe de esa entidad o naturaleza. La Constitución federal no alienta el reposo. Tampoco detiene el cambio político. Específicamente instituye una suerte de conversación entre generaciones que no se han conocido y probablemente no se conocerán. Pienso que ésta, y no otra, es la forma más persuasiva y la que mejor sirve para explicar la forma de obligar de la Ley Mayor y sus posibilidades de cambio.

V. Mecanismos garantistas⁶⁶

1. Diseño

En línea con lo expresado en la sección III, se postula que la constitución es ley mayor del sistema jurídico, a condición de que su vulneración no quede como mera práctica antinormativa. La fuerza normativa de la constitución depende centralmente de la planificación de sus propias garantías.

Se contempla a las garantías, en sentido amplio, como el mecanismo⁶⁷ con mayor aptitud para procesar las pretensiones de vigencia de las normas de la constitución. Constituyen un mecanismo del sistema constitucional porque se integra, precisamente, con los procesos internos que la hacen funcionar. No obstante, las formas y cualidades de cada una de ellas es tan disímil como la constitución misma y, por ende, diversa como es la diversidad de sistemas constitucionales existentes en los Estados que las regulan.

La constitución escrita del Estado es un modelo que, naturalmente, como es dable esperar de toda obra humana, experimentará en su desarrollo intentos de modificación, quebrantamiento o transgresiones. Se asevera: la constitución del Estado democrático vale o valdrá lo que valen o valdrían sus garantías. Ni más, ni menos.

Las garantías constitucionales son un mecanismo cabal, es decir: procesos previstos por el propio sistema para perseguir la instrumentación de su autodefensa, la concreta posibilidad de su realización integral.

Defender, tutelar, guardar, en fin, mantener indemne a la constitución consiste en protegerla contra las transgresiones o tentativas de quebrantamiento, por actos u omisiones que, paradoja o no, especialmente pueden provenir de las autoridades a cargo de los poderes constituidos del Estado designadas para hacer cumplir sus normas. Cuando se produce

⁶⁶ En la Adenda 2, sección VIII, el lector, si lo desea, puede acudir al esquema de lo expuesto en esta sección, en un modelo para armar una teoría garantista del sistema constitucional federal argentino.

⁶⁷ Enseña el maestro Mario Bunge que un mecanismo es "cualquier proceso que hace que un objeto complejo funcione". V. *Emergencia y convergencia. Novedad cualitativa y unidad del conocimiento*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 45-60.

una violación del orden estipulado por el sistema de la constitución, por regla general, serán las garantías constitucionales las herramientas específicas que pueden ser empleadas para intentar restaurar y desarrollar su fuerza normativa.

El bloque garantista, directamente encastrado en la constitución, debe tener, pues, por lo menos dos finalidades bien definidas: la primera, proteger y satisfacer los derechos fundamentales; y la segunda, asegurar las formas jurídicas y políticas del Estado y su sistema de gobierno. De dicha concepción se deriva la posibilidad de formulación del siguiente elenco de garantías constitucionales: a) garantías de la constitución; b) garantías de los derechos fundamentales; c) garantía orgánica del Defensor del Pueblo; y d) garantía de acceso a la jurisdicción supranacional.

Se colige entonces que:

Primero. Las garantías constitucionales son garantías de la constitución cuando son previstas para defender el sistema jurídico que ella organiza. La constitución se las confiere a sí misma para asegurar su jerarquía y primacía dentro del sistema jurídico estatal. Así, la constitución genera su propia garantía de inmanencia.

Segundo. También, cabe hablar con propiedad de garantías constitucionales, cuando se alude a los mecanismos específicamente diseñados para garantizar o respaldar la vigencia de los derechos fundamentales, es decir, cuando son estipuladas para la reparación o satisfacción de los derechos individuales, grupales o colectivos a los que el texto normativo constitucional confiere reconocimiento.

Tercero: la garantía del Defensor del Pueblo, que es orgánica.

Cuarto: cabe agregar la garantía de acceso a la jurisdicción supraestatal para la defensa de los derechos fundamentales.

Seguidamente, se puede leer una descripción mínima y una posición de cada una de las cuatro garantías y las subespecies que contienen.

2. A. Garantías de la constitución

Por lo menos desde fines del siglo XVIII en adelante, se ha aspirado en muchos Estados a que el mundo político quedara sometido al Derecho. La herramienta paradigmática para llevar a cabo tal operación ha sido la constitución.

Si se está de acuerdo en que la constitución es una herramienta convencional de la cual se sirve el hombre racionalmente para facilitar la coexistencia y convivencia en paz, la actividad de las autoridades no puede ser otra que respetar y dar vida a cada una de las prescripciones del contrato político original. Bajo garantías de la constitución, en

significación amplísima, se puede encerrar la idea que postula que las decisiones políticas se elaboren y ejecuten en virtud del marco que estatuye la constitución, y no contrariamente. Cuando se alude a este costado de su significación, se piensa en verdaderas garantías políticas que se da la propia constitución.

El examen del sistema constitucional federal de la Argentina permite la siguiente ilustración de los mecanismos que componen el subsistema denominado garantías de la constitución:

- (i) División horizontal (republicanismo) y vertical (federalismo y municipalismo) de las tareas de los poderes⁶⁸;
- (ii) Proceso de reforma constitucional;
- (iii) Emergencias y autodefensa constitucional⁶⁹;
- (iv) Desarrollo progresivo de los derechos fundamentales por intermedio de la reglamentación a cargo del Congreso⁷⁰;
- (v) Estándar de racionalidad, mínimo aceptable, y función republicana⁷¹;
- (vi) Control del Congreso⁷².

El repertorio de garantías de la constitución muestra que se trata de limitaciones al margen de actuación de los poderes constituidos. Se trata, pues, de garantías cuyos destinatarios no son, directa y específicamente, las personas o grupos de personas, aunque por supuesto pueden involucrarlas.

A bis. Entreacto. Interpretación y control judicial de la constitucionalidad
Una constitución jurisdiccionalmente garantizada es, presumiblemente, el paradigma de las garantías de la constitución.
La garantía jurisdiccional de la constitución, o control o revisión de

⁶⁸ La separación, la distribución y el equilibrio de las funciones de los poderes del Estado, con la finalidad exclusiva de limitar el poder, es una clave de la CF.

⁶⁹ El plan de emergencias básico del Derecho Constitucional del poder: a) declaración del estado de sitio, *cfr.* arg. Arts. 23 y 75, Inc. 29, de la CF; b) intervención federal a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, *cfr.* arg. Arts. 5 y 75, Inc. 31 de la CF; c) también cabe incluir en esta dimensión garantista del derecho de la constitución a las fórmulas normativas que reglan "la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza que intente interrumpir su vigencia", como así también, la consagración expresa del derecho de resistencia de la ciudadanía contra quienes atentaren en su contra (v. en este sentido, por ejemplo, Art. 36 de la CF).

⁷⁰ Comportan igualmente una garantía de la constitución, bajo la óptica desde la cual se viene describiendo en este apartado, las reglas constitucionales que aseguran que la zona periférica de los derechos fundamentales será reglamentada, si fuere necesario, exclusivamente por ley emanada del órgano legislativo. Así, por ejemplo, las atribuciones legislativas que la Constitución federal de la Argentina confiere al Congreso en los Arts. 75, 28 y concordantes de su propio texto.

⁷¹ Los principios que estipulan y precisan un ejercicio racionalmente justificable de los poderes del Estado, exigiendo un mínimo estándar de razonabilidad en los actos u omisiones de funcionarios a cargo de las distintas ramas del gobierno republicano (Arts. 1, 28 y 33 de la CF).

⁷² La distinta gama de controles políticos del Congreso se encuentra prescripta en la Constitución federal de la República Argentina en los Arts. 53, 59 y 60; 99, Inc. 3, y 11; 75, Inc. 8, 22, 25, 26, 21; 29; 31; 32; 71; 104; 101; 83; 76 y 100, Inc. 12. A cargo exclusivo del Senado: Art. 99, Inc. 4, 7 y 19.

constitucionalidad de la normativa y actividad infraconstitucional, es el mecanismo para garantizar que la constitución se mantenga como la norma mayor del sistema. Además, la garantía jurisdiccional posibilita al Estado que, por su intermedio, pueda asegurar la estructura jerárquica de su sistema jurídico.

La garantía jurisdiccional de la constitución merece ser encuadrada tanto en el plano de las garantías de la constitución como en el de las garantías constitucionales para la defensa de los derechos constitucionales en particular, porque siempre tiene que ser estimulada por una parte dentro de un proceso, y la decisión se encuentra a cargo de un juez o tribunal.

El sistema federal argentino de control de constitucionalidad –capítulo medular de la interpretación judicial– surge de la realización de lo prescripto por los artículos 1, 18, 19, 21, 31, 33, 43 y 116 de la CF.

B. Garantías de los derechos fundamentales

Las garantías de los derechos fundamentales son el mecanismo por excelencia para dotar de efectividad a los derechos y/o al normal desenvolvimiento de la vida constitucional. Su naturaleza es reactiva o defensiva porque operan en caso de vulneración o amenaza de lesión de un derecho fundamental o del estatuto de los poderes. Acudir a ellos significa intentar obtener, por su intermedio, la preservación del derecho o el reestablecimiento del equilibrio de los poderes.

Se enumeran, sin taxatividad:

- (i) La garantía de acceso a la jurisdicción: el debido proceso legal (Arts. 17 y 18 de la CF), en protección de la vida, la libertad, la igualdad, el ambiente, la propiedad y otros.
- (ii) Acción constitucional de amparo (Arts. 43 de la CF y 25 de la CADH);
- (iii) Acción constitucional de hábeas data (Art. 43 de la CF).
- (iv) Acción constitucional de hábeas corpus (Art. 43 de la CF).
- (v) Acción popular en defensa de la juridicidad constitucional (Art. 33 de la CF).
- (vi) Institucionalización del *amicus curiae* (art. 33 de la CF).
- (vii) Inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia y de los papeles privados.
- (viii) Jueces naturales. Prohibición de comisiones especiales. Prohibición de la confesión coercitiva (Art. 18 de la CF).
- (ix) Excepciones de inconstitucionalidad: planteo que puede realizarse en cualquier tipo de proceso, indicándose la colisión de una disposición con la constitución o la interpretación de una regla de ésta; en hipótesis muy reducidas opera por vía directa, a tono con lo previsto por el artículo 322

de la Ley Procesal Civil y Comercial.

(x) Recursos (extraordinario federal); es decir, el artículo 14 de la ley 48; basado en el artículo 31 de la CF.

(xi) Garantías específicas dentro del proceso penal⁷³.

C. La garantía orgánica para la defensa de los derechos fundamentales

La reforma constitucional de 1994 confirió estatus constitucional al Defensor del Pueblo, en el artículo 86 de la CF. El propio poder constituyente adoptó la decisión de prever la defensa institucional de los derechos fundamentales que la Constitución federal de la Argentina organiza y confiere, en los términos fijados en la norma.

D. Garantía supraestatal para la defensa de los derechos fundamentales estatuidos por el Derecho de la constitución

En el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –CADH– se estipula que cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la organización, puede presentar a la CIDH peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de las reglas jurídicas de la Convención por un Estado Parte⁷⁴.

La lectura del texto de la CADH no deja dudas: sus reglas son una garantía para la defensa de los derechos constitucionales al permitir la apertura y desenvolvimiento de la jurisdicción, también de naturaleza supraestatal.

⁷³ Entre ellas pueden descubrirse: a) Principios de legalidad y máxima taxatividad en materia penal. Irretroactividad de la ley penal. Retroactividad de la ley penal más benigna. Información del hecho imputado; b) Presunción de inocencia; c) Condiciones para la validez de la confesión del imputado. Inmunidad de la declaración del imputado; d) Libertad provisional: excarcelación y eximición de prisión; e) Defensa técnica: comunicación entre el inculcado y su defensor; f) Detención de personas, principio general: arresto sólo por orden judicial escrita; g) Publicidad del proceso penal; h) Peculiaridades del derecho de defensa y debido proceso: garantía de la doble instancia para recurrir el fallo ante juez o Tribunal Superior. Garantía a la asistencia letrada en proceso penal; i) Indemnización por indebida privación de libertad; j) *Non bis in idem* o garantía contra el doble juzgamiento; k) Derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de libertad que puede comportar el enjuiciamiento penal; l) Garantías constitucionales para la ejecución de la pena: cárceles sanas y limpias; prohibición de la pena de muerte; prohibición de tormentos, azotes y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (*cf. arg. Arts. 1, 18, 19, 28 y 33 de la CF y 7, 8, 9 y 10 de la CADH y 9, 10, 11, 14 y 15 del PIDCyP*).

⁷⁴ Agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 de la Convención, y de no llegarse a una solución amistosa y demás recaudos procedimentales allí previstos, sólo la Comisión tiene derecho a someter el caso a la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Del juego de los artículos 63 y 67 de la Convención, surge que en el fallo que deba emitir la CIDH, que será definitivo e inapelable, el tribunal se encuentra autorizado para decidir si, en el caso que le sea sometido, hubo o no violación de un derecho o libertad protegido por la Convención. Si lo hubo, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, disponiendo asimismo si fuere procedente que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. El artículo 68 dispone que los Estados Parte se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Luego de la reforma de 1994, la jurisdicción constitucional en materia de protección de los derechos fundamentales ha dejado de pertenecer exclusivamente al Estado argentino, en razón de que puede acudir a la jurisdicción supranacional para perseguir la restauración de una regla jurídica tutelada por la CADH. Tal hipótesis no es ni habitual ni ordinaria y sólo procede, además, una vez que se encuentran reunidos una serie de rigurosos recaudos, entre los que ocupa el primer rango el de la interposición y agotamiento de los recursos previstos al respecto por la esfera jurisdiccional estatal, conforme a los principios del Derecho internacional generalmente reconocidos.

Por otro lado, en el artículo 64 de la CADH se contempla la posibilidad de que un Estado miembro consulte a la Corte Interamericana acerca de la interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos, o acerca de la compatibilidad entre cualquiera de las leyes internas del Estado y los mencionados instrumentos internacionales. Las respuestas a dichas consultas son las “opiniones consultivas”. Entiendo, por lo tanto, que cuando un Estado Parte de la Convención formula el pedido para que la Corte Interamericana emita una opinión consultiva, está garantizando o intentando garantizar la coherencia de su sistema jurídico con el sistema regional protectorio de los derechos humanos. Podría entenderse que estas respuestas del tribunal tendrían aptitud para operar como una suerte de garantía de la constitución de fuente estatal, conforme son éstos descriptos *ut supra* (punto V.2.A).

VI. Clausura

Uno. En las líneas anteriores se cumple un firme propósito: la comprensión fáctica y la comprensión normativa de la constitución. Giran sobre nosotros las alternativas, porque ninguna cosa o estado de cosas en el mundo puede ser una norma y no ser al mismo tiempo una norma para pasar a ser, o convertirse en, un hecho, o viceversa. Las constituciones nacen y se desarrollan como fácticas o normativas. No creo que exista debate de carácter abstracto que supere el marco de referencia. Con alivio se puede afirmar que no hay existentes mundanos, cuya entidad fuese hecho y norma o viceversa, en el mismo tiempo y espacio.

Mis notas registran los dos enfoques. La finalidad de los pensamientos presentados, especialmente en la sección II –como se dijo mucho antes de ahora– es única: servir para pensar. Retratar, pues, con la mayor fidelidad la distinción entre hecho y norma en las diferentes concepciones.

Dos. La constitución nace, en general, dando forma a una realidad política y económica que la precede. Organiza fundamentalmente al Estado, nutre su dirección política y decide la unidad jurídica. Que casi todos los Estados tengan una constitución escrita permite trazar semejanzas y hasta identidades normativas. Sin embargo, la peculiar forma de ordenar de cada norma es invariable y solamente realizable en un determinado contexto espacial y temporal.

Tres. La constitución como norma se encuentra inserta, siempre, en un “contexto de cultura”⁷⁵. Cultura significa lo creado por el hombre, en contraposición a la naturaleza. Ciertamente, “contexto” es un concepto puente porque tiene relevancia para concretar la significación de norma, desde el mismo momento que obliga a incluir, en el propio significado, todo lo que la rodea, es decir: el entorno del sistema.

Cuatro. La constitución no es una creación divina del mundo. Se trata de una modesta y limitada invención humana. Probablemente, la mejor que se conoce, hasta ahora, para robustecer la ciudadanía y organizar el poder comunitario. Hecha por hombres y para hombres que, con sus ilusiones exageradas y detallistas, muchas veces, intentan vanamente por medio de fórmulas normativas encerrar todo el porvenir, o peor todavía: deducirlo.

Cinco. El mundo constitucional es un cosmos jurídico que fundamenta la organización estatal. El ciudadano es el sujeto central, porque precisamente él es la medida de las cosas⁷⁶. La asociación de ciudadanos, la elevación a la enésima potencia del poder individual, sigue consistiendo en la concurrencia a un contrato. Constitución o contrato son palabras equivalentes, porque son la forma de la organización pactada por intermedio de la libertad de cada uno de los ciudadanos, que no todos disponen y pueden ejercer por igual.

Seis. Puesta la constitución, su significado se desenvuelve entre la lealtad a la redacción originaria, la actualización de su campo semántico y la estipulación de la necesidad de su cambio.

Siete. Este relato es reducible, quizá, a una fórmula: la constitución y su contemplación como norma, en la peculiar comprensión de las partes y mecanismos de la CFA, que hacen a su forma de obligar a los ciudadanos y al poder estatal.

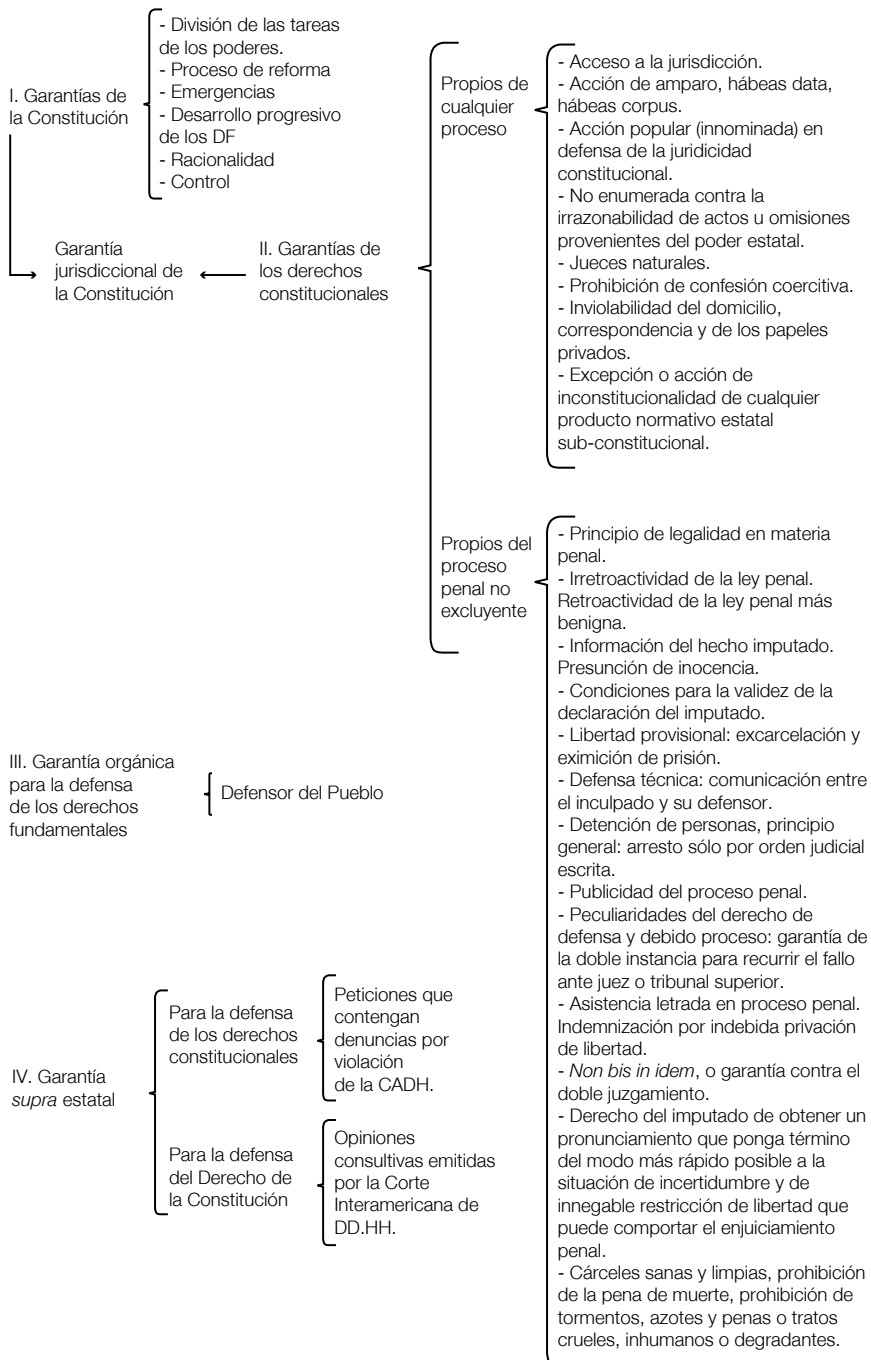
⁷⁵ V. Häberle, Peter: “La constitución en el contexto”, *Anuario Iberoamericano de Justicia constitucional*, nº 7, Madrid, 2003, pp. 223-245.

⁷⁶ En sentido semejante al atribuido a Protágoras: el hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en cuanto que son y de las que no son en cuanto que no son, entendiéndose por “medida” la norma y por “cosas” lo real; de forma que él podría decir que el hombre es la norma de todo lo real, de lo que es en cuanto que es y de lo que no es en cuanto que no es. V. *Protágoras y Gorgias: Fragmentos y testimonios*, Buenos Aires, Hyspámerica, 1980, p. 51.

VII. Adenda 1: Partes de la Constitución Federal Argentina

1) Simples declaraciones	2) Derechos fundamentales Deberes	3) Poderes del Estado Autoridad		4) Reforma
<ul style="list-style-type: none"> - Preámbulo - Disposición transitoria: soberanía sobre las Islas Malvinas y otras 	<ul style="list-style-type: none"> - Pueden ser clasificados con relación a su titularidad, contenido, constancia, nacimiento, fuente. 	<ul style="list-style-type: none"> - Congreso: creación de legislación y control - Ejecutivo: liderazgo - Judicial: resolución de conflictos - Ministerio público 	<ul style="list-style-type: none"> - Conservan atribuciones no delegadas - Dictan su constitución 	<ul style="list-style-type: none"> - Puede consistir en la expansión, la contracción o la revisión de las normas
<p>Enunciados no normativos</p> <p>Tienen prescriptividad indirecta</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Significan razones de peso o líneas de acción Libertad 	<ul style="list-style-type: none"> - Producción de efectos deseados sobre los hombres - Se lo reparte horizontalmente (república) y verticalmente (federal) 	<p>Gobierno de las Provs. y de la CABA</p>	<p>Cambio formalizado</p>

VIII. Adenda 2: Garantías constitucionales



Julio B.J. Maier

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba). Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología y Director del Departamento de Graduados de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Titular Consulto de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros, el último se titula *Crítica de la razón impura o Crónica de la sinrazón pura* (Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010). Desde el 11 de diciembre de 1998 hasta el 1 de octubre de 2009 ejerció como Juez del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Eugenio Raúl Zaffaroni

Abogado (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral). Profesor Emérito de la UBA. Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires. Desde 2003 es juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ha sido distinguido con más de 20 doctorados *honoris causa* en diversas universidades nacionales y extranjeras. Director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la UBA. Autor de una veintena de libros y más de 200 artículos sobre derecho penal, criminología, derecho constitucional, filosofía jurídica y política, publicados en la Argentina, Latinoamérica y Europa. Su última obra se titula *La pachamama y el humano*, Colihue, 2011.

Peter Häberle

Doctor en Derecho por la Universidad de Friburgo. Catedrático en las Universidades de Friburgo, Mannheim, Marburgo y Bochum. Catedrático de Derecho Público, Filosofía del Derecho y Derecho Eclesiástico en la Universidad de Bayreuth (Alemania), donde ejerce actualmente sus tareas docentes e investigadoras. Publicó más de 50 libros sobre Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Filosofía del Derecho y temas afines y cerca de mil artículos, ensayos y notas en libros colectivos, revistas y periódicos de Alemania y del extranjero. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Buenos Aires y Miembro del Círculo Doxa de la Ciudad de Buenos Aires.

Diego Alberto Dolabjian

Abogado y profesor adjunto (interino) de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la UBA. Integrante de distintos proyectos académicos y autor de diversos artículos sobre Derecho Constitucional. Asesor Jurídico de la Subsecretaría de Protección de Derechos Humanos de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Raúl Gustavo Ferreyra

Abogado y Doctor en Derecho (Facultad de Derecho-UBA). Subdirector del Departamento de Derecho Público I, Profesor Titular de Derecho Constitucional y Profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Investigador del Instituto de Investigaciones "Ambrosio Lucas Gioja" de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó 7 libros (el último se titula *Constituição e direitos fundamentais: um enfoque sobre o mundo do direito*, Porto Alegre, 2012) y más de cincuenta artículos sobre Derecho Constitucional en diversas publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas. Conferencista, disertante y panelista. Abogado con ejercicio ininterrumpido ante los tribunales de la República Argentina desde 1984. Desde 1999 es Consultor de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires