

contextos

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

Julio B. J.
Maier

El control abstracto de Constitucionalidad. | Pág. 8
El Derecho Contravencional como Derecho Administrativo
Sancionatorio. | Pág. 21

Raúl Gustavo
Ferreya

El Derecho, la razón de la fuerza. Sobre la Constitución y los Derechos
Fundamentales. | Pág. 40

Pablo Marcelo
Corradini

La expresión “No derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta
Constitución”, contenida en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución
Nacional: ¿Un posible freno al avance de los Derechos Humanos en la
Argentina? | Pág. 62



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Dra. Alicia Pierini

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

Venezuela 842

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.

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

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

Maier, Julio B.J.

Contextos : publicación del seminario de derecho público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires / Julio B.J. Maier ; Raúl Gustavo Ferreyra ; Pablo Marcelo Corradini. - 1a ed. - Buenos Aires : Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.

92 p. ; 225x160 cm.

ISBN 978-987-25058-9-9

1. Derecho Público. I. Ferreyra, Raúl Gustavo II. Corradini, Pablo Marcelo. III. Título.
CDD 342

Fecha de catalogación: 17/09/2010

contextos

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

Directora honoraria: Alicia Pierini

Director académico: Raúl Gustavo Ferreyra

Secretario académico: Ricardo Dios

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.

DEL *NUNCA MÁS* AL *AHORA MÁS*

Por la doctora Alicia Pierini (*)

Hace varios años, cuando estaba coordinando una mesa de diálogo y formación en Derechos Humanos con un grupo de oficiales de la Policía Federal Argentina, insinué que para hacer cumplir la ley había que contar con personal más capacitado en los principios fundamentales del derecho y de los Derechos Humanos. La respuesta que recibí fue que los oficiales debían tener, en primer lugar, un perfecto conocimiento de los reglamentos policiales, luego de las leyes y por último, de la Constitución Nacional.

Observando la vida política, veo que muchas decisiones recorren un camino similar: se fundan primero en la coyuntura, luego en el proyecto partidario, y por último –a lo mejor- toman en cuenta el futuro del país.

Es difícil pensar con categorías sistémicas cuando se sobrevalora la porción. Es casi imposible prevenir lo que ocurrirá cuando se vive la abrumadora inmediatez. Y así se van construyendo opciones tácticas que afectan el presente, muchas veces no compatibles con una estrategia de futuro.

En derechos humanos puede ocurrir –y– sucede que una acción resulte brillante en lo inmediato, pero sea generadora de un mal precedente para el futuro, y que lo brillante o exitoso en la coyuntura no sea lo correcto para una estrategia de consolidación democrática que apuesta hacia adelante.

Entonces se abren los interrogantes: ¿Qué es lo correcto? Para la Defensoría del Pueblo, un órgano de protección, promoción y defensa de los derechos humanos, ¿cuál es el camino correcto?, ¿cómo evaluar según la normativa vigente cuándo una demanda es “justa” o “injusta”? Existen normas cuya interpretación puede encaminarse en un sentido u otro, que a veces son insuficientes o que polemizan entre sí. No sólo hay dos bibliotecas en Derecho, a veces hay más.

Para hacer una pausa en la cotidianidad es que ideamos este Seminario de Derecho Público, bajo la profunda mirada académica del constitucio-

nalista Raúl Gustavo Ferreyra. Porque deseamos reflexionar profundamente sobre los valores constitucionales y los conflictos de derechos, analizar las supremacías jurídicas y las diferentes doctrinas que las sustentan, y repensar críticamente las prácticas, incluyendo las propias, de aplicación cotidiana del Derecho. Para evitar que nuestra continua tarea diaria nos esclerose la vocación de justicia convirtiéndonos en burócratas y promover, por el contrario, nuestra aspiración de convertirnos en juristas con una clara visión democrática del Estado.

Defender la brújula de la Doctrina de los Derechos Humanos, en medio de confusiones y tormentas, es parte de la tarea emprendida, así como también, advertir sobre los usos indebidos de la expresión “derechos humanos”, que encierra una concepción demasiado valiosa, con raíces en el dolor de nuestro pueblo y de otros pueblos del mundo.

En la década del 80 proclamamos el *Nunca Más* a las dictaduras y a las masivas violaciones a los derechos humanos. Ha llegado la hora del *Ahora Más*, como afirmación positiva del ejercicio de los derechos humanos en democracia, desde nuestro trabajo cotidiano y con la mirada puesta en el horizonte, para aportar a la construcción estratégica de las instituciones y a la vigencia plena de los derechos.

Nuestro seminario se creó para reflexionar al compás del valioso pensamiento de juristas prestigiosos y perfilar un lenguaje común como parte de nuestra propia construcción institucional. Por ello, nuestro profundo agradecimiento a todos los que nos brindaron desinteresadamente sus saberes, y al doctor Ferreyra, por su enorme paciencia y vocación académica para guiarnos en nuestras zambullidas bibliográficas.

(*) Defensora del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

EL SEMINARIO

Por el doctor Raúl Gustavo Ferreyra (*)

A fines de 2008, la doctora Alicia Pierini planteó la necesidad de ampliar el desarrollo jurídico de los colegas abogadas y abogados que se desempeñan en la Defensoría del Pueblo. Luego de varios proyectos, decidimos comenzar con el formato de un seminario permanente destinado a la lectura y discusión de material normativo, jurisprudencial y dogmático, para conectar la lectura y el debate con las cuestiones de Derecho Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Así, en junio de 2009 se realizó la primera reunión del Seminario Jurídico Permanente de Actualización y Desarrollo de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Para su funcionamiento, se adoptó la observancia de las reglas básicas de los cursos de posgrado de la cuna de casi todos los integrantes del seminario: la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. A partir de entonces y a razón de una reunión por mes comenzó la actividad académica, absolutamente honoraria. Inicialmente se discutieron textos relacionados con la naturaleza y dimensión de los derechos fundamentales y su realización ciudadana o por intermedio de los poderes del Estado. En setiembre de 2009 se desarrolló una reunión académica extraordinaria que contó con la presencia del maestro Eugenio Raúl Zaffaroni, y allí se intentó retratar los rasgos básicos de uno de los debates más filosóficos del siglo XX, el producido entre Hans Kelsen y Carl Schmitt. El respaldo activo y el protagonismo del doctor Zaffaroni nos hizo ver que se caminaba a paso firme en la senda del diálogo crítico.

Durante 2010, la presencia de académicos notables se ha acentuado. El maestro Julio Maier, convocado también durante una reunión extraordinaria del seminario, dio una nueva lección sobre Derecho Procesal Penal. Más tarde, María Laura Clérico también disertó en torno a las limitaciones y restricciones de los derechos fundamentales y el examen de proporcionalidad. Ana Florencia Salvatelli hizo lo propio al hablar sobre la autonomía porteña y su interpretación judicial. Pablo Marcelo Corradini expuso sobre la jerarquía constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pieza clave del Derecho Constitucional de la Argentina a partir de 1994. Y Mary Beloff también nos ha visitado y guiado acerca de la inter-

pretación dogmática y judicial del Derecho del Menor en América Latina.

Hace unos meses se planteó en el seno del seminario la discusión sobre la necesidad de una publicación. Así nació *Contextos*, a partir de este momento nuestra vía de comunicación. El primer número de la flamante publicación incluye dos trabajos inéditos hasta ahora del doctor Julio Maier –a quien agradezco profundamente su aporte–, una contribución del doctor Pablo Corradini que ha recibido la más alta calificación en un curso de postgrado en la Facultad de Derecho de la UBA, y una ponencia escrita por quien suscribe, que constituye un compendio de su enfoque sobre el mundo jurídico.

El doctor Ricardo Dios ha cumplido abnegada y rigurosamente la tarea de secretario académico del seminario. Gracias a su intervención todos sus miembros somos convocados. Nuestro agradecimiento por su generosa y dedicada tarea tanto en la gesta de las reuniones como en la compilación de las producciones escritas.

Una actividad académica contando inicialmente con el apoyo decisivo de los doctores Maier y Zaffaroni –a quienes considero dos de los juristas más distinguidos de Iberoamérica– significó un hecho extremadamente valioso. Por esa razón, nuestro agradecimiento perpetuo. Ahora el lector tiene la palabra. ¡*Contextos* ya es una realidad!

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

EL CONTROL ABSTRACTO DE CONSTITUCIONALIDAD

I. Introducción

El Art. 113, Inc. 2, de la CCABA resulta, a mi juicio, de suma importancia. La facultad allí concedida al TSJ auxilia sobremedida para aclarar la concepción que, en nuestra ley fundamental, presidió la creación del TSJ. En conjunto con las demás instituciones judiciales de la Ciudad permite comprender aquello que se propusieron quienes enhebraron las vértebras del Poder Judicial de la Ciudad. Me refiero a la creación del Consejo de la Magistratura porteño, con sus facultades de gobierno, administración y disciplina de todos los tribunales de la Ciudad –salvo el TSJ–, la atribución al TSJ, en competencia originaria y exclusiva, de la solución del conflicto de poderes y de la tramitación de las acciones emprendidas por la Auditoría General de la Ciudad en cumplimiento de su papel constitucional (CCABA, 113, Inc. 1) y, por fin, en competencia recursiva extraordinaria, la atribución del llamado recurso de inconstitucionalidad (CCABA, 113, Inc. 3) para aquellos casos que versen sobre la interpretación o aplicación de normas pertenecientes a la Constitución. Este haz de facultades concedidas y de facultades ausentes permite perfilar, como veremos al final, una definición institucional del TSJ, incluso en comparación con tribunales semejantes de las provincias argentinas y del orden internacional.

Pero de todas las competencias atribuidas al TSJ y de las ausentes de su competencia se destaca la *acción declarativa de inconstitucionalidad* como la más sugerente política e institucionalmente, más allá del desafío técnico, hoy abordado por la Ley 402, cuya importancia se realza dado el medio en el que la institución se desarrolla, esto es, la compañía de las demás instituciones constitucionales y el carácter general atribuible a la Constitución de la Ciudad¹. La acción declarativa que estudiamos no es desconocida en nuestro país y proviene ya de desarrollos culturales

1 Cf. Said, José, *Acción de inconstitucionalidad*, Revista Jurídica del Centro de Estudiantes, n° 21, año 2001, con un breve pero extraordinario despliegue de su significado.

ajenos que, aun parcialmente, imitamos y con los cuales siempre nos medimos. Sin embargo, esos desarrollos no son idénticos, ya porque no fueron concebidos de idéntica manera, o bien porque el medio en el cual se desarrollaron esos institutos permitió tan sólo el desarrollo de otras características².

En nuestro país merecen destacarse las constituciones más modernas (siglo XX), de las nuevas provincias, por ejemplo, Río Negro (Art. 208), Chubut (Art. 159) y Tierra del Fuego (Art. 175). Con diferencias menores, ellas posibilitan que la reiteración –en ocasiones múltiple– de sentencias adversas a la validez constitucional de una norma de Derecho común, sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia en casos litigiosos concretos, involucre la abrogación, la suspensión de la vigencia de la norma o la facultad de suspender su vigencia, claro precedente de nuestra regla constitucional, aunque derivado del sistema de control difuso. Quizás el precedente más claro y casi sinónimo resulta de la llamada *acción popular de inconstitucionalidad* establecida en la Constitución de la Provincia de Salta, Art. 92, a decidir por el TSJ de la provincia, Art. 159, II, pues allí es clara la autonomía de la acción, la competencia del TSJ, el efecto derogatorio de la sentencia adversa y, quizás, la amplitud de la legitimación para demandar, conforme al nombre del instituto. Pero debe recordarse siempre que los TSJ provinciales son, en principio, tribunales de casación respecto del Derecho común, cuya interpretación, ordinariamente, fenece en la provincia de la que son órgano judicial máximo.

Pero, más allá de estos precedentes nacionales, el instituto de nuestra Constitución procede, para mal o para bien, del genio de Hans Kelsen, quien fue juez y relator del tribunal constitucional austriaco³. Después de la catástrofe que significó en Europa la Segunda Guerra Mundial, varias fueron las constituciones que introdujeron tanto la acción como su tribunal específico. Sin embargo, esos precedentes siempre tuvieron como finalidad la necesidad del Estado de establecer burocráticamente la vigencia firme de normas generales, cuando ella era discutida, con el claro objetivo de proveer a la seguridad jurídica, finalidad que no concuerda con nuestro sistema, establecido en homenaje al *súbdito* del Estado, al sujeto titular de derechos, para defender, básicamente, su derecho a convivir según un modelo social democrático y abierto.

2 Para comprender el hallazgo y el desarrollo del control de constitucionalidad y de la jurisdicción constitucional que le es tributaria, ampliamente, Viturro, Paula, *Sobre el origen y el funcionamiento de los sistemas de control de constitucionalidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; resumidamente, el modelo continental-europeo, Córdoba, Gabriela E., *El control abstracto de constitucionalidad en Alemania*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, n° 1 a 3, p. 23 y ss.

3 Junto al instituido por la Constitución de la República Checa, los primeros en aparecer en Europa continental, allá por el año 1920; cf. Viturro, Paula, ob. cit., 2.2 y 2.3, p. 30 y ss.

II. Las características principales del sistema

La acción de inconstitucionalidad, instituida en la ley fundamental como competencia del TSJ y –reparen– no establecida como derecho ciudadano⁴, resulta reglamentada por la ley 402. Debo decir que tal reglamentación de su ejercicio no altera, al menos en términos generales, la institución incorporada por la ley fundamental de la Ciudad, razón por la cual el sistema que expondré resulta tanto de ella como de la ley reglamentaria citada y, mientras no se discuta la reglamentación conforme a los límites del modelo, se debe entender que aquella es racional.

1. Amplia legitimación para demandar

La característica más sobresaliente de nuestra acción de inconstitucionalidad es, sin duda, la más que amplia legitimación para deducirla⁵. Ella le ha valido, con justicia, el rótulo de *acción popular*, que no surge de la propia Constitución, al menos con una claridad incontestable⁶, sino que, antes bien, es producto del tratamiento procesal que mereció la acción por parte de nuestro legislador, a través de la Ley 402, Art. 18. De allí también su parentesco con el mecanismo previsto por la Constitución de la provincia de Salta para el control popular de constitucionalidad de las normas de alcance general, a pesar de que nuestro constituyente originario, como fue dicho, no incluyó esta herramienta entre los derechos del ciudadano.

Su afirmación como tal ha sido tarea, en primer lugar, del vacío legislativo que, con distinta extensión, debió resolver el TSJ, y, con posterioridad,

4 Como término comparativo utilícese el juicio por jurados de la CN (Arts. 24, 15, Inc. 12, y 118) y la Constitución salteña: en el primer caso, la institución está prevista como derecho ciudadano –además de como modelo legislativo e institución judicial–; en el segundo caso, se trata de una *acción popular* por definición. Ello dice acerca de las posibilidades de la ley reglamentaria de haber optado por otra regulación de esta acción, distinta a la actual que la conforma, pero igualmente racional constitucionalmente (no alterada por la ley que reglamenta su ejercicio).

5 Acerca de detalles y del adjetivo que preside su caracterización, Díaz, Mariana, *La acción declarativa de inconstitucionalidad*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, 3.3, p. 95 y ss.

6 Cuando decidí tratarla de esa manera (cf. *Constitución y Justicia*, Fallos del TSJ Baires, t. I, p. 366 y ss., “Farkas, Roberto y otro”, Expte. n° 7/99, res. 16/9/1999, y t. I, ps. 381 y ss., “Defensoría del Pueblo de la Ciudad”, Expte. n° 18/99, res. 16/9/1999, y t. I, p. 813 y ss., Expte. n° 168/99, res. 29/12/1999), en conjunto con mi colega Ruiz, antes de la sanción de la Ley 402 –competencia y procedimientos del TSJ– me pareció que, a más de principios hermenéuticos en materia jurídica (*ubi lex non distingue, ne noc distingue habemus*), jugaba, en principio, una clara opción política por el sistema europeo-continental del legislador constitucional porteño, en el sentido de aquello que dio en llamarse acción abstracta de inconstitucionalidad, más la definición de democracia participativa de variados textos de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. La ley 402 vino a darnos la razón, aunque, a decir verdad, esta opinión en minoría se diferenciaba bien poco de la opinión de la mayoría que apenas exigía algún interés en la pretensión: bastaba, al parecer, con asumir que el actor estaba dentro del ámbito de aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona (cf. Díaz, ob. cit., p. 98).

labor de la ley que estatuyó sobre su funcionamiento procesal. Tal opción, sin embargo, resulta absolutamente legítima para el legislador común, pues se halla dentro del marco de libertad previsto por la CCABA y coincide con la puesta en marcha de una democracia participativa, finalidad política confesa de nuestra ley fundamental.

Por lo demás, esta característica aparta claramente a nuestra acción de inconstitucionalidad de los sistemas europeo-continenciales que, al reducir la legitimación a ciertos funcionarios de primer orden del Estado, por regla general, conceden a esta acción un tinte burocrático consistente en la necesidad del Estado de acordar certeza y unidad a su sistema jurídico y de consagrar el órgano que, por sobre los demás, proporcionará esa certeza y esa unidad (el llamado *guardián*, *custodio* o *defensor* de la Constitución) a pedido, básicamente, de otros órganos estatales de primer orden⁷.

Por lo contrario, al menos como producto de la regla constitucional y de su reglamentación legal, estamos ubicados más próximos a la concepción de que el control de las reglas comunes de convivencia en relación con las leyes básicas de la organización social corresponde, en primer término, a los ciudadanos. En este sentido, nos aproximamos al constitucionalismo americano, pero con la importante diferencia del sabor *altruista* de nuestro mecanismo de control que, sin dejar de lado el *egoísmo* de quien tiene interés en la derogación de una regla, apto también para pretenderlo, procura extender el beneficio de una decisión de tal envergadura –expulsión de nuestro orden jurídico de una norma objetivamente contraria a la ley fundamental– para aquellos que no lo han demandado (efecto *erga omnes* de la sentencia del TSJ). Vale la pena aquí advertir que este mecanismo funciona entre nosotros sin mácula para el control de constitucionalidad llamado difuso, éste sí de íntegro cuño americano del norte, con lo cual se atiende, al mismo tiempo, al interés lesionado por la norma que se reputa ilegítima o inválida constitucionalmente, en el caso concreto.

2. Competencia del TSJ

Yo creo que el segundo señalamiento en orden de importancia resulta de haber conferido la competencia para esta acción al TSJ –objeto propio del Inc. 2, del Art. 113, CCABA–, al tiempo de desposeerlo de competencia para fijar la aplicación correcta de la ley común, infraconstitucional. En

⁷ Cf. entre nosotros y en este punto Díaz, ob. cit., 1., p. 15 y ss.; Córdoba, ob. cit., 5.1, p. 33 y ss., sobre el sistema alemán.

general, los TSJ de las provincias argentinas son, en principio, tribunales de casación, por ello, interesados en la correcta solución de los casos según el orden jurídico vigente en el territorio del cual deriva su poder, posición que refiere a la interpretación del Derecho común aplicable, aun cuando, en ocasiones, resuelva también conflictos relativos a la ley constitucional. En cambio, si unimos la competencia para esta acción abstracta de inconstitucionalidad, con el recurso de inconstitucionalidad –ambas en conjunto prácticamente el ciento por ciento de casos decididos por el TSJ–, e, incluso, con la encomienda de resolver los conflictos entre poderes del Estado, también una cuestión constitucional, hallamos la idea de la creación de un tribunal constitucional en la Ciudad de Buenos Aires, esto es, la voluntad constituyente de originar un cuerpo de jueces ocupado tan sólo de resolver aquellos problemas y casos en los cuales se debate centralmente la correcta inteligencia de una regla básica, sobre derechos ciudadanos u organización política, anudada a una situación jurídica concreta y particular (es decir, subjetiva) o desde el punto de vista puramente objetivo, sin unión alguna con un caso real. Auxilia esta comprensión del concepto constitucional del TSJ el hecho de que él, pese a la declaración de que integra el Poder Judicial de la Ciudad, no posee atribuciones de gobierno, de administración o de disciplina respecto de los demás tribunales de mérito de la Ciudad.

El TSJ es una pequeña burbuja en sí mismo, con presupuesto propio, administrado por él mismo y con poder disciplinario sólo sobre sus funcionarios y empleados.

Por lo demás, el hecho de haber atribuido todo el control constitucional a jueces, incluso el abstracto que hoy caracterizamos, por intermedio de un procedimiento judicial, habla a las claras acerca de la preferencia del legislador constitucional por una definición jurídica y jurisdiccional de ese control, idea en principio contraria a la preferencia por el control político, cualquiera que sea el grado de error o de acierto de esa definición⁸.

La competencia del TSJ para decidir esta acción es de *orden público*; en otros términos, ello significa que esa competencia, atribuida constitucionalmente, no sólo es originaria –el litigio, si así se lo puede llamar, comienza y termina en ese ámbito– sino también *exclusiva* (imposible de prorrogar por alguna vía)⁹. De ello da cuenta el carácter *concentrado* que se atribuye a este sistema de control de constitucionalidad, con un único órgano encargado por la ley de tramitar la acción y decidirla.

8 Cf. Díaz, ob.cit., 1.5, p. 31 y 37.

9 Estas características adicionales son importantes, sobre todo, para examinar la posibilidad de admitir un recurso judicial en contra de las decisiones del TSJ.

3. Efecto general de la sentencia

Otra de las características salientes de esta acción consiste en el valor de la sentencia que finaliza el procedimiento, en rigor, en el efecto de aquella que, de conformidad con la demanda, estima que la norma atacada no se adecua a alguna regla constitucional, de rango superior, aspecto que supone la invalidez de la norma controlada. Este efecto de la sentencia que acoge la demanda, usualmente señalado como valor *erga omnes* de la decisión –esto es, más allá de la concepción del procedimiento judicial como *proceso de partes*, que sólo extiende el valor de la sentencia a los protagonistas del litigio– aparece claramente definido en la segunda oración de la regla de competencia múltiplemente citada: la norma atacada *pierde vigencia* cuando es declarada inconstitucional por el TSJ, lo que equivale a decir que su sentencia posee efecto derogatorio. Así lo ha interpretado la reglamentación de la Ley 402, Art. 24, que, criteriosamente, ha establecido que ese efecto se produce a partir del día de su publicación en el Boletín Oficial (anulación *ex nunc*¹⁰).

No obstante, otra de las particularidades de esta acción está representada por aquel caso particular en el que la norma derogada por la sentencia es una ley parlamentaria –quizás también una ordenanza del antiguo Concejo Deliberante¹¹ o una ley del Congreso de la Nación operando como legislatura local–, caso en el cual la norma legal atacada sólo pierde vigencia genérica si dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la sentencia derogatoria a la Legislatura de la Ciudad, ella no la ratifica por mayoría de dos tercios de los miembros presentes; en ese preciso caso, la norma derogada por la sentencia pierde vigencia desde el momento de la publicación en el Boletín Oficial de la sentencia que declaró la inconstitucionalidad (eventual *retroactividad* por omisión).

Esta reglamentación de detalle es, a mi juicio, de la máxima importancia. Ella importa, al menos, aminorar el valor de la crítica política a este tipo de acciones y procedimientos, en tanto él tiende a *normativizar* en exceso el juicio sobre las políticas parlamentarias, mediante su sometimiento a todos los mecanismos de hermenéutica jurídica, y, más allá de ello, tiende asimismo a *judicializar la política*, esto es, a colocar en manos de un gremio judicial la valoración final de las acciones políticas desarrolladas por los otros poderes del Estado. Si, además, se advierte que los miembros de ese gremio son juristas, que ellos no poseen legitimación popular, sino, a lo sumo, alguna legitimación derivada de los órganos de nombra-

10 Cf. *Constitución y Justicia*, Fallos del TSJ, “Ortiz Basualdo, Susana Mercedes”, Expte. 32/99, res. el 4/6/1999, t. I, p. 76 y ss.

11 Así opina Díaz, ob.cit., p. 121.

miento que intervienen en su elección y que perduran en sus funciones sine die, esto es, con *estabilidad absoluta*, mientras no sean desaforados por causas graves, se comprenderá el temor profundo de que tal poder desequilibre el equilibrio promiscuo entre los diversos poderes del Estado republicano. El mecanismo de ratificación eventual por una mayoría calificada de representantes con legitimación popular, que no es propio de la jurisdicción constitucional, ni de la instauración de tribunales constitucionales en el Derecho comparado, resulta todo un hallazgo de nuestro legislador constitucional originario. Él, antes de *judicializar la política*, politiza racionalmente las decisiones sobre la vigencia general de las leyes parlamentarias, conforme a parámetros de oportunidad témporo-espaciales y culturales más reducidos y reales que aquellos que emplea un juicio jurídico.

Para finalizar el punto, es preciso señalar que la ratificación legislativa de la vigencia de la norma atacada: a) no altera el valor de la sentencia para quien promovió la acción y refirió como ejemplo su caso individual o situación jurídica particularizada, de donde emanaba un interés egoísta en la declaración de invalidez de la norma atacada¹² y b) tampoco impide la utilización con éxito del llamado *control difuso*, perteneciente a la competencia de cualquier tribunal en los fundamentos de la decisión, en litigios por situaciones jurídicas particularizadas. Pero ratificada la vigencia de la norma por la mayoría especial a que hace referencia la segunda oración del Art. 113, Inc. 2, CCABA, una acción declarativa posterior, que pretenda el control concentrado por el TSJ desde el mismo punto de vista, es inadmisibile, salvo que el litigio verse sobre la validez o invalidez de la norma en razón del cumplimiento de las condiciones de la ratificación¹³. Por último, la sentencia de rechazo de la acción por inadmisibilidad o por el fondo *no causa estado*, esto es, no impide una acción declarativa posterior¹⁴, sin perjuicio de la aplicación racional de la cláusula *rebus sic stantibus*.

12 No puedo extenderme al respecto debido a los límites temporales de mi discurso. Pienso, sin embargo, que la acción no puede ser rechazada porque el actor eche mano a un caso particular de aplicación de la norma como ejemplo para lograr su derogación con alcance universal, caso que deberá ser tenido en cuenta por el TSJ al dictar sentencia conforme a la última oración del Art. 113, Inc. 2, de la CCABA. Algo distinta es el concepto que desarrolla Díaz, ob. cit., p. 126, quien atribuye a la sentencia que finaliza el procedimiento efectos personales hacia el futuro, notables en el caso de ratificación de una ley por la Legislatura que invalida el efecto *erga omnes* de la decisión del TSJ, favorable a la pérdida de vigencia de la norma.

13 En contra, con dudas, Díaz, ob. cit., p. 125.

14 Díaz, ob. cit., p. 113 y s.

4. Naturaleza del control

Se ha designado como control abstracto el tipo de examen que los tribunales constitucionales realizan¹⁵. Proveniente del efecto que se procura con la acción, la anulación o derogación *erga omnes* de una regla de Derecho positivo, el control se establece por una comparación entre una regla señalada como contraria a la Constitución y la norma constitucional cuyo texto invalidaría a aquella.

Es correcto afirmar que cualquier condición establecida por la Constitución para la vigencia de reglas de Derecho común –infraconstitucional– es apta para fundar el juicio negativo, pero es también correcto afirmar que, en la mayoría de los casos, el examen no se reduce a constatar las condiciones formales según las cuales una norma rige, sino, antes bien, la cuestión debatida representa a una comparación de los contenidos materiales de ambas normas: una, la constitucional, con decisiones políticas limitantes de la libertad parlamentaria; la otra, la parlamentaria, tachada de invalidez por superar –o lesionar– de algún modo aquellos contenidos, esto es, el ámbito de discrecionalidad política conferido al parlamento por la Constitución.

Yo prefiero llamar a este tipo de control *objetivo*, en tanto prescinde de situaciones jurídicas concretas, reales y relativas a un sujeto de derechos, características éstas que dominan, precisamente, el llamado *control difuso* o relativo a un *caso concreto*. Sin embargo, cabe dudar de la intención de nuestro legislador constitucional en el sentido de instalar en la Ciudad un sistema de control de este tipo, pues el texto de la CCABA, Art. 113, última oración, dispone que la ratificación legislativa –en el caso de las leyes– “... no altera sus efectos [los de la sentencia derogatoria del TSJ] en el caso concreto...”, con lo cual es posible imaginar que nuestra asamblea constituyente pensó, al diseñar la institución, en una acción declarativa incoada por un interesado, portador de un derecho subjetivo al cual afectaba la norma común, tachada de inconstitucional, situación litigiosa presentada de la mano de un caso en el cual esa norma tenía aplicación o pretendía ser aplicada.

Ello conduce a un *control concentrado* muy parecido al *control difuso*, aunque ofrecido por la vía de una acción meramente declarativa y para lograr una sentencia derogatoria que, en principio, tiene valor universal¹⁶.

¹⁵ Cf. Córdoba, ob. cit., 4, p. 28 y ss.

¹⁶ La conjunción del *control abstracto* (*abstrakte Normenkontrolle*) con el *control concreto* (*konkrete Normenkontrolle*), por la vía de algo similar a nuestro recurso de inconstitucionalidad (*Verfassungsbeschwerde gegen ein Gerichtsurteil o Urteilsverfassungsbeschwerde*), ambos siempre concentrados como poder en un tribunal constitucional —me refiero al *Bundesverfassungsgericht*—, sintetiza el control de constitucionalidad en la República Federal de Alemania. Para que se entien-

No obstante, una vez dictada la Ley 402, reglamentaria de los procedimientos ante el TSJ y, por ende, de esta acción, resulta correcta la opinión que admite una legitimación amplísima para demandar, fijada por su Art. 18, pues se trata de una “opción elegida por el legislador dentro del marco de sus potestades”¹⁷, esto es, válida constitucionalmente.

Conviene aclarar que el poder del TSJ se agota en la posibilidad de decidir la pérdida de vigencia de la norma cuestionada. Se conoce esa aptitud bajo el nombre de *legislador negativo*. Ella permite excluir normas del orden jurídico vigente en la Ciudad, pero, de manera alguna, faculta a integrar la regla cuestionada con otro texto normativo o a reformarla de cualquier manera, esto es, impide desarrollar el papel de un legislador positivo. La razón de ser de esta limitación es clara: dañaría al sistema republicano de gobierno y, de paso, a la legitimación popular de los otros dos poderes estatales, la sobreestimación del poder de quienes, a pesar de cualquier crítica, son jueces del Poder Judicial.

5. Objeto y fin de la acción

La acción declarativa tiene por objeto el control de una norma jurídica de Derecho positivo¹⁸, v. gr., una norma de carácter general que puede estar inserta en una ley de la Legislatura, en un decreto del Poder Ejecutivo o en una disposición de la Administración, incluso en un reglamento o acordada judicial. La utilización del adjetivo *general*, al lado de la palabra norma, resulta, a mi juicio, un pleonismo¹⁹. Sin embargo, debo recono-

da el sistema de esta manera resumida en extremo, debe agregarse: a) que el control concreto no sólo se puede producir por recurso contra la sentencia de una de las partes del procedimiento, sino que admite también la petición de decisión del tribunal constitucional provocada directamente por un juez en un caso de su competencia (*Richtervorlage*), ya que un juez perteneciente a otro tribunal distinto del constitucional está inhibido de dejar de aplicar la ley común o parlamentaria por estimarla inconstitucional —no existe, entonces, *control difuso*—; y b) que tanto el llamado *control abstracto* (altruista) como el nombrado como *concreto* (egoísta) se dirigen a obtener el mismo resultado, pues el Tribunal Constitucional Federal, si declara a la norma atacada contraria al estatuto constitucional, lo hace, en el último de los casos, con abstracción del caso particular del que partió, y fulmina a la norma controlada con la invalidez. En el recurso contra la sentencia no sólo revoca la decisión fundada en la norma declarada inconstitucional, sino que, además, la declaración de inconstitucionalidad adquiere valor universal. Cf. Schlaich, Klaus, *Das Bundesverfassungsgericht*, 4ª. edición, Ed. Beck, München (R.F.A.), 1997, 4. Teil, III, n° 112, p. 84 y ss.

17 Díaz, ob.cit., p. 102.

18 No son normas, por ejemplo, las instrucciones o criterios de actuación de un organismo con organización vertical: cf. Expte. n° 6136/08, “Boico, Roberto José c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 19/11/2008; carecen del carácter general las instrucciones dadas por el jerarca a subordinados individualizables, según mayoría, Expte. n° 3975/05, “Fundación Ambiente y Recursos Naturales (FARN) y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, res. 14/9/2005.

19 Cf. Maier, Julio B. J., *La función normativa de la nulidad*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, §§ 2 y 3, p. 13 y ss., en especial, § 3, p. 105 y s.; y *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Ed. Del Puerto (2ª. edición, 1ª. reimpression), Buenos Aires, 1999, t. I, § 1, p. 3 y ss., en especial, B, 2, c y d, p. 27 y ss.

cer que, en ocasiones, la diferenciación de esta característica del acto, de aquella correspondiente a un acto de alcance meramente individual genera problemas, debates y discusiones, y necesidades de explicación. Más allá de mi concepto general de que las normas no poseen, en verdad, destinatario, pues cualquiera que hoy no resulte comprendido por la hipótesis fijada en ella puede ocupar mañana ese lugar²⁰, la característica de sujeto receptor *indeterminado* –todos, aquél que ocupe el lugar previsto en la hipótesis de la regla en algún momento de su vigencia permanente– es una de aquellas que nos permite afirmar la presencia de una norma²¹.

Y a ello se agrega la posibilidad de que el contenido de la norma, esto es, la hipótesis en la que ella consiste, se pueda verificar *repetidamente* en el futuro. De allí que mis votos en el TSJ indiquen estas necesidades: universalidad conceptual de los destinatarios o *generalidad subjetiva* y repetibilidad del contenido normativo o *generalidad objetiva*, en función de la ocasión. A veces, las diferenciaciones con los actos de valor singular, carentes de valor normativo, relativas a estas exigencias, aparecen ocultas tras generalizaciones o agrupaciones de personas alcanzadas por la disposición: no resulta imprescindible la perfecta individualización de las persona o personas a las cuales se refiere el acto, sino, tan sólo, que esa persona o personas sean *determinables* conforme a la mención del acto²². De la misma manera, tampoco se oculta bajo el nombre de *ley*, que se adjudica por la Legislatura a casi todo acto procedente de ella, el hecho de que su contenido no es repetible, como sucede con una amnistía o con cláusulas de la ley de presupuesto²³. No bien se observa, ambas exigencias pueden ser resumidas en una, el carácter preceptivo del acto, su dirección hacia conductas futuras, todavía no sucedidas, que el precepto valora para prohibirlas, cuando no desea su ejecución, para mandarlas, cuando desea su ejecución, o para establecer una fa-

20 Así, el *funcionario público*, en los delitos especiales cuyo autor debe ser uno de ellos, o el *juez*, en el prevaricato. Quienes hoy no son funcionarios o jueces, pueden serlo mañana. Y entonces la norma va dirigida también a ellos.

21 Cf. *Constitución y Justicia* (Fallos TSJ Baires), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 221 y ss., Expte. n° 366/00 “Alegre Pavimentos SACICAFI c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, res. el 15 de mayo de 2001. Allí se dijo que: “...la resolución 4809/98 es un acto de alcance particular en la medida en que sus disposiciones están referidas a un número determinable de individuos...”.

22 Cf. la sentencia individualizada en la nota anterior.

23 Cf. Expte. n° 5524, “Sidoli, Osvaldo c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, res. el 11/12/2007 (prórroga del mandato de auditores generales de la Ciudad); Expte. n° 5640/07 “Hourest Martín y otra c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, res. el 19/3/2008 (amnistía); Expte. n° 5466, “Brusca, Vicente c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” y Expte. n° 5467/07 “Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, res. el 6/11/2007 (precepto presupuestario).

cultad con el fin de obtener ciertos efectos jurídicos determinados en la ley. El destinatario universal, no bien se halle el receptor nombrado en la situación que la norma comprende, no es más que una consecuencia necesaria de la repetibilidad de la hipótesis de la regla y, antes bien, del carácter permanente de la vigencia de la norma.

El TSJ sólo está autorizado para controlar *normas procedentes de las autoridades de la Ciudad*; expresado negativamente, por este método no son controlables normas emanadas de autoridades de otro Estado, nacional, federal o provincial. La razón de ser de la exigencia se entiende por sí misma y ella no precisa mayor aclaración conceptual. Sin embargo, honesto es advertir que esa condición de procedencia puede presentar algún problema: sólo nombro, por ejemplo, a las antiguas ordenanzas del Concejo Deliberante y a las leyes locales del Congreso de la Nación (como legislador local de la capital de la República) todavía hoy vigentes²⁴.

Precisamente, el concepto de *vigencia* sí ha dado pie a opiniones encontradas en el mismo TSJ²⁵.

Yo he sostenido siempre la opinión de que una norma está vigente mientras ella sea aún aplicable. Ello sucede cuando la norma, pese a estar derogada por otra norma, se aplica aún a ciertas situaciones sucedidas durante su período de vigencia²⁶.

Importante es advertir el único fin que persigue la acción, el destino que debe tener, necesariamente, la pretensión del actor: sólo se trata aquí de *hacer perder vigencia a la norma* –general– atacada por inconstitucional, de manera de expulsarla del orden jurídico local, vigente en el ámbito territorial de la Ciudad de Buenos Aires.

6. Procedimiento

Las características procesales de la acción no revelan la importancia, incluso institucional, que poseían las anteriormente detalladas. Dentro de ellas, la más importante está representada por la legitimación de los *amici curiae* para intervenir en el procedimiento y sumar su voz –y, con ello, sus conocimientos y argumentos– a aquellos que tendrán en cuenta los jueces en la sentencia (Ley 402, Art. 22). Esa intervención resulta racional, dadas las características de la acción, porque su destino eventual, la

24 Cf. Díaz, ob. cit., p. 78 y ss.

25 Cf. *Ibidem*.

26 No es el criterio de mayoría del TSJ, quien debió decidir tempranamente este problema: cf. Expte. 32/99, “Ortiz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, res. el 4/6/1999; tal doctrina de mayoría fue reiterada luego el 8/6/1999 y el 8/9/1999 en las causas 31/99 y 81/99 respectivamente.

supresión de la norma del orden jurídico vigente en la Ciudad, afectará a todos en más o en menos.

Se debe resaltar, también, la *publicidad* y *oralidad* del procedimiento (Ley 402, Art. 6 y ss). Pero de esta característica no se ha extraído, a mi juicio, todos los efectos nobles que sugiere un procedimiento por audiencias, quizás porque entre nosotros ese tipo de procedimiento judicial resulta, todavía hoy, algo extraño.

III. Caracterización institucional del TSJ

Y así llegamos al final, a fuerza de eludir algunas cuestiones y varias problematizaciones que involucra el tema. Creo que esta acción, comprendida allí la que emerge de un conflicto entre poderes –a pesar de que ellas no representan estadísticamente la principal tarea del TSJ–, en conjunto con algunos otros factores jurídicos que mencionaré, sella la caracterización institucional del TSJ, por cierto discutible tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*. De allí su importancia.

Según ya lo hemos dicho, tanto el mecanismo procesal, como la competencia originaria y exclusiva de un tribunal, y, en especial, el destino de la acción y el efecto de su sentencia de acogimiento, recuerdan fácilmente a los tribunales constitucionales europeo-continenciales, maguer las diferencias razonables con cada uno de ellos, diferencias que, incluso, pueden observarse también si los últimos mencionados son comparados entre sí. Si se agrega a estos factores, por un lado, la posición del TSJ en el Poder Judicial de la CABA, según la Constitución, que no está concebida como la cúspide de ese Poder estatal, ni desde el punto de vista administrativo –me refiero a los poderes de gobierno, administración y disciplinarios sobre tribunales inferiores–, ni desde el punto de vista jurídico-judicial –el TSJ no es, a semejanza de sus pares provinciales, un tribunal de casación que abarca la interpretación de la ley común (infraconstitucional)–, sino que, por lo contrario, agrega a aquella competencia, básicamente²⁷, la del recurso –absolutamente limitado– de inconstitucionalidad –cúspide, esta vez sí, del *control difuso*, a la manera angloamericana–, su configuración como tribunal constitucional resulta precisa e indiscutible.

Debo agregar ahora dos características importantes. En la discusión, propia de los tribunales constitucionales, acerca de si son verdaderos

27 Salvo las demandas de la Auditoría General, las demás competencias originarias y exclusivas pueden resumirse en las dos indicadas.

tribunales judiciales o, por lo contrario, representan a un órgano político con una labor única definida, ser *custodios de la Constitución*, debe triunfar, al menos por puntos, la opinión que hace hincapié en que el TSJ ejerce jurisdicción. Entre nosotros, a ello conduce no sólo su competencia de control de constitucionalidad por recurso en casos concretos, llamada *control difuso*, propia del sistema judicial angloamericano, sino también el procedimiento característico de la acción declarativa, semejante al judicial, y, por último y principalmente, el hecho de que sus jueces, sean eso: jueces, juristas con antecedentes judiciales –en el amplio sentido de la palabra: juristas prácticos– y designados *ad vitam*, según es común entre nosotros para los jueces, por razones relativas a la garantía de la independencia judicial.

La segunda característica se vincula a la corrección de las exageraciones a las que puede conducir la mención anterior: se trata de la posibilidad de que las mismas sentencias del TSJ, en ciertos casos –leyes de la Legislatura–, puedan ser dejadas sin efecto por una mayoría calificada de quienes representan al pueblo de la Ciudad. Esta segunda característica, a más de confirmar el papel de *legislador negativo* correspondiente al valor de la sentencia del TSJ, impide –aunque más no sea parcialmente– la llamada *judicialización* de la política en grado extremo.

EL DERECHO CONTRAVENCIONAL COMO DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

I. Introducción: sistema penal y sistema contravencional

Conviene, para una correcta discusión del problema que abarca el título, comenzar por ciertas definiciones que eviten, en lo posible, debates por razones meramente semánticas. Como en todo empleo del lenguaje, arriesgamos con convertir la discusión en superflua, si no damos una idea acabada de los términos que hoy utilizamos y, desde el título, suponemos diferentes. Quizás ganado por cierta inclinación hacia la crítica histórico-cultural para determinar el alcance de los conceptos que el hombre ha pergeñado a través del tiempo dejaré que una síntesis histórica nos aclare el primer problema que enfrentamos.

1. Sistema penal

Seguramente una visión neófito, pero también una visión cultural común, que, cualquiera que sea el grado de nuestra formación en Derecho penal, nos abarca a todos, profanos y doctos en el tema, afirmará que el sistema penal es consustancial a la vida humana gregaria, existió y existirá mientras se desarrolle la asociación humana o política, y, en el futuro, no desaparecerá de nuestro mundo, ni de aquel que sobrevendrá para generaciones posteriores. Es posible que esta sentencia termine siendo realidad en el espacio de tiempo limitado que abarcan nuestras vidas, pero ella es inexacta, al menos desde el punto de vista histórico, si exigimos cierto grado de precisión en los conceptos.

La institución que caracteriza al sistema penal es la *pena estatal*. Ella implica un interés directo en su aplicación de quien ejerce el poder político, sin un condicionamiento extraño a su voluntad; por tanto, la pena estatal implica, también, *persecución penal oficial o pública*. Pero, además, su aplicación está unida indisolublemente a un cambio abrupto de paradigma acerca de aquello que significa administrar justicia. Previo

a su aparición, la aplicación de medidas gravosas para quien debía soportarlas no sólo estaba unida a una voluntad extraña a la organización social en sí misma (caso del Derecho ático o romano, aun después de la introducción de la acción popular para los delitos calificados como públicos), sino que, además, no suponía un proceso de averiguación de la verdad histórica –hoy llamada *verdad correspondencia*– por la burocracia oficial. Inmediatamente antes de la introducción de la pena estatal, en el Derecho germano antiguo y durante la vigencia de la organización social vecinal, nuestro sistema penal era inexistente: el destino de la solución de los conflictos sociales estaba jugado, en primer término, a la concertación –*composición*– de intereses entre los protagonistas de ese conflicto, quienes, si no regresaban conjuntamente a la paz social, mediante un contrato que fijaba sus derechos y deberes futuros, reproducían el conflicto –el enfrentamiento entre ellos– en un combate judicial ante la comunidad de hombres capaces, que comenzaba por medios intelectuales, pero que, si así no lograba solución, proseguía por medios más violentos hasta llegar al combate físico, con la consecuencia práctica del extrañamiento o el abandono del vencido a la venganza de cualquier miembro de la comunidad (pérdida de la paz comunitaria). Todo ello cambia abruptamente con la aparición de la pena estatal: el procedimiento lo lleva a cabo, por delegación de quien ejerce el poder político, la burocracia dependiente de él, con el exclusivo fin de inquirir objetivamente la verdad histórica, sin condicionamiento alguno que parta de los protagonistas concretos del conflicto y sin prestar atención al interés concreto que ellos defienden en el caso. Un aparato burocrático organizado verticalmente y el sistema de devolución del poder delegado por escalones (*justicia de gabinete*), más un procedimiento registrado por escrito, para poder ser controlado por quienes delegaban el poder, sirven de soporte a la nueva concepción básica del concepto *justicia*. Es la época de la *Inquisición*, cuyo solo nombre indica todas las características citadas.

Todo esto sucede, a partir del siglo XIII de nuestra era y se consolida en el siglo XV, dentro de una organización social característica, que supone un cambio político radical en la asociación humana: la concentración del poder político en la organización llamada *Estado-nación*, que, a la vez, supone pérdida del poder político que las personas capaces ejercían cotidianamente en la organización vecinal, transformadas ahora en súbditos de la corona o de quien ejercía el poder político. La transformación, que comienza en la iglesia romana y se materializa por la *recepción del Derecho romano-canónico* en el mundo laico, supone también un cambio

enorme del paradigma jurídico: de reglas elaboradas por la costumbre y transmitidas por la tradición oral (Derecho consuetudinario), en cierta manera autónomas para los obligados por ellas, el centro de gravedad del concepto de Derecho se traslada a un Derecho escrito, más elaborado y “científico”, con base en el Derecho romano, totalmente *heterónimo* para los súbditos obligados por sus normas.

Así nace la *pena estatal*, con todas sus características implicadas: *persecución penal pública*, *verdad correspondencia* como meta de la actividad judicial, *justicia de gabinete* (organización vertical de funcionarios estatales), *procedimiento registrado*, sin debates. Ella nace, en principio, como puro poder del soberano (Papa, monarca, príncipe) para la conservación de la forma de organización social, esto es, para castigar a quienes se alzaban en contra de esa autoridad, razón por la cual el único crimen reprimido era el delito de lesa majestad. Va a trascurrir todavía un tiempo largo para que nazca aquello que, propiamente, llamamos *Derecho penal*.

Las consecuencias políticamente insoportables de la *Inquisición* condujeron a una reforma del sistema político y jurídico de enormes consecuencias. Fueron mantenidas todas las bases políticas y jurídicas fundantes del sistema: la concentración del poder político y el monopolio de la fuerza pública en el Estado y, en nuestro ámbito, la pena estatal, la persecución penal pública, la verdad correspondencia como objetivo de la actividad judicial del Estado y, prácticamente, sinónimo del concepto de justicia, en cierta manera, la organización burocrática y vertical de los organismos judiciales y hasta, parcialmente, el procedimiento registrado. La principal innovación, después de que la *Ilustración* superó por compromiso el filtro del *ancien régime*, consistió en regular jurídicamente las competencias y facultades de los funcionarios estatales, de manera tal que todo aquello para lo cual no habían recibido una autorización específica por parte de la ley, resultó acción ilegítima de ellos, y de la misma manera, en nuestra materia, fueron fijadas las barreras –infranqueables o franqueables bajo ciertas condiciones– del ejercicio del poder penal del Estado. Nació así el llamado *Estado de Derecho* y también aquella realidad jurídica que denominamos *Derecho penal*, una autorización para el ejercicio del mayor poder coactivo con el que cuenta el Estado, el más destructivo para los individuos que viven bajo su organización política, con múltiples condicionamientos. Así, las acciones en las que consisten las prohibiciones y los mandatos amenazados en su incumplimiento por la pena estatal deben estar claramente definidos por la ley (*principio de legalidad*), se debe tratar, en todo caso, de acciones humanas mandadas

a realizar o cuya ejecución se prohíbe bajo la amenaza de la pena –y no de simples relaciones entre personas y cosas– y tales acciones u omisiones deben trascender el mero interés del propio individuo que las realiza (*principio de reserva*), ser ilegítimas en el marco de todo el sistema jurídico –no autorizadas por vía de excepción–, reprochables a la persona individual (*culpabilidad*) y, por supuesto, punibles o aún punibles. Desde el punto de vista procesal, aquellas barreras jurídicas consisten en los límites impuestos a los métodos empleados para la averiguación de la verdad (como ejemplos: prohibición del tormento, *nemo tenetur*, etc.), el juicio público ante un tribunal integrado por jueces imparciales como fundamento de la sentencia, institución que regresa de su ostracismo inquisitivo para lograr la verdad sobre la base de un método dialéctico, los jurados como mayor acercamiento posible al ideal de la imparcialidad de los jueces, el derecho del acusado a resistir la imputación y a confrontarse con la prueba de cargo, entre otras garantías que debe ofrecer la persecución penal pública y el ejercicio del poder penal estatal. Aquí se ubica el verdadero nacimiento y significado del Derecho penal, en sentido amplio, comprensivo del Derecho procesal penal, certificado por el punto de partida que representa, según reconocimiento general, un pequeño librito del marqués de Beccaria sobre *Los delitos y las penas*, una verdadera aplicación, confesada por su autor, de Montesquieu al ámbito penal. Cuando, sin rigor, nos referimos a la historia del Derecho penal y la extendemos a otras realidades, diluimos los conceptos históricos claros para abarcar otras instituciones afines o precursoras.

Así, *sistema penal* significa *pena estatal*, *persecución penal pública* como regla casi sin excepciones, y *averiguación oficial de la verdad histórica*, todo bajo el cedazo de las múltiples protecciones individuales que garantiza a los ciudadanos el Estado de Derecho. Para terminar de describir la realidad histórica es necesario advertir que, al mismo tiempo, el Estado de Derecho produjo una verdadera ampliación del uso del Derecho penal, tanto desde el punto de vista material, como desde el atalaya de la organización estatal para aplicarlo. La revaloración de los intereses individuales y del papel protector del Estado respecto de la seguridad común, empujados por la traslación a su ámbito del monopolio de la fuerza, condujo a la aparición de un sinnúmero de bienes jurídicos que afectaban al habitante de un Estado tanto en su papel individual –vida, integridad física, honor, patrimonio, etc.–, como colectivo –fe pública, salud pública, etc.–: de tal manera se amplía el objeto y fines del Derecho penal material. A ello corresponde también una ampliación similar de la organización encargada de realizar la ley penal: a principios del siglo XIX

aparecen las policías profesionalizadas, órganos del Estado encargados de prevenir y reprimir los delitos, que, para superar la descentralización del poder de policía o su concesión, amplían sucesivamente el número de sus recursos materiales y humanos. Nace aquí también el ministerio público, órgano del poder administrador para la realización del Derecho penal ante el Poder Judicial, bautizado en Europa continental por la mayoría como “hijo de la Revolución”; y crecen los tribunales penales, tanto en relación el número de los jueces que en ellos prestan servicio, como territorialmente.

2. Sistema contravencional

A. Origen de la distinción

Por esta época se esboza también la diferencia entre *faltas* o *contravenciones* y *delitos*. En verdad, la sistematización francesa, que tanto en los órdenes material como formal presidió el nacimiento y desarrollo del Derecho penal en el siglo XIX y que, a través de la dominación napoleónica, conquistó, incluso culturalmente, la Europa de ese siglo, impuso la diferencia clásica de infracciones penales entre crímenes (las más graves), delitos y contravenciones (las más leves). La distinción determinó también la organización judicial, con tribunales correccionales para las infracciones menores, tribunales escabinados para la criminalidad mediana y tribunales de jurados para los crímenes. El desarrollo del sistema contravencional, como se observa, depende del sistema penal, se elabora como infracciones de menor cuantía y responde a un ejercicio más directo y simplificado del poder penal estatal.

B. Distinción sustancial

Empero, a poco de andar comenzó la discusión teórica que tenía como norte trazar la frontera entre los delitos y las contravenciones. Quizás el hecho de que los códigos penales originarios contuvieran a las contravenciones como infracciones de penalidad menor, provocó que la primera decisión elaborada con rigor acerca de esa diferencia fuera crítica, esto es, no considerara suficiente la diferencia obvia relativa a la pena menor, sino que, antes bien, intentara sondear alguna diferencia sustancial que permitiera, precisamente, concluir en la menor punibilidad. Todos los clásicos, todavía tributarios del Derecho natural, insistieron en esta diferencia. Para Feuerbach –en Alemania–, por ejemplo, los delitos y crímenes consistían en ataques a derechos naturales, mientras que las contravenciones representaban el alzamiento contra el derecho del

Estado en el ámbito de su poder de policía. Carmignani y Carrara –en Italia– sostenían que los delitos atentaban contra la seguridad pública o común, mientras que las contravenciones atacaban la prosperidad pública, como actividad de la Administración para lograr el bien común. En definitiva, los delitos representaban una amenaza para los derechos –individuales y colectivos– de los ciudadanos, mientras que las contravenciones miraban a la eliminación de obstáculos para la correcta administración de la sociedad por el gobierno. James Goldschmidt –en Alemania y entre nosotros– avanzó todavía un paso más: el delito violaba la seguridad de nuestros derechos; la contravención se refería a la actividad de la Administración para que nosotros pudiéramos ejercer en la práctica esos derechos en un ambiente ordenado y de bienestar común. La contravención representaba, así, la falta de cooperación del administrado en la tarea de la Administración para crear las condiciones de ejercicio práctico de nuestros derechos, en el marco del bien común. Por tanto, la contravención pertenecía al ámbito de la Administración.

C. Distinción formal

Debido a que la frontera que pretendía la tesis sustancialista acerca de la división entre delitos y contravenciones no constituía una traza segura y estricta, que garantizara la posibilidad de dividir las aguas correctamente, toda la modernidad comenzó a negarla. Adoptó, sin embargo, un criterio arbitrario o, si se quiere, consolidado en la valoración legislativa totalmente libre. Contravenciones eran aquellas infracciones que el legislador indicaba como tales y reprimía con penas de menor gravedad. Hoy esta distinción es dominante tanto científica como prácticamente.

Pero obsérvese que la distinción formal –por la pena– no explica la diferencia de grado entre una y otra infracción, que conduce a una menor punibilidad de las contravenciones, sino que tan sólo se limita a negar una diferencia sustancial y a aceptar la distinción fijada por el legislador, libre y discrecionalmente.

D. El problema en el Derecho argentino

Hasta donde yo sé, sólo Don Ricardo C. Núñez ha procurado distinguir ontológicamente la contravención del delito, como infracciones de naturaleza o calidad distintas: el delito se refiere a los derechos tanto individuales como sociales de los miembros de la sociedad civil; la contravención está ligada a la Administración pública como creadora de un ámbito de orden para la realización práctica de nuestros derechos

en la vida cotidiana¹. En forma más tangible, el delito lesiona lo que es nuestro; la contravención, lo que es del gobierno. Nuestros son la vida, la integridad física, el honor, la libertad, la honestidad o libertad sexual, el estado civil, etc. y, como individuos asociados, la protección básica de la salud pública, de la fe pública, de la seguridad pública y hasta la incolumidad de la Administración pública, afectada por hechos de los ciudadanos o de los funcionarios. Ligado a la Administración pública se halla el ejercicio del poder de policía en un sinnúmero de ámbitos, como las profesiones y oficios, la elaboración y comercialización o liberación de productos en el mercado, la conservación del medio ambiente, la reglamentación del tránsito ordenado por la vía pública, la reglamentación de la convivencia entre vecinos y hasta la reglamentación de la actividad procesal en materia judicial, que también puede sufrir obstaculizaciones por parte de los administrados que deben colaborar con ella (piénsese en el poder de policía de la audiencia ejercido por el presidente del tribunal, en la conducción forzada de testigos y hasta en el arresto de personas que no cumplan con la citación a comparecer).

Por lo contrario, la gran mayoría de nuestros juristas, entre los cuales se puede nombrar a Rodolfo Rivarola, Sebastián Soler y Eugenio Raúl Zaffaroni, niegan esta tesis y establecen sólo una distinción de grado de punibilidad entre delitos y contravenciones.

Metafóricamente dice Núñez, con alguna razón: al delito le tememos; la contravención nos molesta; cuando de alguna contravención emerge el temor, no sucede por la infracción en sí misma, sino por lo que nosotros pensamos sobre la conducción de vida del infractor, si exagera su papel de tal. En verdad, Núñez adopta esa posición porque es la única que le permite distinguir entre poderes legislativos delegados al Congreso federal por las provincias y poderes conservados por las legislaturas locales.

E. Nuestra conclusión provisional

Antes de tratar el punto indicado inmediatamente antes, tiene sentido intentar la crítica de ambas posiciones desde un punto de vista neutral. No quiero ocultar con ello mi preferencia intuitiva hacia la distinción sustancial.

Lo cierto es que, como sucede con todo concepto –y con toda palabra que por definición indica un concepto, según aprendimos de Genaro Carrió²–,

1 Cf., específicamente, *La diferencia entre delitos y contravenciones y su importancia constitucional*, en *Temas de Derecho penal y de Derecho procesal penal*, Ediciones jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pág. 9 y ss.

2 *Notas sobre Derecho y Lenguaje* (1ª edición, 6ª reimpresión), Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976; también Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1983,

resulta más que difícil, imposible, trazar una frontera absolutamente exacta al ámbito de cosas, situaciones o personas que menta un concepto determinado, de manera tal que no se confunda con su vecino o, mejor aún, con su opuesto contradictorio, porque los mojones que marcan la frontera no existen y sólo es posible indicar una franja fronteriza. Sospecho que en la discusión entre la tesis formal y la tesis sustancial subyace una exageración: ambas tienen razón parcialmente y ambas carecen de razón, también parcialmente. Nuestra arquitectura mental parece exigir, por motivos culturales, mundos morales y normativos elaborados en “blanco y negro”, a pesar de que la realidad que apreciamos es suficientemente colorida a la luz de nuestros sentidos.

Esto conduce a la tesis formal a agotarse en señalar la imposibilidad de distinguir materialmente en forma exacta la contravención del delito y a desembocar, por esta imposibilidad, según veremos, en el destino infructuoso que le depara rendirse frente al libre arbitrio del legislador ocasional. La visión material del problema ha sido más modesta, pero, sin embargo, tampoco ha reparado en que el menor grado de punibilidad es, con alguna frecuencia, un indicio o indicador valioso de la diferencia sustancial, con base en la cultura humana y en su devenir histórico.

Algunos ejemplos prácticos pueden ilustrarnos mejor que las palabras en esta ocasión: así como no estamos dispuestos a comprender como contravenciones a aquellos ataques contra el honor, la libertad o la integridad física, por escaso que sea el grado de punibilidad decidido por el legislador, tampoco estamos dispuestos a comprender como delito a una infracción de orden, relativa a la limpieza en la vía pública, en razón de la pena elevada que eventualmente puede decidir el legislador; el hurto, más aún si se produce con violencia, y el fraude pertenecerán siempre a la esfera de los delitos, y la acción de un vecino que ensucia la vereda o arroja su basura a la vía pública fuera de horario y en contra de las reglamentaciones, pertenecerá siempre al ámbito contravencional. Por lo demás, la valoración legislativa de importancia punitiva acerca de una acción prohibida –como ejemplo, la resistencia o el atentado contra la autoridad– representa un indicio grave de que la conducta pertenece al ámbito delictual.

Debemos reconocer que, en muchos y variados casos –los hurtos menores en tiendas o supermercados, las lesiones levisimas, como aquellas que se regeneran por sí mismas en escaso tiempo, por ejemplo, el corte de cabello, etc.–, es decir, en las “zonas de frontera”, siempre

Barcelona (España), 1984, Cap. V, pág. 245 y ss.

existirán dudas y ellas darán pie a una discusión argumental sin vencedor claro, sin otro argumento para la decisión que la racionalidad política.

Pero estimo que ambas teorías pueden, positivamente, influir en ese juicio de racionalidad. Por de pronto, no es racional reaccionar contra aquello que se califica como contravención con el mismo rigor de la pena estatal y, al menos, tal calificación debería inducirnos a dejar de lado ciertos rigores de la pena, por ejemplo, el utilizar la privación de libertad. Por otro lado, la tesis sustancial podría ayudarnos a descubrir, al menos en gran medida, cuáles son los ámbitos de gran extensión en los que opera la falta o la contravención, indicándonos su sentido, sin sucumbir ante la tentación de llenar los espacios de libertad que, conforme al principio de legalidad, dejan las reglas penales (el ejemplo más claro lo constituye la falta de punibilidad expresa de la tentativa en el CP, espacio que no podemos llenar transformando esa tentativa en una contravención).

Otro ejemplo indica con mayor poder de convicción aquello que pretendemos decir. Cualquiera que sea nuestra posición frente al problema de la punibilidad de las personas jurídicas por hechos de sus dependientes (prácticamente responsabilidad objetiva por el control delegado) es criticable racionalmente en el Derecho penal, en razón del *principio de culpabilidad*; no es criticable, en cambio, en el Derecho contravencional, sobre todo cuando sus reglas operan dentro de un marco razonable de reacciones, que permite el ingreso de soluciones distintas o alternativas a la pena.

II. La importancia de la distinción en la organización institucional argentina

1. El problema

La cuestión de la distinción entre delitos y contravenciones tiene raíz universal. Pero, ubicado el problema dentro del ámbito de nuestro país, él revela una arista difícil de imaginar o de reproducir exactamente en otros países. Con excepción de aquellas contravenciones que genera la Administración del gobierno federal en los ámbitos relativos a sus funciones, delineadas constitucionalmente (territorios propios o bajo su poder exclusivo de jurisdicción, aduanas, ríos y vías de navegación interprovinciales, navegación en mar libre o mar territorial, correos y telégrafos, rentas de la Nación, etc.), el poder de policía –de las costumbres, del tránsito ciudadano o por rutas locales, de la salubridad,

de las profesiones y oficios, de la vida vecinal, etc.– no ha sido delegado por las provincias en el gobierno federal y aun más, ha sido mantenido por los municipios en aquellas provincias de organización interna federal. Ese poder corresponde, entonces, a los gobiernos locales y genera, en materia contravencional, ámbitos distintos de competencia legislativa entre el Congreso de la Nación y los distintos cuerpos legislativos locales. Ello ha sido reconocido por nuestra Corte Suprema en múltiples fallos que me eximo de comentar. En ello se funda, por ejemplo, el debate sobre la aplicabilidad de la ley penal tributaria a la infracción que afecta el poder impositivo local.

Dado el poder legislativo múltiple, distinguido materialmente por nuestra organización institucional, pues sólo se delegó parcialmente ese poder en el Congreso de la Nación (potestad para legislar sobre delitos, CN, 75, Inc. 12, y sobre contravenciones relativas a las áreas comprendidas en el gobierno federal), nos hallamos frente a un problema propio, derivado de la antigua distinción universal entre delitos y contravenciones. La tesis formal sólo posee una respuesta al interrogante, cualquiera que sea el matiz de su afirmación. A contrario de aquello que se reconoce en la teoría constitucional sobre poderes locales conservados –la regla– y poderes delegados –la excepción–, ella desemboca casi inevitablemente en la solución que recorta el ejercicio de los poderes de policía local, en el ámbito de las faltas y las contravenciones: la regulación local sólo es un remanente de conductas punitivas y penas tan grande o tan pequeño como el Congreso de la Nación tenga a bien dejarles ejercer a los poderes locales. Sólo así puede comprenderse que la reciente voluntad del Congreso de prohibir la tenencia o portación de armas civiles haya determinado, automáticamente, la derogación implícita de normas contravencionales de la Ciudad de Buenos Aires, sin crítica alguna.

Un ejemplo práctico de Núñez ilumina el problema real, cualquiera que sea la posición del intérprete. Se trata de la punición del “curanderismo” o ejercicio ilegal de la profesión médica. Es claro que el poder de policía sobre el ejercicio de las profesiones u oficios reside en los estados locales; ese poder de policía abarca la habilitación correspondiente y sus límites. La infracción que desconoce esa habilitación o sus límites, sin embargo, fue proyectada como contravención por el proyecto CP 1891, Art. 349, Inc. 7. El proyecto de 1906 dividió las aguas y penó como *delito* la misma figura prohibitiva –ejercer sin autorización o traspasar los límites de la autorización–, pero con la condición de la *habitualidad* (225, Inc. 1), e introdujo como falta la misma figura del proyecto 1891, sin habitualidad, comprensiva también de la anterior que, digamos, resultaba agravada

respecto de esta última. Finalmente, el CP 1921, aún vigente, contiene la figura agravada del proyecto 1906 entre los delitos contra la salud y deja para la regulación provincial aquello que el proyecto fuente definía como falta, esto es, eventualmente, la punición del acto individual de “curanderismo”. Por de pronto, si el ejercicio habitual del “curanderismo”, según alguna definición conceptual, constituía un delito contra la salud, no tiene sentido que la figura básica, que no requiere el elemento de habitualidad, dejara de lesionar la salud. No parece, sin embargo, que el curandero, por definición de aquello que hace –ya sea una sola vez o en múltiples ocasiones– ataque necesariamente la salud; si ello fuera así, parece que el CP debería haberlo introducido en el título de los delitos contra las personas, como efectivamente sucede cuando provoca un daño. Por lo demás, si ello es así, resulta, además, que no existe diferencia alguna entre la conducta múltiple y la ejecución de un acto aislado, salvo la necesidad de mayor pena por repetición en el primer caso. La realidad, en cambio, marca que el curandero infringe la reglamentación que sobre las autorizaciones para ejercer la profesión médica regula y concede el poder de policía local.

2. Las posibilidades limitadas de una distinción y las conclusiones finales

Según lo expuesto, la frontera que divide los delitos de las contravenciones es, en último extremo, imposible de trazar con precisión matemática, afirmación que cobra realidad, de ordinario, en múltiples conceptos jurídicos que, en todo caso, son construidos con palabras. Ello no sucede sólo con el criterio material de distinción, dificultoso de elaborar genéricamente y de aplicar a los casos menos generales, sino también con el criterio cuantitativo relativo a la pena: para ello basta tomar las penas mínimas amenazadas por nuestro CP, tanto la multa como la privación de libertad, y apreciar que, por debajo de ellas, no existiría la posibilidad práctica de elaborar Derecho contravencional alguno construido con seriedad bajo ese paradigma.

Empero, según también hemos observado, la distinción es absolutamente necesaria para nuestra forma de organización federativa, para deslindar la competencia legislativa federal de la local. Reconocer, sin embargo, que no es posible definir conceptos por fronteras rígidas o exactas, no significa renunciar a definir. Estimo que el reconocimiento sólo implica abrir la justificación a la argumentación racional. Ya en este ámbito me parece racional la afirmación de que todo poder de policía precisa de

un poder sancionatorio para aquellos casos en los que la colaboración pedida al administrado, mediante su conducta activa o pasiva en determinadas circunstancias, sea ignorada o, mejor aún, el administrado niegue esa cooperación exigida en bien de todos. Con un ejemplo: el poder de policía de la audiencia que el juez que la preside ejercita, no existiría sin un poder sancionador moderado (expulsión de la sala, comparecencia forzada, etc.) sobre el infractor, realidad que contemplan todos los códigos procesales.

Pero, al mismo tiempo, es exigible al legislador competente y al ejecutor de la regla una moderación extrema en el uso de la fuerza –esto es, en la sanción–, no sólo porque nos hallamos en un ámbito de escasa potencialidad de peligro o daño –entonces, también como derivado del *principio de proporcionalidad*– en el ámbito donde el Estado administrador es nuestra contraparte y sólo reclama derecho a la obediencia, sino, además, porque la sanción excesiva, si pretende obedecer a una decisión correcta, indica por sí misma que la conducta prohibida o mandada pertenece a otro ámbito jurídico.

III. La importancia práctica de la determinación y un modelo contravencional

1. El orden jurídico local

Para los gobiernos locales, en un país federal, resulta de vital importancia el ejercicio del poder de policía local y, con ello, la competencia legislativa sancionatoria derivada de él. Más allá de la discusión acerca de los alcances de la autonomía de gobierno y jurisdicción, carecería de sentido la existencia de un Estado, con cualquier limitación, si esta realidad jurídica le fuera negada. Y ello es lo que sucede si se acepta que el Congreso de la Nación, como en definitiva concluye la tesis formal sobre la distinción, tiene potestad para, mediante la ley penal, fijar directamente el ámbito de la facultad sancionatoria local o, incluso, para anularla. De tal manera, la afirmación, consolidación y organización eficiente del poder de policía en varias y diversas áreas, mediante su poder sancionatorio, resulta imprescindible para el correcto funcionamiento de un Estado, más aún, de aquel que se predica como autónomo.

2. La importancia política y práctica

Intentaré describir ahora, sintéticamente, las condiciones políticas y

prácticas que conviene afirmar, a mi juicio, extraídas de cierta experiencia universal, para lograr un sistema contravencional con cierta aspiración de racionalidad y eficiencia.

A. En relación a su regulación material

a) Dos son las condiciones a cumplir por el sistema para adecuarse tanto al principio de legalidad como al de proporcionalidad, propios del Estado de Derecho. En primer lugar, se debe intentar, al extremo, no ocupar zonas que el Derecho penal, por sus reglas y su cláusula constitucional de cerramiento, ha dejado en la zona de libertad del individuo; esto es lo mismo que conceder carácter deóntico de permitidas o excluir la obligación, si la ley penal no prohíbe ni manda: CN, 18 y 19. Para ello resulta importante mantener el ámbito de las faltas o contravenciones dentro del ejercicio del poder de policía local, esto es, captar adecuadamente la diferencia ontológica entre delitos y contravenciones.

Un ejemplo sencillo quizás ilustre el problema. Por vía del Derecho contravencional no parece políticamente racional punir aquello que el CP ha declarado impune: cuando la tentativa es declarada por la ley penal carente de punibilidad, como sucede en algunos códigos penales modernos, y, en general, respecto de los actos preparatorios, anteriores al intento, la ley contravencional debe regularmente abstenerse de ejercer su poder sancionatorio. Lo contrario –llenar los ámbitos vacíos de punibilidad de la ley penal– no sólo constituiría un ejercicio abusivo de la potestad sancionatoria, por fuera de su objeto y de la competencia de los órganos legislativos que la regulan, sino que, al mismo tiempo, infringiría una regla de oro para el Estado de Derecho, que no necesito aclarar.

b) En segundo lugar, el Derecho contravencional no debe funcionar, cuando menos, sobre la base de la privación de libertad. Las penas pecuniarias y un gran número de posibilidades, según la actividad de que se trata, proporcionan al poder sancionatorio local soluciones más racionales para su ejercicio. No cabe duda de que el criterio formal de distinción entre delitos y contravenciones –al exigir menor rigor para el poder sancionatorio proveniente del poder de policía local, que para el ejercido según la ley penal– brinda una herramienta de justificación importante para avalar este punto de vista, fundado también en el principio de proporcionalidad.

Ello se compadece con una visión general del orden jurídico-penal respetuoso del Estado de Derecho. Ni el Derecho penal concebido

como la *protección de bienes jurídicos*³, ni la idea de un Derecho penal instituido para *proteger o asegurar la vigencia de la norma*, para la cual todo se define como mera desobediencia normativa, generan –como confiesan algunos de sus defensores⁴– algún dique de contención para la legitimidad de la acción estatal consistente en punir comportamientos, sino que, a lo sumo, proporcionan un mejor “retrato” del orden jurídico-penal, al parecer valorativamente neutro, según esas opiniones. Ello ha convocado, por múltiples razones que hoy no es del caso examinar –pero entre las cuales se destaca la *seguridad*, comprendida como seguridad común o general y no como seguridad jurídica individual–, a un Derecho penal posmoderno, actual, fundado en una multitud de nuevos bienes jurídicos colectivos (sustancias controladas, salud pública, responsabilidad por el producto y su elaboración, terrorismo, hacienda pública y Derecho penal fiscal, etc.), difícilmente tangibles y definibles, cuyo núcleo central ya no reside en la lesión de un bien jurídico, sino, antes bien, en la eliminación de riesgos –esto es, un DP preventivo– por acciones u omisiones que no están vinculadas de modo cierto con la lesión de un interés jurídico (infracciones de *peligro abstracto*). Desde el punto de vista del Estado de Derecho, no es absurda ni mala la idea de un Derecho intermedio –entre el privado y el penal–, según la expone Hassemer⁵. Yo prefiero ser más simple, obedecer al prestigio actual del Derecho administrativo, que parece dispuesto a conquistar gran parte del Derecho privado y del penal. Y ello es correcto precisamente en la *sociedad del riesgo*, pues la Administración del Estado, según su función más notoria, la de lograr el *bien común*, esto es, atenta al bienestar de *todos*, para tornar viable la vida civilizada dentro de una organización social, precisa del ejercicio del *poder de policía*, incluso de medios de coacción directos, que le permitan operar ese bienestar común y prevenir los riesgos de la vida moderna mediante el control de múltiples actividades (salud pública o general, sustancias o mercaderías en el comercio, uso

3 Cf., por ejemplo, Roxin, Claus, *Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit*, en: ZStW 116 (2004), pág. 929 y ss.; y *Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte* (manuscrito a publicar en el *Festschrift für Winfried Hassemer*).

4 Cf. Jakobs, Günther, *¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma* (manuscrito en prensa en *El futuro del Derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, III, D, entre otros pasajes de la sección: “Por consiguiente, respecto de la tesis de la protección de bienes jurídicos rige lo mismo que para la tesis de la protección de normas: ambas concepciones sólo son tan legítimas como lo sea el estadio de evolución de la sociedad cuyo Derecho retratan”).

5 Lo llama *Interventionsrecht* (Derecho de intervención): *Produktverantwortung im modernen Strafrecht* (2ª edición), 1. Teil, C, III, 2, b, y IV, pág. 22 y ss. (en castellano: *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, pág. 43 y ss.). Su opinión, traducida por Gabriela Córdoba y por mí, conjuntamente, puede leerse también el libro en prensa antes citado bajo el título: *Seguridad por intermedio del Derecho penal*.

y existencia de ciertas armas, medicamentos, elaboración y consumo masivo de mercaderías, recaudación y subvención públicas). Por ello, me parece que un Derecho administrativo sancionador, por supuesto *de intervención*, siempre moderado en sus injerencias sobre la persona, que sólo opere con sanciones que, de demostrarse un error –para lo cual el Derecho procesal administrativo debe dar oportunidad judicial al perjudicado–, puedan ser fácilmente reparadas por el Estado de la mejor manera posible, representa, esquemáticamente, un principio de solución del problema: en esta zona “no se trata de compensar el injusto, sino de prevenir el daño; no se trata de punir, sino de controlar; no se trata de retribuir, sino de asegurar; no se trata del pasado, sino del futuro”⁶. Para el Derecho penal queda, en cambio, la regulación y administración de esa fuerza pública cuando ella alcance niveles de gravedad –sobre todo la privación de libertad– que tornen necesario el cumplimiento estricto de las garantías liberales, propias del Estado de Derecho. La discriminación de ámbitos, entonces, no se vincula al bien jurídico que la norma tiende a proteger, ni a alguna naturaleza específica de la norma protegida en su vigencia, sino, por lo contrario, a la gravedad de la reacción –al uso legítimo de la fuerza– que el Estado utiliza para retribuir o prevenir. He propuesto, por ello, un Derecho de la privación de libertad –que comprendería también a otras instituciones o consecuencias jurídicas aun fundadas en un título distinto al de la pena (prisión preventiva, medidas)–, sustitutivo del hoy llamado Derecho penal, que respete al extremo todas las garantías jurídicas propias del Estado de Derecho, separado del Derecho administrativo sancionatorio que, sin negar el Estado de Derecho, puede responder con garantías de aplicación más laxas, adecuadas a la consecuencia jurídica de menor gravedad, factible de reparación sencilla en caso de error en la aplicación.

En adelante enumeraré algunas posibilidades que, por la rigidez de sus principios fundantes, resultan impensables o, cuando menos, discutibles, para el Derecho penal –aclaro: de la pena privativa de libertad–, mientras que en el Derecho contravencional o de faltas no carecen de racionalidad política.

c) Evitar el Derecho penal de autor es una de las consecuencias claras del Estado de Derecho en ese ámbito (principio de culpabilidad por el acto). No parece irracional, en cambio, un sistema de medidas –nunca privativas o restrictivas de la libertad locomotiva– que, en su base, signifiquen sanción por la conducción de vida en cierto ámbito de

6 Palabras de Hassemer, Winfried, *idem*, pág. 24 (versión castellana, pág. 46, de la que me aparto mínimamente por traducción propia del texto original en idioma alemán).

relaciones. Así, por ejemplo, la organización de un sistema que, a ese título, permita retirar temporalmente el permiso para conducir vehículos, en el Derecho relativo al tránsito, dando cierto valor a las infracciones verificadas para que, al llegar a un límite, suceda la consecuencia, resulta tolerable en el ámbito de las faltas. De la misma manera, la eliminación temporal de un proveedor del Estado del registro respectivo, cuando, en varias ocasiones anteriores, él no cumplió el contrato que lo ligaba con la Administración o lo cumplió deficientemente, según un sistema regulado por la ley sancionatoria, aparece como una medida racional. Quien interrumpe ilegítimamente una audiencia judicial pública en varias ocasiones debe ser expulsado de la sala de audiencias, en homenaje al buen orden de la audiencia. Todo lo contrario parece tolerar el Derecho de la privación de libertad, para el cual la *reincidencia*, cualquiera que sea su valor, resulta discutible ya según el principio de culpabilidad.

d) Para el Derecho penal material es un axioma indiscutible la descripción idiomática correcta y estricta de aquella acción que se quiere prohibir o mandar (*mandato de certeza*). Sin prescindir de ella totalmente, la exigencia puede carecer de ese rigor en el Derecho contravencional.

e) Finalmente, la punibilidad de las personas jurídicas por el hecho de sus dependientes y en los límites de las sanciones contravencionales o de faltas, tolera límites de objetividad (fundabilidad abstracta en la delegación del poder de control) sumamente discutibles en materia penal.

B. La persecución procesal

He allí algunos ejemplos relativos a ciertas posibilidades racionales del Derecho de faltas, en contraposición con las que cuenta el Derecho penal relativo a la privación de libertad. Más importantes aún, para componer un sistema eficiente en ambos ámbitos, resultan las indicaciones relativas a la regulación procesal. Sólo me ocuparé de algunas, por la vía de los ejemplos.

a) Un Derecho contravencional o de faltas permite ser convertido en un Derecho administrativo sancionador. Ello no pretende decir que no deba ser ejercido conforme a la ley y que se tolere su realización procesal arbitraria. En países en los que se tiene conciencia del daño que provoca la aplicación de la pena estatal para la consecución de los fines ideales predichos para ella, la transformación de las contravenciones de un sistema penal integrado por ellas en un sistema de contravenciones de orden, cuyo ámbito es, básicamente, el Derecho administrativo, ha permitido cumplir con el deseo político de provocar una relativa pero gran

descriminalización de conductas desviadas. Sobre ello existen ejemplos, quizás inconscientes pero reales, también en el Derecho argentino: entre nosotros, por ejemplo, en el ámbito amplísimo que hasta hoy abarcan las faltas de tránsito, en estricto sentido.

Toda pena estatal adjudicada al sistema penal provoca, según estudios sociológicos que hoy no están en tela de discusión, un *etiquetamiento* del infractor (*labelling approach*), que coloca al autor en los comienzos de una denominada carrera criminal o lo asegura en ella, esto es, lo coloca por fuera del fin de reinserción social (*prevención especial positiva*) que se predica –al menos– como una de las finalidades principales de la pena estatal, incluso por las leyes penales y de ejecución penal. No existe duda alguna acerca de que derivar las sanciones fundadas en el poder de policía de la Administración hacia el Derecho administrativo sancionador produce un gran efecto descriminalizador, si, al mismo tiempo, se limita materialmente la reacción y son establecidos modos de solución del conflicto vecino-infractor, Estado-infractor, extraños en general al Derecho penal y, sobre todo, a la prisión. Por lo demás, ello contribuye a la eficiencia del sistema penal y de la pena estatal, comprendida como privación de libertad, al descongestionarlo de un enorme número de asuntos menores, que no reclaman un método operativo tan complejo como el sistema penal, ni justifican la inversión en recursos humanos y materiales que él supone.

b) Esta transformación permitiría eliminar cierta rigidez necesaria en el sistema penal para justificar la grave reacción que él implica. Veamos algunos ejemplos:

- En tanto el sistema contravencional –sin pena privativa de libertad– no necesita atarse al principio de legalidad en la promoción y ejercicio de la acción penal, podría ser estructurado, en sede administrativa, antes bien, como un sistema preventivo que como uno represivo de las faltas. Ello quiere decir que mecanismos automáticos, como el que hoy ya existe, llamado de *pago voluntario*, permitiría al supuesto infractor no sólo evitar las molestias del procedimiento, sino, también, la eventual condena contravencional, cuando, sin necesidad de dar razones, prefiere el perjuicio de una sanción relativamente leve a las consecuencias también perjudiciales del procedimiento y de una eventual condena. Más allá de ello, la conciliación y la mediación, sobre la base de un esfuerzo del autor por regresar al *status quo* ante, natural o simbólicamente, o la *admonición con reserva de la sanción* permitirían evitar la prosecución del procedimiento en etapas posteriores y, ciertamente, más complejas. Ello permitiría colocar, en el ámbito de la Administración, todo lo relativo

a la formación de la voluntad persecutoria de ella, organización que no debería despreciar los mecanismos de verificación de las infracciones, ni los recursos técnicos, materiales y humanos que tornen posible esta acción, incluso para convencer al autor sobre la realidad de la imputación, ni los métodos diferentes a la pena para solucionar los conflictos. El supuesto autor tendría siempre la oportunidad del juicio ante órganos judiciales o, con la misma significación y parecido mecanismo, un recurso amplio que garantice el control judicial sobre la voluntad condenatoria de la Administración, según resulta tradicional para nosotros en el ámbito del Derecho administrativo.

- Dentro de estos mecanismos resulta también racional, políticamente, el someter a la mayoría de las contravenciones vecinales a una instancia de ese tipo, sin la cual el procedimiento no queda habilitado, inversión de la regla de *oficialidad* que rige genéricamente en el procedimiento penal para la persecución de los delitos de acción pública. Conforme a ello, sería imprescindible la queja de un vecino o de un grupo de vecinos, incluso retractable, para que el procedimiento sancionatorio que tiene por objeto estas contravenciones se ponga en movimiento o alcance etapas superiores. Con ello se evita el efecto de ampliación geométrica del poder que provoca toda ampliación material del ámbito de lo prohibido a través y como consecuencia necesaria del principio de oficialidad, para los órganos del Estado encargados de perseguir el juzgamiento y la sanción: cualquier prohibición nueva no sólo provoca una disminución del ámbito de libertad jurídica del ciudadano o vecino, sino, además, supone una ampliación correlativa de las facultades de prevención e intervención de los órganos oficiales (policía) encargados de perseguir la realización de la sanción establecida en la norma, con la particularidad de exigencias de fundamento menores a la certeza sobre la infracción, necesarias judicialmente para aplicar la sanción, poderes que, en un comienzo, resultan difíciles de controlar.

- Todas estas posibilidades conducen a un verdadero descongestionamiento de la administración de justicia, que redunde en una expectativa de eficiencia para la persecución de aquellas infracciones necesitadas de la decisión judicial. Ya advertimos acerca del descongestionamiento de los tribunales penales. Pero en el ámbito del Derecho no referido a la privación de libertad este descongestionamiento es vital para aspirar a aquellos resultados. En efecto, estas desviaciones de la conducta exigible al ciudadano, precisamente por su escasa entidad y por representar apartamientos de la cooperación exigida al ciudadano para con la Administración pública, en su tarea de perseguir

el bien común y el desarrollo de los ámbitos en los cuales los derechos individuales puedan tener vida práctica sin colisiones entre sus portadores, representan un conjunto enorme de infracciones de la vida cotidiana, escasamente auxiliado por reglas éticas similares que provoquen un freno espontáneo para la conducta ilícita (no es lo mismo abstenerse de matar o defraudar, que abstenerse de cruzar un semáforo en rojo o de provocar ruidos de cierta intensidad). Tal conjunto no es abarcable por una organización judicial, por inmensa que ella sea pensada, razón por la cual, si se pretende cierta eficiencia en este ámbito, habrá que imaginar y tolerar métodos más sencillos de solución de la mayoría de los conflictos, que aquellos que con razón, por la naturaleza de la infracción y la gravedad de la sanción, representan al modelo de juzgamiento del sistema penal. Rige entonces aquí, sin limitaciones, la propuesta política, esbozada ya en el ámbito del Derecho penal: “los recursos de la justicia penal deberían ser aprovechados para atender las causas penales de mayor envergadura”.

EL DERECHO, LA RAZÓN DE LA FUERZA

SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

I. Punto de partida

El Derecho es una creación del hombre.

Las reglas o normas de Derecho siempre regulan o determinan, directa o indirectamente, la conducta del hombre. El Derecho positivo, pues, fruto del arbitrio humano, es un ente o cosa variable, mudable, susceptible de cambio¹.

Conocer objetivamente cualquier sistema jurídico significa elaborar argumentos en forma de proposiciones. El saber jurídico debe demarcar y distinguir los entes que abarca y los que quedan excluidos²; la configuración del concepto “Derecho” determina decisivamente que ha de comprenderse en su estudio científico. La función de conocimiento

* Se deja constancia de que, originalmente, esta contribución fue gestada en 1998/99 y escrita en 2000 para ser discutida en un curso en el ámbito del Doctorado de la Facultad de Derecho con los doctores Eugenio Bulygin y Ricardo Guibourg. En 2001 fue publicada como capítulo primero de mi obra *Notas sobre Derecho constitucional y garantías*, Ediar, Buenos Aires. Años después, en 2004, fue reescrita para la 2ª edición de la obra mencionada, pero publicada únicamente en México, D.F., por la editorial Porrúa.

En 2010, y ante mi designación como profesor titular de Derecho constitucional (catedrático) de la Facultad de Derecho, dispuse reescribir (una vez más) por completo mis ideas sobre el enfoque del mundo jurídico y el Derecho constitucional. En esta pieza, por tanto, aunque se mantienen inalterables algunos fundamentos expuestos, ciertamente, ahora, se pretende ensayar y avanzar por otros campos, con nueva demarcación, nuevos lineamientos consolidados en nuevas estructuras argumentales. Confío que podrán posibilitar mayor precisión y concreción a las ideaciones básicas por la vía de nuevas discusiones. Además, estas letras constituyen la disertación escrita de mi lección inaugural como profesor titular de cátedra, especialmente preparada para el inicio de clases del segundo cuatrimestre lectivo del año 2010.

Agradezco a todos los colegas del Seminario de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y a la Dra. Alicia Pierini su invitación para debatir críticamente las líneas argumentales aquí desarrolladas en el ámbito preciso y riguroso del mencionado seminario.

Significa también esta contribución en sentido relevante un compendio de mis estudios sobre el Derecho iniciados en 1978 y su praxis iniciada en 1983. En el ámbito de la teoría he sido muy afortunado al tener la magnífica posibilidad de dialogar críticamente con Germán José Bidart Campos y Eugenio Raúl Zaffaroni, dos maestros que me enseñaron mucho y a equivocarme lo menos posible. En el campo de la praxis del Derecho, también he tenido la suerte de conversar cotidianamente con el abogado Ricardo Arturo Kelly y, en señal de fraterna amistad, esta contribución se encuentra dedicada a él.

1 Kelsen, Hans. “La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico”. en *Academia*. Revista sobre enseñanza del Derecho, número 12, año 6. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2008, p. 184. Traducción de Eugenio Bulygin.

2 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.* *Derecho Penal*. Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 3.

del sistema jurídico siempre posibilita tres tipos de comentarios o enfrenta igual cantidad de problemas³.

Uno: La congruencia o incongruencia de las reglas que lo integran con valores superiores que inspiran determinado ideal de justicia. En estos casos, los planteos giran en torno a los fundamentos axiológicos del sistema jurídico, en virtud de que la justicia o injusticia de un sistema normativo equivale a plantear el problema de la correspondencia entre lo que la realidad ofrece y determinada idealidad sugiere.

Dos: Sobre la estructura de las reglas que integran el sistema; en este caso, el problema se relaciona con la existencia y configuración misma de las reglas de Derecho. Desde este enfoque, puede decirse que se emprende el examen de los problemas ontológicos del Derecho.

Tres: En este ámbito, la preocupación central consiste en el análisis de los problemas que se derivan de si las reglas que los componen son o no son efectivamente cumplidas y acatadas por las personas y órganos a quienes se dirigen y, en caso de producirse transgresiones a sus prescripciones, cómo ellos son hechos valer (por medio de la coerción) por la autoridad que los impuso. En este caso, la gama de los problemas aparece relacionada con la eficacia de las reglas jurídicas que integran un sistema normativo; remite, pues, al examen de los problemas sociológicos del Derecho.

El enfoque ontológico o estructural predomina en esta contribución y constituye la determinación conceptual del objeto de estudio. Decir, pues, que el Derecho disciplina la arquitectura y el control social, al determinar la conducta de los ciudadanos y los poderes, implica admitir su normatividad como propiedad relevante. El Derecho es un sistema complejo, compuesto básicamente⁴ de reglas sobre la planificación, la organización y la aplicación de la fuerza cuya expresión o manifestación se materializa por intermedio del discurso elaborado por los poderes estatales⁵. Es en este contexto en el cual puede verificarse la afirmación

3 Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Bogotá, Temis, 1997, pp. 20 y ss.

4 Bulgyn, Eugenio. "Sobre el problema de la objetividad del Derecho", en AA.VV. Nancy Cardinaux, Laura Clérico y Anibal D'Auria (coord.). *Las razones de la producción del Derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación en la selección de jueces*. Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 2006, p. 40.

5 Respecto del tema "lenguaje y derecho", es decir la/s forma/s que puede (paradigmáticamente) asumir la manifestación de este último, v., por ejemplo: (i) Alchourrón, Carlos E. y Bulgyn, Eugenio: "...no parece controvertible que las normas son expresables en el lenguaje, es decir, por medio de enunciados" (*Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 99); (ii) Carrió, Genaro: "...las normas jurídicas están compuestas por palabras que tienen las características propias de los lenguajes naturales. No se trata de una circunstancia meramente accidental; tampoco debe ser vista como un defecto grave ni como una insuficiencia remediable de la técnica de control social que se denomina 'Derecho'. Por ello, es legítimo decir que las normas jurídicas no sólo se valen del lenguaje natural, sino que, en cierto sentido, tienen

cuyo enunciado sostiene que esta programación del ejercicio del poder, racionalmente planificada, que realiza el Derecho, puede ser conceptuada como la razón de la fuerza.

¿Razón de la fuerza?⁶ Sí, razón de la fuerza, que quiere significar, sencillamente, que el Derecho muestra o pretende mostrar cómo sus reglas organizan y programan el ejercicio que el poder estatal decide llevar a cabo. Nada más.

Podrá decirse que la verificación de estos contenidos puede dar lugar a injusticias. No hay dudas. Que por intermedio de ello puede aducirse que el Derecho sería sólo la expresión de los más fuertes y no de los más justos. Tampoco tengo mayores dudas al respecto. Ni de la alarma comunitaria que ello fundadamente provoca.

El planteo teórico que aquí se desarrolla (ver, especialmente, *ut infra* sección IX) consiste en un esquema de análisis de la complejidad que presenta el Derecho que, sin compadecerse por completo con ninguna de las versiones que se reportan desde el positivismo jurídico, se identifica con una interpretación preferente de los derechos fundamentales de rango y jerarquía constitucional. ¿Cómo es esto? Se propugna la posibilidad de que los derechos fundamentales alojados en los textos constitucionales sirvan como efectivas líneas de acción para el empleo de la fuerza estatal, configurando o reforzando, según los casos, los caminos en los cuales cada uno de los ciudadanos que componen la sociedad pueda elegir y decidir libre, individual, grupal y/o colectivamente, y en igualdad de oportunidades la orientación de los planes de su vida.

El itinerario, y sin que ello signifique anticipar las conclusiones, puede ser descripto en las dos proposiciones que siguen: El Derecho es la razón de la fuerza, entendida la palabra “razón” tanto como (a) descripción (y legalidad) de la coacción, cuanto como de su (b) argumentación racional⁷. En ambos supuestos, el conocimiento objetivo del Derecho⁸ es la finalidad

que hacerlo” (*Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p. 47).

6 El término “razón”, de acuerdo con las definiciones lexicográficas que suministra el DRAE, tiene más de quince acepciones. En este contexto –es decir, el que se anota en texto principal–, el término es empleado en un sentido “débil” (a) tanto como dando noticia o informando (por intermedio del lenguaje) acerca de la organización de la fuerza; o más bien, (b) empleando, por ej., específicamente algunas de sus acepciones (la tercera): “palabras o frases con que se expresa el discurso” o (la sexta): “orden y método en una cosa”; (c) agregando y adelantando por mi parte: del poder del Estado. El significado de la expresión “razón de la fuerza” describe, dentro de este perímetro, que el Derecho expresa el discurso del poder y/o que el Derecho es quien organiza el uso de la coacción estatal. ¿Fuerza? Intervención o amenaza de intervención enfilada a la creación y/o mantenimiento de un sistema jurídico, en la orientación deseada por quienes ejercen o detentan el poder.

7 Sobre las funciones de argumentación y descripción, ver, por ej.: Popper, Karl. “Conocimiento: subjetivo contra objetivo”, en David Miller (compil.). *Escritos selectos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 61-82.

8 Barbarosch, Eduardo. “La objetividad en la moral y en el Derecho”, en *Ideas y Derecho, Anuario*

buscada, es decir, la definición de su identidad y los rasgos básicos de su alcance.

II. La definición del Derecho

Si un humanista del prestigio de Norberto Bobbio ha llegado a sostener que para cultivar un campo tan inmenso como resulta el Derecho se requiere un potente tractor, mientras que el único instrumento que él había llegado a poseer eran las tijeras de un jardinero, mis ambiciones no pueden ser sino más modestas, y descreo que los resultados de la tarea puedan servir de pan para los dientes de quienes concentran sus afanes en el estudio de los problemas de la teoría general del Derecho⁹. No obstante, constituye proposición capital la consideración del Derecho como un artificio, en la misma línea del significado que le atribuyera Juan Jacobo Rousseau¹⁰. El Derecho es una realización cultural¹¹, es decir, resultado de la actividad del hombre. Sin embargo, la historia exhibe que los seres humanos, muchas veces, han probado que la irracionalidad, tanto en la producción como en la realización del Derecho, demuestra que el hombre puede construir la cultura y también destruirla.

La definición del Derecho ha causado, ocasiona y seguramente seguirá provocando escozor, polémica, desconcierto, dificultades, perplejidades. Y la lista de efectos puede continuar.

Preguntarse qué es el Derecho comprende una situación sumamente vaga y ambigua. Si sólo se focaliza la atención en la producción del saber jurídico del siglo xx, las respuestas que se encontrarán son disímiles y contradictorias. Por ejemplo, Herbert Hart sostuvo en el año 1961 que no hay una vasta literatura para contestar las preguntas “¿qué es Medicina?” o “¿qué es Química?”, como sí la hay para contestar la pregunta “¿qué

de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2005, pp. 85-102.

9 Bobbio, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. Valencia, Torres Editor, 1980, p. 12. Traducción de Alfonso Ruiz Manero.

10 Afirma Rousseau: “puesto que ningún hombre tiene una autoridad natural sobre sus semejantes, y puesto que la naturaleza no produce ningún derecho, sólo quedan las convenciones como único fundamento de toda autoridad legítima entre los hombres... El pacto fundamental sustituye con una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza había podido poner de desigualdad física entre los hombres, y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o talento, se convierten en iguales por convención y derecho” (*El contrato social*. Barcelona, Altaya, 1993, pp. 8 y 23).

11 Maier, Julio. “El orden jurídico”, en *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, tomo I. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 6. En igual sentido, ver: Häberle, Peter. “La constitución como cultura”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 6. Madrid, 2002, pp. 177-198. Traducción de Francisco Fernández Segado.

es Derecho?”¹².

Algunas palabras que integran el lenguaje tienen importante pluralidad de significados. La polisemia del término “Derecho” tiene grado superlativo. Si se renuncia de antemano a la búsqueda de definiciones dirigidas a la estipulación de sus propiedades esenciales y naturales, se encuentra que “Derecho”, convencionalmente, tiene varios significados, tanto en el lenguaje de los juristas como en el caso del lenguaje de las fuentes jurídicas. En el caso del lenguaje que emplean los juristas, básica y precariamente se pueden distinguir no menos de dos orientaciones, las cuales se encuentran estrechamente ligadas entre sí.

En una primera significación, “Derecho” (objetivo) se emplea para designar un sistema u ordenamiento jurídico, o conjunto de normas jurídicas vigentes en determinado espacio y tiempo; o combinación¹³ de normas primarias, secundarias y otros enunciados no normativos.

Una segunda significación del término alude al Derecho no como sistema u ordenamiento, sino como el nombre que recibe la disciplina científica o saber o ideología cuyo objeto –mediante la utilización de herramientas provenientes de los campos lógicos y/o empíricos y/o valorativos– es la identificación y/o sistematización y/o valoración de la compleja realidad configurada a partir del “Derecho objetivo”. Es decir que tanto el estudio del objeto como el objeto del estudio reciben el mismo apodo. Para toda significación se utiliza el mismo signo: Derecho.

Puede agregarse otro significado: “Derecho” entendido como facultad, pretensión o expectativa subjetiva o grupal. Lógicamente, si bien no es un escollo insalvable, se debe lamentar que la polisemia apuntada no favorece precisamente las indagaciones ni las reflexiones del saber jurídico.

De los significados del término “Derecho”, el que se tiene en foco como cabecera de análisis es el de Derecho como sistema jurídico. Dicho sea de paso, la delimitación de por sí no da por ganada la partida ni asegura su resultado. Sólo ayuda a esparcir las piezas en el tablero, decidiendo ulteriores realizaciones. Nada más. Porque la delineación del perímetro del primero de los significados del término “Derecho”, aun si lo entendiera de manera muy imprecisa, simplificada y liviana como combinación de normas, no dista de ser altamente problemática.

12 Hart, Herbert. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 1. Traducción de Genaro Carrió. Inevitablemente, debe entenderse que el momento de la aludida indagación fue el de la publicación de la versión inglesa de la obra citada.

13 Julio Maier describe al Derecho como la combinación de reglas entre las que se encuentran normas de deber, normas potestativas y reglas permisivas específicas. V. Maier, Julio B. J. “I. El orden jurídico”, en *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, tomo I. Buenos Aires, A. Hammurabi, 1989, pp. 94-95.

Con rigor se señala que los sistemas jurídicos designan un macroconjunto de normas jurídicas cuyos componentes son todos reconducibles a un fundamento común de validez: típicamente una constitución. La admisión de que el Derecho es un sistema puede ser entendida en no menos de dos sentidos: (a) asumir que el Derecho es un sistema supone admitir que el Derecho manda y pone orden; (b) por otra parte, al asumir que el Derecho es un sistema, se pretende decir que el Derecho es algo ordenado, coherente y quizá tendencialmente completo¹⁴. En los desarrollos que siguen, al Derecho se le caracteriza –la mayoría de las veces, de modo implícito– como un sistema que intenta poner orden o que sus mandas reglamentan el uso de la coerción.

Significa admitir, además, al reconocer en el Derecho un sistema, que se encuentra compuesto básicamente por normas o reglas, que responden a diferentes elaboraciones, normas que pueden ser observadas tanto en forma estática como dinámica, siempre producidas por el hombre¹⁵.

III. El Derecho, macroconjunto de reglas acerca de la fuerza que se expresa por intermedio de reglas primarias y secundarias

No se puede demostrar, porque la realidad lo desborda, que el rasgo principal del Derecho sea que sus reglas estén garantizadas o protegidas por la fuerza. Todo indica que es más segura la afirmación que sostiene que la verdadera posición es que el Derecho consiste principalmente en reglas acerca de la fuerza. Reglas que configuran pautas para el ejercicio de la fuerza. El Derecho, entendido como sistema, es un macroconjunto de reglas sobre la organización y aplicación de la fuerza, cuya representación o expresión se concretiza por intermedio del discurso generado por el poder estatal. El término “Derecho”, empleado para denotar la organización y aplicación de ese fenómeno que es la misma fuerza estatal, es sinónimo de enunciados que se integran en un sistema

14 Guastini, Ricardo. *Distinguiendo*. Barcelona, Gedisa, 1999, p. 352.

15 Mario Bunge enseña que el más simple de los análisis del concepto de sistema incluye los conceptos de composición, entorno, estructura y mecanismo. La composición de un sistema es la colección de sus partes; el entorno del sistema es la colección de las cosas que actúan sobre sus componentes, o a la inversa; la estructura de un sistema es la colección de las relaciones, en particular, de vínculos y enlaces entre los componentes del mismo, así como entre éstos y los componentes del entorno; por último, el mecanismo de un sistema está compuesto por los procesos internos que lo hacen funcionar, es decir, cambiar en algunos aspectos, mientras que conserva otros. (V. Bunge, Mario. *Emergencia y convergencia*. Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 25-60, y *Filosofía y Sociedad*. México, D.F. Siglo XXI editores, 2008, pp. 9-48).

normativo. Estas disposiciones o enunciados tienen algo en común: ser reglas que pretenden llevar a cabo la regulación de la fuerza estatal.

Sin embargo, no puede pasarse por alto la cuestión de que el Derecho no es un instrumento neutral porque siempre su normativa y aplicación viene precedida de presupuestos filosóficos e ideológicos. Por dicha razón, suele decirse que el Derecho es un instrumento para el control social. Debe añadirse que las reglas de comportamiento en que el Derecho consiste también son una herramienta de la que se sirve racionalmente el hombre para disponer la coexistencia.

Por lo pronto, el Derecho se integra con la totalidad del discurso jurídico positivo vigente en un Estado. Se edifica gradual y escalonadamente con el lenguaje prescriptivo producido por los poderes del Estado¹⁶.

En líneas generales, los poderes del Estado que tienen aptitud para generar este discurso prescriptivo son: (a) los poderes constituyentes (sean éstos originarios o derivados), y (b) los poderes constituidos. El poder constituyente originario es el que da nacimiento a la primera constitución o ley mayor estatal, norma jurídica prescriptiva que programa la arquitectura y control de las funciones de los poderes del Estado y confiere estatus a los derechos fundamentales de las personas o grupos de ellas. Se trata del lenguaje prescriptivo por excelencia, en razón de que todo el resto de las disposiciones subconstitucionales del sistema jurídico, al fundar su validez en la Ley Mayor, pueden ser consideradas en forma rudimentaria, como derivaciones o apéndices del discurso prescriptivo constitucional.

El Derecho puede ser visto y entendido, pues, como un hecho social, cuyo discurso instrumenta la arquitectura social, dando contenido a las pautas que requiere la organización y aplicación de la fuerza estatal que disponga llevarla a cabo. A partir de tal lectura de ese fenómeno complejo que configuran los sistemas jurídicos, sus propiedades más relevantes consisten en normas y prácticas prescriptivas.

Fundamentalmente por razones didácticas¹⁷, puede distinguirse que el

16 Bobbio señala, en su célebre trabajo "Ciencia del Derecho y Análisis del Lenguaje", que la jurisprudencia es el análisis científico del discurso del legislador o lenguaje de las leyes. El trabajo se encuentra en *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, Torres Editor, 1980, pp. 186 y ss.

17 El empleo de normas primarias y normas secundarias utilizado por el saber jurídico revela distinciones importantes entre las diferentes fuentes. Además, el criterio de demarcación entre normas primarias y secundarias puede responder a una ponderación axiológica, a una cuestión cronológica o a un aspecto funcional. Se toma partido por el aspecto funcional, aunque apréciase que, en rigor, no puede descuidarse el hecho de que las normas "que confieren estatus" a los derechos fundamentales también se dirigen a los funcionarios, porque éstos son también ciudadanos y porque como servidores públicos deberían realizar su observancia ajustada. A su turno, las reglas aquí denominadas "secundarias" también rozan la actividad del ciudadano, ya que en el Estado constitucional la organización del perímetro del poder es una instancia reglada. Por lo demás, en la teoría de Hans Kelsen, las verdaderas normas jurídicas serían las denominadas aquí "secundarias",

sistema jurídico está integrado, al menos, por dos clases de las siguientes normas, en orden a la función que cumplen y los destinatarios a quienes se dirigen¹⁸: (a) primarias, que son las que prescriben facultades, obligaciones o prohibiciones a las personas, y (b) las normas secundarias, que son las que confieren potestades a los funcionarios o estipulan sanciones o reglan el cambio intrasistémico. También existen “enunciados que no son normativos, pero que influyen en los efectos normativos de otros enunciados”¹⁹; se cita, como ejemplo, el preámbulo de la Constitución federal de la Argentina: “...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...”. Seis reglas básicas de la ordenación comunitaria.

En su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*, publicada en 1958, Alf Ross, al preguntarse cómo se distingue el contenido de un ordenamiento jurídico nacional de otros cuerpos individuales de normas, tales como las del ajedrez o las de cortesía, sostuvo que un orden jurídico es un cuerpo integrado por reglas que determinan las condiciones bajo las cuales debe ejercerse la fuerza física contra una persona; el orden jurídico nacional establece un aparato de autoridades públicas (los tribunales y los órganos ejecutivos) cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. O, más brevemente, un orden jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado²⁰. Dentro de ese orden jurídico, Ross aceptó que las normas podían ser divididas o clasificadas en dos grupos, según su contenido inmediato: normas de conducta (quedarían dentro del campo que en esta pieza se denominan “normas primarias”) y normas de competencia (poder, autoridad). Las primeras prescriben una línea de acción, mientras que las segundas crean una competencia o autoridad²¹.

Ross criticó el punto de vista que establecía que el Derecho se encontraba constituido por reglas respaldadas por la fuerza. Además, hizo explícito que la relación entre las normas jurídicas y la fuerza consiste en el hecho de que ellas se refieren a la aplicación de ésta, y no en el hecho de que estén respaldadas por el uso de la fuerza. Rechazó, por lo tanto, que

aunque, en rigor, deberían ser llamadas “primarias” porque serían las únicas o relevantes normas del sistema. Realizada esta justificación, pues, se mantiene la distinción con los fines y orientación indicada en el texto principal, más arriba.

18 Bobbio, Norberto. *Contribución a la Teoría del Derecho*. Valencia, Torres Editor, 1980, p. 317.

19 Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires, Astrea, 3ª reimpresión, 1998, pp. 106-108.

20 Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Buenos Aires, Eudeba, 1994, p. 34. Traducción de Genaro Carrió.

21 Ross, Alf, ob. cit., p. 32.

las normas de competencia (quedarían dentro del ámbito que en esta contribución se denominan “normas secundarias”) fuesen las únicas que constituyen el ordenamiento jurídico.

Además, Ross afirmó que el Derecho puede ser caracterizado por dos notas: (a) que consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza, y (b) que consiste en normas de conducta y de competencia²².

Consiguientemente, norma primaria y norma secundaria en este contexto se encuentran combinadas por una relación de naturaleza funcional. Desde este enfoque, se aduce que el que tiene naturaleza prescriptiva es el sistema considerado en forma global y que no cabe predicar sino la juridicidad como propiedad del sistema normativo contemplado integral y conjuntamente, y no de la norma considerada de modo aislado.

No hay mayores dificultades para reconocer que la coercibilidad es una propiedad del sistema jurídico, y no de la norma reputada de modo aislado.

Sin embargo, Hans Kelsen, el más distinguido e influyente jurista del siglo XX, en su obra *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, publicada en 1911, observó que la esencia de la norma jurídica con respecto a los sujetos del Derecho consiste en que los obliga; los diferentes deberes jurídicos de los súbditos de los órganos del Estado, o del Estado mismo, son creación del orden jurídico, que no es sino la suma de las normas del Derecho²³. Por su imperatividad, es decir, por su naturaleza eminentemente sancionatoria, sólo las aquí denominadas normas secundarias formarían parte –en verdad– del sistema jurídico.

Kelsen, años más tarde, en 1960, en la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, atenuó un poco la posición al distinguir entre normas jurídicas independientes y no independientes:

...de lo dicho resulta que un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede con todo ser caracterizado como un orden coactivo, en cuanto todas las normas que de por sí no estatuyen actos coactivos, y que, por tanto, no imponen obligaciones, sino que sólo facultan o permiten positivamente la producción de normas, son normas no independientes que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo...²⁴.

22 Ross, Alf, ob. cit., pp. 57 y ss.

23 Kelsen, Hans. *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado, desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. México, Porrúa, 1987, p. 271. Traducción de la 2ª ed. del alemán de Wenceslao Roces.

24 Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México, Porrúa, 2ª ed., p. 70. Traducción de Roberto Vernengo.

Nótese que si se aceptase que en rigor son las normas secundarias las únicas que integran un sistema jurídico estatal, resulta interesante describir alguna consecuencia de este esquema teórico de raíz “kelseniana”, o llevarlo hasta sus últimas consecuencias, poniendo un ejemplo. Tal proposición se podría expresar del siguiente modo: todos los enunciados jurídicos que integran un ordenamiento y que reglamentan el derecho individual y colectivo del trabajo, o de enseñar y aprender, o de libertad de expresión, etcétera (v. gr.: las reglas primarias o de conducta contenidas en los artículos 14 bis²⁵ y 14²⁶, respectivamente, de la Constitución federal de la Argentina), y en tanto no establezcan sanciones –son normas no independientes–, sólo recibirán su carácter de jurídico en conexión con otras normas del sistema que estatuyan sanciones o actos coactivos respecto de las líneas de acción estipuladas por aquéllas.

En realidad, y tal como se analiza más adelante, el problema de este esquema no es la insatisfacción que provoca. Por ahora, sólo adelanto el ejemplo. Y su crítica: es incorrecto decir –actualmente– que las reglas constitucionales que confieren el reconocimiento de los derechos fundamentales no sean normas que impongan líneas de acción a los poderes estatales y, por ende, que no sea factible decidir el índice o grado de coactividad que ellas tienen.

IV. El Estado constitucional

Un rasgo dominante del Estado constitucional consiste en que la coexistencia de los hombres es regulada por el Derecho. Para el

25 Artículo 14 bis.- El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.

El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

26 Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

ciudadano, el orden jurídico se presenta como conjunto de reglas que determinan las condiciones en que ha de comportarse con relación a los demás.

La gran mayoría de las doctrinas iuspositivistas suele admitir que las dos diferencias que marcan la distinción entre los sistemas jurídicos con los morales, religiosos o de trato social consisten en que: (a) los sistemas jurídicos, para el caso que no se cumpla la conducta reglada, estipulan la aplicación de sanciones de carácter externo, que en última instancia puede derivar en la utilización de la fuerza física, y (b) el monopolio de la coacción se encuentra en manos del Estado, es decir, se encuentra institucionalizada.

Si se considera que la coactividad es un elemento central de los sistemas jurídicos, razonablemente es dable entender que se presuponen los siguientes datos: (a) que sólo el Derecho puede limitar al poder, pero que sólo el poder crea al Derecho; (b) que el Estado, entendido como organización social que monopoliza el ejercicio de la fuerza, es también quien monopoliza la producción jurídica y su aplicación²⁷. La fuerza o coacción que es monopolizada por el Estado es el rasgo caracterizador de los sistemas jurídicos considerados globalmente, como conjunto de normas primarias y secundarias, y no una calificación aislada de uno o más enunciados que componen el sistema, que pueden ser no prescriptivos. Así, la fuerza se ubica en la génesis del Derecho y en su aplicación.

Sin embargo, queda una importante cuestión por analizar. En efecto, el Estado, que es el que crea el Derecho, puede ser visto con relación a éste, al mismo tiempo, de dos modos: como un fin o como un medio.

V. El Estado como un “fin”

Si no se ve al Estado como un medio para la protección de los derechos fundamentales (sencillamente, porque la realidad clausura la posibilidad de que puede concretarse dicho postulado), será difícil argüir en contra de que el Derecho es, y probablemente será, la ley del más fuerte. Lo expuesto no implica que la aplicación de la fuerza no pueda ser justa. Lógicamente podría llegar a serlo, no puede descartarse. Quiero señalar que, en este esquema, la fuerza es lo sustantivo, la expresión del más fuerte. La terminología “la ley del más fuerte”, de exclusiva prosapia descriptiva, nada tiene que ver con la aprobación o reprobación que con

27 Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. Buenos Aires, Planeta-Agostini, 1994, p. 14.

fundamentos éticos o de justicia produzcan ciertos sistemas jurídicos, como adujo Ross²⁸. Y será la ley del más fuerte si se entendiére que las normas –aquí llamadas “secundarias”– son las verdaderas normas del sistema jurídico (Kelsen), o las únicas capaces de conferirle juridicidad, por cuanto ellas, y sólo ellas, son las que peculiarmente estipulan sanciones o confieren potestades para hacerlo, dado que allí –se arguye– el rasgo de la fuerza o coacción constituye el contenido mismo de la reglamentación que realiza el Derecho.

Pienso que para estas corrientes el Derecho bien podría ser caracterizado como la razón de la fuerza, expresión cuyo contenido, dicho sea de paso, cuenta con altísimas probabilidades de corroboración empírica en la realidad mundial. Conviene distinguir, con la mayor claridad posible, qué se intenta decir cuando se afirma que “el Derecho es la razón de la fuerza”. Se quiere subrayar que, precisamente, esta regulación de la coacción que despliega el Derecho es lo que lo distingue o separa de otros sistemas u órdenes normativos, como pueden ser, por ejemplo, la moral o la religión.

Es posible advertir, además, que en esta perspectiva teórica que permite calificar al Derecho como la razón de la fuerza, la palabra “razón” es usada en un sentido muy débil como “orden y método en alguna cosa”, a lo que debe asociarse la idea –o va implícita– de que los principios y reglas que integran un sistema jurídico pueden ser impuestos, aun coactivamente²⁹. Significa que en determinadas situaciones se puede constreñir por la fuerza, incluida la violencia física contra la/s persona/s, para el cumplimiento de determinadas prescripciones del sistema jurídico. Tampoco va en contra o en detrimento de la coercibilidad, como nota dominante de los sistemas jurídicos, que en múltiples ocasiones el Derecho sea efectivo de modo espontáneo, sin necesidad de tener que recurrir a la utilización de la fuerza estatal.

En este contexto que se analiza, el uso de “razón” podría ser entendido y distinguido en una variedad de planos, de los que, por su importancia, seleccionaré dos: el epistemológico y el normativo.

(i) Dentro del campo de la opción epistemológica referida, afirmar que el Derecho es la “razón de la fuerza” significaría, sencillamente, decir que la razón es una guía autónoma del hombre en todos los campos en que

28 Afirmó Alf Ross: “Se ha sostenido que el sistema de violencia impuesto por Hitler no era un ordenamiento jurídico, y el positivismo jurídico ha sido acusado de traición moral por su reconocimiento no crítico de que tal orden no era Derecho. Pero una terminología descriptiva nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral. Puedo considerar a cierto orden como un orden jurídico, y al mismo tiempo entender que mi deber moral más alto es derrocarlo” (V. ob. cit. *supra*, nota 20, p. 32).

29 Díaz, Elías. *Curso de Filosofía del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 78.

es posible una indagación o una investigación. En este sentido, se dice que la “razón” es una facultad propia del Hombre y que lo distingue de otros animales³⁰. En este marco, el término “razón” significa “facultad de pensar”, y no, que el hombre siempre piensa. Puede hacerlo. Nada más.

“Razón”, empleada en este contexto, quiere poner de manifiesto sólo que la aplicación de la fuerza estatal es precedida habitualmente por un criterio cognitivo.

(ii) En el ámbito normativo, el empleo de la palabra “razón” puede significar: (a) anotar, informar de un asunto; (b) aludir a la facultad de discurrir, y a las palabras o frases con que se expresa el discurso; (c) o, más concretamente, referir al discurso de los poderes del Estado que reglamenta o regula el momento, la forma, el sujeto y la dosificación o quantum para el empleo de la fuerza estatal. No queda comprendido en dicho ámbito de significación el “qué” o “sustancia” de que puede o debe, o no puede o no debe, disponer la reglamentación coactivamente.

(iii) En un sentido débil, el “Derecho como la razón de la fuerza” –expresión que no es más que una categoría que empleo para calificar la visualización genérica que del fenómeno jurídico realizan importantes corrientes pertenecientes a la familia del positivismo jurídico– quiere decir: (a) que la fuerza que los hombres aplican a través del Estado, a diferencia de la fuerza existente en el resto del mundo animal, es organizada y empleada sobre la base de criterios que, genéricamente, pueden ser descriptos como la capacidad de entender o comprender qué tienen aquéllos, es decir, basados en su inteligencia, y (b) que la fuerza es organizada y aplicada por intermedio del discurso, cuya normatividad es la nota peculiar con que se expresa el Derecho.

VI. El Estado como un “medio”

Si, en cambio, al Estado se lo considera un instrumento, el ente únicamente se legitima si tutela y satisface los derechos fundamentales. Es más: aquí el Estado no sólo es el que confiere los derechos fundamentales, sino que además debe generar las condiciones para su realización, ya sea por abstención o por prestación. En este caso, a diferencia del anterior, el Estado debe legitimarse mediante la procreación y respeto del ambiente necesario para la realización de los derechos fundamentales.

30 Abbagnano, Incola. *Diccionario de filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 978.

Para comprender cabalmente esta posición, conviene tener en cuenta la observación que realiza al respecto Luigi Ferrajoli al aseverar que actualmente hay un nuevo paradigma en la historia de la cultura jurídica. Ferrajoli afirma que gran parte de los valores de justicia elaborados por la doctrina iusnaturalista de los siglos xvii y xviii (valor de la persona humana, igualdad, derechos civiles y políticos) han sido consagrados en las modernas constituciones en forma de principios normativos fundamentales que contienen limitaciones cuyo destinatario es el poder público³¹.

Los derechos fundamentales son Derecho positivo por cuanto están estipulados en las constituciones –igualdad, de los derechos de libertad a los derechos sociales– y son, en esta clave de interpretación, Derecho sobre derechos. Es decir, las reglas de los derechos fundamentales disciplinan en cierta medida la programación del contenido de toda la legislación subconstitucional, y no solamente la programación de la forma de producción a través de normas de procedimiento sobre la formación de leyes, que fue y es un paradigma del positivismo clásico. En este esquema de pensamiento, los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia³².

VII. El positivismo jurídico y la caracterización del Derecho como “la razón de la fuerza”

En la literatura jurídica frecuentemente se polemiza alrededor de las propiedades que distinguen a los sistemas jurídicos de otros sistemas normativos, como la religión, la moral o las reglas deportivas. El ideario, cuyo contorno luce “que el Derecho es algo distinto, definitivamente diferente de otros órdenes normativos”, es producto del positivismo jurídico, entendido como corriente teórica y con generosísima amplitud, donde el fenómeno jurídico se distingue de otros fenómenos normativos porque el Derecho es la organización e institucionalización de la coerción, y no depende necesariamente de la moral, ni se vincula con ella, aunque eventualmente podrían coincidir.

Las teorías positivistas –hijas de la aspiración muy humana de intentar la estipulación de cierto grado de certidumbre para (y en) sus relaciones–

31 Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 1997, pp. 218, 355, 356, 357 y 854.

32 Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 1999, pp. 53 y ss.

tienen argumentos más plausibles para insistir en pretender definir al Derecho como el sistema jurídico cuyas reglas sean la razón de la fuerza. Lo expuesto no implica una adhesión incondicional a las teorías iuspositivistas, sino, sencillamente, la simple comprobación empírica de que, en su inmensa mayoría, los sistemas jurídicos estatales existentes en el mundo se hallan estructurados por el Derecho que “es” y no por el que “debiera ser”, que sí permitiría la cabal realización de los derechos fundamentales, y, con seguridad, sistemas jurídicos tanto más correctos.

Un simple ejercicio permite comprobar que el Derecho, como instrumento para el control y la arquitectura social, no ha podido existir sin la fuerza. Hasta el siglo xx, el Derecho, descrito como se lo intenta hacer en esta disertación, ha encarnado siempre con mayor o menor dureza la posición del más fuerte, donde el más fuerte es el poder. Hace tres siglos y medio, Thomas Hobbes replicó a sir E. Coke que no es la verdad, sino la autoridad, la que hace el Derecho: “La razón de nuestro estado, nuestro hombre artificial, es lo que constituye la ley, y no la jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados... y la ley es una orden... y una orden es la manifestación de voluntad de quien manda.”³³.

De lo expuesto en párrafos precedentes, claramente se advierte que en la afirmación “el Derecho ha sido y es la razón de la fuerza para desarrollar la arquitectura y ejercer el control social”, el término “razón” no significa “justo o correcto”. “Razón” es utilizada, solamente, como actitud cognitiva y descriptiva de la reglamentación de la fuerza estatal que lleva a cabo el sistema jurídico.

Llegado este punto, vale la pena preguntarse: (a) ¿puede tener alguna incidencia la constitución escrita en todo este asunto?, y (b) y si fuera cierto, ¿cuál es el lugar exacto que ocupa la constitución escrita del Estado en toda esta cuestión?

VIII. La base de los sistemas jurídicos estatales

“Constitución” significa una categoría jurídica básica de la teoría y práctica del Derecho. Los modernos sistemas jurídicos estatales son sistemas normativos estructurados jerárquicamente. En su base se encuentra la norma constitucional, que a su vez implica propiamente un “subsistema normativo”. La estructura jerárquica del sistema jurídico de un Estado

33 Hobbes, Thomas. *Leviatán*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 222.

puede expresarse de modo rudimentario, como sostiene Kelsen, en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la constitución representa el nivel más alto dentro del Derecho estatal³⁴.

La palabra “constitución” es usada en el lenguaje jurídico, político y social con una pluralidad de significados. No es éste el sitio para llevar a cabo un listado de significaciones³⁵. Sí, en cambio, pretendo describir en qué sentido puede entenderse que la constitución escrita es la base del sistema jurídico estatal, y cuáles son las jerarquías que tiene la norma constitucional con el resto de las normas que lo integran, y si de ello es a su vez derivable alguna proposición peculiar. Para tal cometido, será suficiente, por el momento, ensayar las siguientes orientaciones, las que se encuentran dirigidas a las constituciones que observan cierto grado de rigidez, entendiendo por “rigidez” que la norma constitucional no puede ser reformada mediante la utilización de los mismos procesos estipulados para la configuración de la legislación ordinaria de rango subconstitucional.

Descriptiva y objetivamente, suele emplearse el término “constitución” para designar un conjunto de reglas que singularizan, personifican e identifican a los sistemas jurídicos estatales, expresadas en un documento y que en relación a todas las demás reglas del sistema son fundamentales. Al afirmarse que “la constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema jurídico”, ¿qué se postula exactamente? Se puede hablar de jerarquía lógico-normativa y de jerarquía axiológica³⁶. Me ocuparé de la primera: la constitución resulta formalmente superior a las normas cuya producción programa, ya que la constitución es lógicamente anterior o viene predispuesta con relación a las normas infraconstitucionales.

La constitución es la norma mayor del sistema jurídico como consecuencia de una decisión positiva del poder estatal. Si la constitución es la norma de mayor jerarquía del sistema, no es lógicamente posible ir de la norma superior a la norma inferior sin atravesar la distancia jerárquica que hay entre ellas. Negar esta distancia sería contradictorio, porque no puede

34 Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, Imprenta Universitaria, 1958, p. 146. Traducción de Eduardo García Manies.

35 V. Comanducci, Paolo. “Modelos e interpretación de la constitución”, en Manuel Carbonell (compil.) *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. México, Porrúa, 2008, pp. 124-154.

36 Cuando se predica que “la Constitución es la norma jurídica de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico”, el enunciado debe ser entendido como que la norma ocupa la base del sistema normativo por obra de las fuentes de producción jurídica estatal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y/o el Derecho comunitario o de integración regional que en algunos estados tiene jerarquía normativa constitucional, o más aún, hasta puede ser que tenga supremacía respecto del propio texto constitucional, no ocupa en esta oportunidad un sitio para las indagaciones, no porque carezca de importancia la temática –todo lo contrario–, sino porque el examen se ciñe al Derecho producido exclusivamente por fuente estatal.

irse de lo superior a lo inferior sin atravesar las distancias que los separan. Este sencillo ejemplo demuestra la primacía lógica de la constitución. Recorrer el camino inverso –de la norma inferior a la superior–, no hace falta decirlo, es en sí mismo contradictorio.

En este campo, la constitución es el plan maestro que esquematiza las formas y procedimientos que debe observar toda la producción jurídica de los poderes del Estado. No caben dudas de que es concretamente en esta relación de jerarquía lógico-estructural entre la constitución y el resto de las normas del sistema jurídico, donde puede afirmarse que la constitución disciplina y programa la configuración del cuándo, el cómo, el quién y el cuánto del ejercicio del poder coactivo.

La constitución determina regíamente la producción de reglas jurídicas de alcance general; por consecuencia, regula la forma y, hasta cierto nivel, el contenido de la elaboración estatal.

Si el Derecho es la “razón de la fuerza” –en el sentido expuesto *ut supra*, sección III–, la constitución sería el paradigma de esta tecnología. Claro que convenir ello traería como corolario admitir que las normas de conducta (normas primarias) escritas en los textos constitucionales son, a lo sumo, indicadores o menús, pero carentes de fuerza normativa e incapaces de conferir juridicidad al sistema normativo, ya que en estos enfoques normativistas la juridicidad del sistema es propuesta por sus normas secundarias. En este esquema, por lo tanto, es evidente que no todas las reglas constitucionales tendrían la misma relación de supraordenamiento y jerarquía con el resto de las normas del sistema jurídico. Sólo son fundamentales y supremas: las que determinan las formas y sistema de Estado y de gobierno, respectivamente; y las que disciplinan la producción y el conferimiento de las potestades legislativa, administrativa y jurisdiccional a los órganos que encarnan la voluntad estatal.

IX. Derechos fundamentales: Líneas de acción para el ejercicio de la fuerza estatal

Distinguir si el Derecho es la razón de la fuerza, es decir, ha sido (y es) la “expresión de los más fuertes”³⁷, o en cambio, el Derecho es también la razón de la fuerza, pero ahora en sentido fuerte –donde ciertos ideales puedan justificar o no la coactividad del Derecho–, conduce, una vez

37 Bobbio, Norberto, ob. cit. *supra*, nota 3, p. 174.

más, a enfrentar el antiguo y reiteradamente difundido dilema sobre el papel de la ciencia o saber jurídico.

Optar por la segunda de las alternativas supone dejar parcialmente a la sombra algunas ideas de Kelsen con relación a las normas imperativas y, al mismo tiempo, advertir con objetividad el innegable rol que desempeñan los derechos fundamentales en los sistemas jurídicos³⁸. El repertorio de los derechos fundamentales que componen todas las constituciones modernas significa una demarcación trascendental para la tarea estatal. No parece acertado afirmar que la fuerza del sistema jurídico se reduce a la coactividad que emana de las denominadas normas secundarias del sistema. En efecto, en los sistemas jurídicos que en la base de su escalonamiento jerárquico hospedan a los derechos fundamentales –cuyo estatus es conferido por la constitución–, difícilmente pueda abrigarse duda alguna de que los mismos serían verdaderas “líneas de acción”, en el sentido que adjudicó Ross a las normas de conducta (ver *ut supra* sección III). No caben dudas de que las normas de competencia o de organización del poder, o secundarias, confieren potestades para sancionar y cambiar. Pero las normas primarias también tienen que ver con la reglamentación de la fuerza, en virtud de que normalmente en ellas se encuentran encastrados los catálogos de derechos fundamentales y sus garantías.

En esta clase de sistemas jurídicos, los derechos fundamentales y sus garantías proveerían el contenido para el uso de la fuerza, configurando directivas para su organización y consecuente aplicación³⁹. Como enseñó en nuestra dogmática Germán Bidart Campos, cuando la constitución configura derechos y les da constancia normativa, no lo hace para cumplir un propósito decorativo y literario de pura retórica o alarde léxico, sino para que las personas dispongan de acceso a su goce y a su disfrute, y para que puedan hacerlos valer jurídicamente ante un Estado al que, en reciprocidad, se le demarcan límites, y se le reparte el poder con

38 Elías Díaz plantea que la relación de fuerza-razón en forma de conjunción copulativa –y no en términos más bien disyuntivos, contradictorios o conflictivos– quizá conduzca a una nueva conceptualización del Derecho. La inevitable razón de la fuerza puede y debe ser siempre enjuiciada y controlada desde aquella a la que todos llamamos la fuerza de la razón (ob. cit., p. 78).

39 La técnica garantista consiste –para Ferrajoli– en incluir valores bajo la forma de límites o deberes en los niveles más altos del ordenamiento jurídico –en nuestro caso, la Constitución– a fin de excluirlos en forma de poderes en los niveles más bajos, convirtiendo en valorativos los juicios de validez sobre las normas de nivel más bajo en relación con las normas que están llamados a aplicar. Si en los niveles más altos no fueran incorporados valores, sino sólo el principio formal que es válido además de vigente *quod principi placuit*, el juicio de validez se reduciría a una aserción empírica, verificable y cierta, sobre la fuente y los procedimientos previstos para la vigencia de la ley; y las valoraciones, en tal caso, tendrían entrada libre tanto en el lenguaje de las leyes, no vinculadas a la estricta legalidad, como en el de los jueces, no vinculadas a la estricta jurisdiccionalidad y válidamente investidas de poder de disposición en la calificación legal, pero no en la censura de las leyes (Ferrajoli, Luigi, ob. cit. *supra*, nota 31, p. 877).

funciones a cargo de órganos separados, sujetos a control⁴⁰.

Hay constituciones que, en tanto fundamento de validez de los sistemas jurídicos, no se limitan a programar un conjunto de procedimientos dirigidos a posibilitar la planificación y despliegue de la coerción a cargo de los poderes constituidos, sino que además, y aceptando que ellas no son fines sino medios, reputan que los derechos fundamentales en ellas insertados realizan una reglamentación que se considera el ámbito básico de la vida comunitaria en libertad, donde se les concibe no sólo como derechos subjetivos, sino también como reglas objetivas del sistema y, como tales, formal y no materialmente, líneas de acción que deben asegurar un uso correcto de la fuerza estatal. Proposición que implica la comprensión global de las complejidades que muestran las realidades configuradas por esos órdenes. No apareja el abandono de la proposición que señala que la actividad dogmática jurídica consiste en describir el estado de cosas que el Derecho configura y determina. Naturalmente, esta demarcación o determinación jamás puede ser completa. Resulta casi imposible que la constitución pueda determinar todas las orientaciones de su realización. En el Estado constitucional, la eliminación radical del ámbito de la discrecionalidad es insuperable; la discrecionalidad es un rasgo dominante de la especie humana.

El sistema jurídico constitucional alemán contiene una disposición que ejemplifica normativamente –la proposición que en esta disertación se discute– de manera muy aproximada la tesis que aquí se describe. Dispone el artículo 1º, inciso 3º, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que los derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a título de derecho directamente aplicable. En esta tipología de sistema jurídico la verdadera razón del mismo también residiría en la fuerza normativa de sus derechos fundamentales.

En el caso de la República Argentina, en la actualidad su orden estatal se encuentra instituido por su Derecho constitucional, creación humana que emana básicamente de las reglas generales contenidas en la Constitución federal de 1853 con sus reformas de 1860 –“la constitución histórica”–, 1866, 1898, 1957 y 1994, y en las reglas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional. La primacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en adelante DDHH– puede ser observada como un paradigma del Derecho constitucional de la Argentina. Dichas reglas constituyen significativas líneas para la acción

40 Bidart Campos, Germán J. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 26.

estatal y ciudadana⁴¹.

Ciertamente, conceptos morales han sido desarrollados. Fruto de ese desarrollo, ahora el texto constitucional muestra la positividad. Los principios morales han sido positivizados. Los conceptos morales, al ingresar a la Constitución, que es norma jurídica, son ahora, para el Derecho, conceptos de derecho positivo. Ergo, derecho y moral no deben tener un significado necesariamente coincidente, aunque puede suceder. Por lo pronto, persiste la distinción entre lenguaje moral y lenguaje jurídico. Reconozco, no obstante, que son conceptos altamente indeterminados, pero que observa la distinción entre Derecho y moral, entre el Derecho como es y el Derecho como debería ser, entre la descripción del Derecho y su valoración⁴².

En este contexto, la palabra “razón” puede ser empleada para definir al término “Derecho” como la razón de la fuerza, pero derivándose la posibilidad de que el término pueda ser realizado en un sentido “fuerte” y no tan sólo débilmente.

En la lengua española, el término “razón” admite una importante variedad de significados, de los cuales, en esta investigación, se ha seleccionado sólo una duplicidad.

En los apartados anteriores –ver *ut supra* sección III– se exploran los significados del término, en tanto “razón” es apto para denotar, por ejemplo, tanto inteligencia como anoticiamiento o poder de informar sobre

41 Por intermedio de la reforma constitucional de 1994 se dispuso en el artículo 75, inciso 22: “...Corresponde al Congreso... inciso 22º: Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

La Ley 24820 –publicada en el Boletín Oficial del 29/5/1997– otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada por la XXIV Asamblea General de la OEA, en los términos del artículo 75, inciso 22 de la Constitución federal. La Ley 25778, publicada en el BO el 3/9/2003, otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de la ONU el 26/11/1998 y aprobada por Ley 24584.

Consecuentemente, hoy trece instrumentos del DDHH gozan de jerarquía constitucional

42 Guastini, Ricardo. “Los principios constitucionales en tanto fuente de perplejidad”, en Víctor Bazán (compil.) *Derecho procesal constitucional americano y europeo*, tomo I. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 190.

la cosa de que se trata (en nuestro caso, la fuerza estatal). Pero “razón” –según la cuarta acepción del DRAE⁴³– también puede ser empleado para significar “argumento o demostración que se aduce en apoyo de alguna cosa”, donde la argumentación como operación intelectual persigue el convencimiento de que algo es correcto. En este caso, las “razones de Derecho constitucional”, es decir, los derechos fundamentales normados en las constituciones, operarían como un listado o catálogo orientador de las decisiones políticas fundamentales, permitiendo establecer “qué” manda el poder por intermediación del Derecho, y no sólo quiénes mandan o están autorizados para hacerlo, creando regulaciones y aplicando sanciones.

La Constitución federal de la Argentina, por caso (básicamente: Primera Parte, Capítulo Primero: Declaraciones, derechos y garantías; Capítulo Segundo: Nuevos Derechos y en la Segunda Parte, Título Primero, Sección Primera, Capítulo Cuarto: el artículo 75, inciso 22 ya aludido), contiene una descripción de un estado de cosas, es decir, un estado deseado por el legislador constituyente. Ese estado de cosas sólo puede ser vislumbrado racionalmente por el constituyente, a condición de que se trate de un mundo constitucionalmente posible. Si el estado de cosas delineado por el constituyente en la Constitución no es “lógicamente posible” (es decir, no puede ser realizado, sus reglas no satisfacen los estándares del querer racional), se trataría de una descripción originariamente falsa de la realidad, que no coincide ni puede coincidir con el estado de cosas. Con seriedad, entonces, sólo puede ser sustentado el ideal que constituye un diseño de un mundo posible; si no es verdadero, no puede ser querido racionalmente por el poder constituyente⁴⁴.

Mi estrategia básica para defender esta proposición consiste en que, tal como se anunció *ut supra* I, las proposiciones son enunciados acerca del estado de cosas que determina el Derecho.

Una última precisión de singular relevancia. Debe llamarse la atención sobre la utilización del término “razón” en esta dimensión argumentativa. Y la misma se vincula con el alcance y contenido de “qué” es lo que se manda u ordena a través del Derecho en una democracia constitucional. Una posible respuesta sería que lo que se ordena mandar no puede ser otra cosa que no sea la configuración y perfeccionamiento del subsistema de enunciados normativos de naturaleza primaria, que confieren reconocimiento constitucional a los derechos fundamentales. Claro que,

43 DRAE. Madrid, Espasa Calpe, 21ª ed., 1992, p. 1731.

44 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. 98.

si uno de los cometidos principales de la constitución se perfecciona en la determinación de los derechos fundamentales, en qué medida ellos configuran un “orden o sistema” y de qué modo se explica su desarrollo progresivo y los límites que observa o debería observar el itinerario del mismo, de ningún modo puede quedar indeterminado, siendo dicho cometido uno de los rasgos básicos del sistema teórico que pretenda abordar su comprensión racional.

Para finalizar, se dijo al inicio que se propugna establecer contacto con la afirmación cuyo enunciado es que “el Derecho es la razón de la fuerza”, entendida la palabra “razón” tanto como descripción de la coacción, como de su argumentación.

La primera proposición ha quedado verificada. La descripción de la realidad, es decir, las tareas informativas acerca de ella, como operación intelectual busca el hallazgo de la verdad; en este sentido, es verificable que el Derecho es la razón de la fuerza, circunstancia comprobable tan sólo recurriendo al conocimiento del mundo externo.

La segunda proposición muestra que hay demasiado por hacer a su respecto. La argumentación acerca de la realidad persigue la consecución del convencimiento ajeno. Quien argumente que el Derecho debe ser la razón de la fuerza estará intentando persuadirnos de que son los derechos fundamentales inscriptos en las constituciones la línea decisiva que programa y da fundamento al ejercicio de la coerción estatal.

Si vuelvo la cuestión al título de este trabajo, y en última instancia, perfilando su cierre, puedo afirmar que el Derecho, entendido como la razón de la fuerza, en sentido “débil”, es la legalidad proveniente del sistema jurídico prevaleciente. Y el Derecho, entendido como la razón de la fuerza, en sentido “fuerte”, es la argumentación para una renovada realización del sistema jurídico.

LA EXPRESIÓN “NO DEROGAN ARTÍCULO ALGUNO DE LA PRIMERA PARTE DE ESTA CONSTITUCIÓN”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 75, INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: ¿UN POSIBLE FRENO AL AVANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA?

Introducción

A partir del golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930 (aunque en rigor de verdad deberíamos remontarnos por lo menos a los tiempos del yanaconazgo y la mita), la plena vigencia de los derechos humanos se dio esporádicamente y por períodos cortos, circunstancia que en perspectiva se torna aún más evidente en comparación con los períodos de falta de vigencia de los mismos.

Al estado de sitio se sumaron a veces la ley marcial, el estado de guerra interno, etc.

Se fue generando un *crescendo* de violencia institucional que tuvo su clímax en la dictadura militar ocurrida entre 1976 y 1983. Pero esta violencia no se dio ante una sociedad pasiva e indiferente, aunque muchos integrantes de la sociedad lo hayan sido. Desde siempre, sectores postergados del país, tales como los trabajadores o las mujeres, han reclamado sus derechos, y las veces que accedieron a algunos de ellos no ha sido de manera gratuita ni sencilla.

El “proceso de reorganización nacional” no reprimió tan salvajemente en un mero ejercicio de perversión, sino que, en realidad, se trató -en mi opinión y en la de muchos y muchas- de un plan sistemático tendiente a lograr el disciplinamiento sociocultural y hasta político destinado a neutralizar y eliminar, no ya las guerrillas, por entonces prácticamente neutralizadas, sino todo atisbo de resistencia social e intelectual que pudiera oponerse a la redefinición económica y financiera del país; redefinición económica y financiera que implicaba e implicó la neutralización o eliminación de derechos humanos, especialmente derechos sociales.

Fueron los sectores económicos más poderosos del país y algunas otras instituciones las que fomentaron y sostuvieron este esquema, que además imposibilitó a las personas afectadas -los familiares de los desaparecidos- obtener alguna respuesta a sus demandas dentro del país.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se convirtió, entonces, en el mecanismo que hizo saber al mundo qué estaba ocurriendo en Argentina.

Debido a las relaciones de poder antes descriptas, se mantuvo la convicción de que sería imposible lograr el restablecimiento de la vigencia de los derechos humanos sin el apoyo de la comunidad internacional.

En 1994 se logra, después de arduas negociaciones, la jerarquía constitucional de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y se establece un mecanismo para que el resto de los tratados sobre derechos humanos pueda alcanzar la misma jerarquía.

Pero la democratización no había logrado transformaciones significativas en la definición de las relaciones de poder al interior de la sociedad. No parece un desatino entonces pensar que a los sectores que se beneficiaron de las políticas de la dictadura o que fueron sus propagandistas les iba a molestar –y de hecho les molesta– la plena vigencia de los derechos humanos, sobre todo los de contenido económico o social, o algunas manifestaciones de la libertad de expresión, tales como el derecho de rectificación o respuesta consagrado en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

La integración de la Argentina al “Nuevo Orden Internacional” tan proclamada entonces, convertía en un gran desatino político resistir abiertamente la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La manera fue, por lo tanto, lograr insertar una frase tal como la que será objeto de análisis en el presente trabajo, la cual resultó aceptable, tanto para los partidarios de la asunción constitucional de los derechos humanos como para sus detractores. Los primeros la leen como una expresión de afirmación de la validez constitucional de los tratados jerarquizados; y los segundos, como una expresión que determina un condicionamiento de la jerarquía constitucional de tales instrumentos internacionales a una verificación en cada caso para, luego de su cotejo con la primera parte de la Constitución, determinar si derogan o no algún artículo de la misma.

Si se concluyera que derogan algún artículo de la primera parte de la Constitución, no tendrían la misma jerarquía que ésta y, por lo tanto, estas normas de origen internacional podrían ser declaradas inconstitucionales.

La reforma de 1994 en relación con la frase en análisis

La frase “No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” debe ser analizada junto a su continuación: “y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos”.

Afirmar esto implica una toma de posición, por lo menos por parte de quien suscribe estas líneas, pues lo que complementa no puede contradecir.

La reforma constitucional de 1994 se dio en un contexto histórico al que nos hemos referido más arriba, pero vale la pena formular algunas aclaraciones.

Recuperada la institucionalidad democrática a fines de 1983, las autoridades legítimamente constituidas necesitaban recuperar “la democracia”, es decir, reconcientizar a la población en relación a la existencia de un Estado representativo, republicano y federal. No había ya un estatuto orgánico en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que prevalecía nuevamente la Constitución Nacional con sus tres poderes independientes el uno del otro, y Estados de distinto orden: por un lado, el Estado federal y por el otro, las provincias, etc. Esto implicaba, fundamentalmente, un cambio educativo y cultural (de allí que por entonces se convocara a un Congreso Pedagógico Nacional con amplia participación popular).

La democratización del país que, al igual que un niño pequeño, gateaba e intentaba erguirse, tropezaba entre otras cosas con alzamientos militares y organismos multilaterales de crédito que, aferrados neciamente a sus dogmas, no comprendieron las necesidades de las renacientes democracias de la región.

En este contexto, el Consejo para la Consolidación de la Democracia formuló un planteo de reforma constitucional, e incluso hubo algunas reuniones entre el gobierno de entonces y los dos partidos mayoritarios.

Pero la reforma constitucional llegaría más de un lustro después y en otras circunstancias.

Este proceso histórico se va perfilando con un desarrollo de reformas constitucionales a nivel de las provincias.

En relación con el tema que nos ocupa, debe destacarse que en muchas de estas constituciones provinciales reformadas se consagró el derecho de rectificación o respuesta, normalmente conocido como “derecho de réplica”, que fue objeto de la mayor fuerza argumentativa por parte de los convencionales que se oponían a la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos.

En 1989 se da comienzo al segundo período institucional en el que el

gobierno inicia una serie de reformas estructurales, colocando a la Argentina en sintonía con la tendencia del “nuevo orden internacional” que se consolidó con el colapso de los países que formaban el denominado bloque socialista.

En aquel tiempo se comenzó a hablar de “mundo unipolar” y de “globalización”, y la comunidad internacional proclamó el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un aspecto de esa globalización.

A partir de 1984, la Argentina se había constituido en parte de la casi totalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tanto del ámbito interamericano como del ámbito de la Organización de las Naciones Unidas. Con base en estos tratados fue que las organizaciones de derechos humanos cuestionaron la normativa interna que desincriminaba a personas condenadas o procesadas por crímenes cometidos durante la dictadura militar.

Es importante destacar que la Argentina ya era por entonces parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 prohíbe a los Estados partes alegar disposiciones de su derecho interno para dejar de cumplir alguna disposición contenida en un tratado. Apoyándose básicamente en este criterio, si bien no fue el único, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falla en 1992 el caso Ekmekdjian contra Sofovich, en el que establece la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes, aunque debemos tener presente que las sentencias tienen efecto para las partes (más adelante nos referiremos brevemente a la situación de los tratados internacionales en relación con las leyes antes de la reforma constitucional de 1994).

Quien resultó electo presidente por entonces culminaba su mandato en 1995, pero consideraba que para completar este proceso de reformas estructurales se hacía necesaria su permanencia en el gobierno por un período más. Se requería, entonces, una reforma constitucional, ya que la Constitución histórica no admitía la reelección inmediata del presidente de la Nación.

Hacia la primavera de 1993, la situación era de una tensión política muy difícil de sostener, pues el partido justicialista, por entonces en el gobierno, contaba con una holgada mayoría en el Congreso, pero no contaba con dos tercios de sus miembros. Cabe recordar aquí que nuestra Constitución Nacional es de las que la doctrina clasifica como “rígida”, es decir que prevé un procedimiento específico para su reforma. En nuestro caso, el artículo 30 es el que prevé el procedimiento para reformar la Constitución.

Dice el artículo 30:

“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 nos recuerda el Dr. Bidart Campos en el Tomo VI de su “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, la costumbre ha hecho que la declaración de la necesidad de la reforma constitucional se haga por medio de una ley; aunque el artículo 30 CN no lo prevea expresamente. En este marco, y con el argumento de que el artículo 30 CN no especifica si se trata de dos tercios de los miembros presentes o si se trata de dos tercios de la totalidad de los miembros, el Senado aprobó como cámara de origen un proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. Esto determinó un notable aumento de la tensión política, pero la sangre no llegó al río, pues surgió el “Pacto de Olivos”, un acuerdo entre el partido justicialista en el gobierno y la Unión Cívica Radical, por entonces principal fuerza de oposición.

En virtud de este acuerdo político, la UCR se avenía a prestar consenso para la reforma constitucional, siempre que se cumplieran determinadas condiciones, es decir, que se modificaran algunos artículos en determinado sentido y no en otro, y que no se modificaran algunos otros (los de la primera parte de la Constitución).

Lo dicho en último término resulta crucial para analizar toda la reforma de 1994, pero muy especialmente, para analizar el segundo párrafo del actual artículo 75, inciso 22 de la CN.

El Pacto de Olivos se plasmó en la Ley 24309, que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución. La ley reconocía tres aspectos relevantes: el núcleo de coincidencias básicas, la prohibición de modificar ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución, y los temas habilitados para el debate.

El núcleo de coincidencias básicas, previsto en el artículo 2 de la ley 24309, versaba sobre trece cuestiones que debían votarse en un conjunto cerrado, por la afirmativa o por la negativa, e incluía textos predefinidos.

El artículo 7 de la Ley 24309 prohibía modificar ningún artículo de la primera parte de la Constitución.

En tercer término, la Ley 24309 autorizaba el debate de ciertos temas, entre los cuales se permitía discutir la cuestión de la relación jerárquica entre tratados y leyes, así como la cuestión de los tratados de integración.

El inciso 22 del artículo 75

Los días 2 y 3 de agosto de 1994 se trató en el plenario de la Convención Constituyente reformadora la cuestión de la jerarquía de los tratados, la cuestión de los tratados de integración, y la incorporación de otro nuevo inciso al –por entonces– artículo 67, inciso que debía incorporar acciones positivas a favor de los grupos que podríamos denominar “vulnerables”, a saber: niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

Renumerado por la reforma constitucional de 1994, el viejo artículo 67 pasó a ser el actual artículo 75 y se refiere a las atribuciones del Congreso.

La cuestión abordada por el inciso 19 del artículo 67 de la Constitución quedó renumerada como artículo 75, inciso 22. Se agregaron a continuación los incisos 23 y 24 que consagran respectivamente la atribución del Congreso de dictar medidas de acción positiva, que respeten la igualdad real de oportunidades y de trato a favor de niños, ancianos, mujeres y personas con discapacidad; y el inciso 24, que se refiere a los tratados de integración y a la normativa emanada de los órganos creados por ellos.

El viejo artículo 67 de la Constitución histórica decía en su inciso 19:

“Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación”.

El actual artículo 75, inciso 22 reza:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos ter-

ceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A efectos de comprender la discusión dada en el seno del pleno de la Convención, es necesario reparar en la normativa constitucional con la que se contaba entonces.

Se invocaron los artículos 27 y 31. También se hizo mención del artículo 33. Veamos sus textos:

“Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

“Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

“Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

El artículo 27 establecía la superioridad de la CN sobre los tratados, ya que el Estado sólo puede celebrar los que estén de acuerdo con los principios de derecho público establecidos en ella.

El artículo 31 establece la supremacía del derecho federal sobre el provincial, pero hasta 1994 no se determinaba a nivel constitucional la relación jerárquica entre tratados y leyes.

Tal como hemos referido *supra*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso Ekmekdjian C/ Sofovich había establecido la operatividad del derecho consagrado en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, aunque no hubiese una ley interna que lo pusiera en operatividad, ya que el Estado argentino no puede dejar de cumplir las obligaciones emergentes de un tratado del que es parte, alegando disposiciones de su derecho interno (argumento del artículo 27 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados).

En las sesiones de los días 2 y 3 de agosto de 1994, la Convención Cons-

tituyente reformadora, al tratar la atribución del Congreso de aprobar o desechar tratados, aprovechó la circunstancia para resolver la cuestión de la prelación jerárquica entre tratados y leyes.

La comisión de Relaciones Exteriores e Integración, presidida por el convencional por Buenos Aires Juan Pablo Cafiero, elevó al pleno de la Convención dos proyectos: uno por la mayoría y uno por la minoría.

En cuanto al dictamen de mayoría, el convencional Juan Pablo Cafiero, miembro informante por la comisión de Integración y Tratados Internacionales, expresó que la comisión proponía los siguientes puntos:

“La jerarquización con rango constitucional de tratados sobre derechos humanos, la atribución del Congreso –en un nuevo inciso del artículo 67– para dictar medidas de acción positiva vinculadas con la discriminación y con la desigualdad, en particular referidas al derecho de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con alguna discapacidad... un nuevo inciso, vinculado a los procesos de integración...”.

Si bien el primer despacho de la comisión que no llegó al pleno planteaba la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y su operatividad, esto no pudo lograrse dentro de la propia comisión y, finalmente, se logró un dictamen de mayoría cuyo texto es el mismo que puede leerse en la Constitución vigente, excepto que no incluía la frase que nos interesa, es decir: “No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

Vale decir que en su parte pertinente el texto decía: “...en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos...”.

Resulta muy difícil y –según creo– le quita realismo al análisis intentar prescindir completamente de toda alusión propia del pensamiento político, para ceñirlo a una mera descripción normativa. Muy por el contrario, me parece necesario mencionar que a favor del proyecto de mayoría, elevado por la comisión, votaron los convencionales del Partido Justicialista, de la Unión Cívica Radical, del Frente Grande y Socialistas, entre otros; y votaron en contra del proyecto los convencionales del Modín y Fuerza Republicana; también votaron en contra los convencionales de la UCD, el Pacto Autonomista Liberal de Corrientes y el Partido Demócrata de Mendoza, entre otros.

En definitiva, el proyecto proponía tres cuestiones en relación con el inciso 19 del viejo artículo 67:

- Resolver la cuestión de la prelación jerárquica entre tratados internacionales y leyes, estableciendo que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

En materia de derechos humanos:

- Por un lado, establecer que once instrumentos internacionales sobre dicha materia tendrán jerarquía constitucional, entendiéndose complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. A renglón seguido, se preveía un mecanismo para denunciar tales tratados.
- Por otra parte, en relación con los demás tratados sobre derechos humanos, se preveía un mecanismo para otorgarles jerarquía constitucional.

La discusión

El proyecto arriba mencionado fue sometido a un arduo debate que se extendió por dos días. Los sectores que se opusieron formularon objeciones desde varios puntos de vista. Con respecto a la relación entre tratados y leyes, manifestaron que la prohibición de modificar artículos de la primera parte de la Constitución tornaba nula la disposición propuesta, ya que implicaba una modificación de lo dispuesto en el artículo 31 de la CN.

Uno de los dictámenes de minoría -el suscrito por los convencionales Maeder, Pando y Peltier- sostenía que los tratados debían tener la misma jerarquía que las leyes.

Mayores aún y de diversa índole fueron las objeciones a la jerarquización constitucional de los instrumentos de derechos humanos.

Por un lado, se planteó nuevamente la imposibilidad de modificar la primera parte de la Constitución y, a criterio de los convencionales que estaban en contra del proyecto, dar jerarquía constitucional a cualquier tratado resultaba contrario al artículo 27 de la Constitución.

Por otra parte, también sostuvieron que esta posibilidad de dar jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, junto con la posibilidad de denunciarlos, implicaba una manera de incorporar o quitar artículos de la Constitución en violación de lo dispuesto en el artículo 30 de la misma, lesionando así la rigidez de la Constitución, rigidez que era vista por ellos como garantía de la democracia, pero sobre todo, de la seguridad jurídica.

Plantearon, además, que no era necesario incorporar los tratados de derechos humanos, porque los derechos reconocidos en los mismos, ya se hallaban contemplados como derechos no enumerados en el artículo 33 de la Constitución.

En cuanto a los instrumentos internacionales en materia de derechos hu-

manos a los que se les otorgaba jerarquía constitucional, la mayoría de las objeciones fueron formuladas contra el Pacto de San José de Costa Rica.

Quienes votaban en contra del dictamen de mayoría planteaban que el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica deroga el artículo 32 de la Constitución Nacional, y que también implica una forma indirecta de censura previa, prohibida por el artículo 14 de la Constitución Nacional. Este derecho en particular, el derecho de rectificación o respuesta, fue el más resistido por quienes se opusieron al proyecto de mayoría.

También entre los “opositores” hubo quien planteó que el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica contradecía –derogaba– al artículo 17 de la CN.

Párrafo aparte merecen los opositores al proyecto que, alegando convicciones religiosas, se oponían expresando que no resultaba claro que el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica prohibiera el aborto, en tanto reconoce el “derecho a la vida en general a partir de la concepción”. En igual sentido, formulaban reparos respecto del artículo 1 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Llegaron a proponer la inserción en el texto constitucional de una frase que garantizara el derecho a la vida desde la concepción.

A título de curiosidad, es dable aclarar que ha sido enorme el esfuerzo de los convencionales que adherían a la propuesta de mayoría para tratar de hacer comprender a sus colegas que la penalización o despenalización del aborto no era un tema sujeto a debate en la Convención.

Otra curiosidad digna de mención es que quienes se opusieron, tanto a la suprallegalidad de los tratados como a la jerarquía constitucional de los derechos humanos, recargaron sus exposiciones con abundantes citas de profesores de Derecho Constitucional, algunos de los cuales se hallaban presentes en el recinto en calidad de convencionales, integrando las bancadas que apoyaban el proyecto de mayoría, y que se ocuparon personalmente de hacer notar a los convencionales de la minoría que malinterpretaban lo dicho en sus libros.

Independientemente de las intervenciones vinculadas al aborto, los argumentos reseñados fueron largamente refutados por los convencionales que adherían al proyecto de mayoría.

Los argumentos a favor de la jerarquización constitucional de los derechos humanos fueron desarrollados a partir de las posturas filosóficas más variadas.

Se hizo notar que la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos sería un mecanismo que permitiría

que la Argentina fuese más confiable para el mundo en materia de respeto a tales derechos.

En este sentido, los convencionales hicieron hincapié en que la sociedad argentina necesitó de la comunidad internacional, en primer término, para poner en evidencia ante el mundo los crímenes cometidos por la dictadura entre 1976 y 1983, luego, para juzgar tales crímenes, y más tarde, para tratar de resistir los intentos –por entonces exitosos– de desincriminación de sus autores.

El argumento de la reforma indirecta de la Constitución vinculado al artículo 30 fue contestado diciendo que, en realidad, dar jerarquía constitucional a los tratados no implicaba hacerlos parte de la Constitución, sino ponerlos a la par de ésta, de manera que las cláusulas contenidas en ellos no puedan ser declaradas inconstitucionales.

El artículo 27 CN obliga al Estado argentino “...a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

En la convención, se afirmó que los derechos reconocidos por los tratados sobre derechos humanos no hacen más que precisar el alcance y contenido actual de derechos que ya están reconocidos como no enumerados por el artículo 33 de la CN.

En cuanto a las objeciones referidas a las supuestas contradicciones existentes entre algunos artículos del Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución Nacional, se argumentó vigorosamente, a fin de probar que, no sólo no contradicen la Constitución, sino que amplían tales garantías. En este sentido, el mismo proyecto decía que los instrumentos de derechos humanos “...tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos...”.

Resulta interesante comentar aquí la diferencia de criterios respecto de la complementariedad existente entre el convencional Barra y el convencional Barcesat. Mientras que para el convencional Barra “complementario” debe entenderse como accesorio, el convencional Barcesat considera que algo complementario es algo que completa, algo que agrega y no algo que accede.

Personalmente, quien suscribe comparte el criterio del Dr. Barcesat.

Durante el debate se sucedían los oradores argumentando en uno y otro sentido, pero el antagonismo irreductible sostenido por la minoría hacía difícil pensar que pudiera resolverse la situación de una manera consensuada.

A raíz de un comentario de referencia histórica, se generó un tumulto

que motivó el paso a un cuarto intermedio de unos minutos para que los presidentes de los bloques se reunieran, de modo de acordar la continuación de la sesión.

Recomenzada la sesión y ante el temor cierto de que fracasase, se propuso votar el proyecto de mayoría a mano alzada, y así se hizo. Se decidió asimismo, que los 40 oradores restantes, si deseaban hacer uso de la palabra, lo hicieran ya en relación con los puntos sometidos a consideración en particular.

Entonces, el convencional Juan Pablo Cafiero en su carácter de presidente de la comisión de Integración y Tratados habla en nombre de ésta y manifiesta que en su seno se ha decidido proponer que se incorpore al texto que se acababa de votar a mano alzada, la frase: “no derogan ningún artículo de la primera parte de esta Constitución” e insertarla entre las expresiones: “...tienen jerarquía constitucional” y “y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Durante el debate en particular, un convencional manifestó que decir “no derogan ningún artículo” implicaba incluir dos negaciones en una misma frase, con lo que propuso reemplazar la expresión “ningún artículo” por la expresión “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Esta propuesta fue aceptada y así fue modificado el proyecto.

El argumento central de la minoría –sobre todo de quienes apoyaban el dictamen de los convencionales Maeder, Pando y Peltier– era que los tratados sobre derechos humanos, especialmente el Pacto de San José de Costa Rica, contenían cláusulas que, según ellos, derogaban otras de la primera parte de la Constitución Nacional.

Con el agregado de esta frase, los convencionales Maeder, Pando y Peltier y quienes adherían a su dictamen se plegaron al proyecto de la mayoría, pues, al decir de algunos de ellos, esta frase superaba todo posible inconveniente, ya que constituía una afirmación de la compatibilidad existente entre todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se les otorgaba jerarquía constitucional, y la primera parte de la Constitución cuya reforma se hallaba prohibida.

Sólo quedaron sosteniendo posturas contrarias al proyecto algunos pocos convencionales, tales como los pertenecientes al Modin.

Algunos convencionales, durante el debate en particular, formularon el planteo de que existiendo el mecanismo de votación en funcionamiento, no era necesario votar a mano alzada, con lo que se propuso como moción anular la votación hecha a mano alzada y volver a realizar la votación en general, esta vez mediante el mecanismo electrónico implementado al efecto por la Convención. La moción fue aprobada y así se hizo.

Cabe destacar que el texto modificatorio del artículo 67, inciso 19 a modificar incluía ahora la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

El texto así redactado fue sometido a consideración del pleno de la Convención y aprobado por amplísima mayoría; es el texto que actualmente rige, identificado ahora como inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

La frase en análisis luego de la sanción de la Constitución de 1994

Si bien de la lectura del diario de sesiones de la Convención Constituyente reformadora de 1994 surge clara e indubitadamente que la expresión “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” resulta una afirmación (por lo menos así lo han manifestado los autores del despacho de minoría), esto no ha sido tan así en la doctrina.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de referirse al tema en los casos Monges, Analía M.; Chocobar, Sixto Celestino y Petric Domagoj, Antonio.

Haremos mención del caso Petric Domagoj, Antonio C/ Diario Página 12, por ser cronológicamente el último de los tres y por referirse al derecho de rectificación o respuesta, que fue el derecho que más reparos generó por parte de quienes se oponían a la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El presente trabajo no pretende analizar el contenido del derecho de rectificación o respuesta, cuya vigencia consideramos un afianzamiento de la libertad de expresión, sino que nos interesa poner de manifiesto que quienes consideramos imprescindible que nuestro país se desarrolle con un marco jurídico que nos permita a todos y a todas concebir, planificar y desarrollar nuestros planes de vida sin interferencias arbitrarias ni de terceros ni del Estado, tomando como punto de partida nuestras diferencias e igualándonos en posibilidades, libres del temor y la miseria, debemos prestar mucha atención a la frase que titula el presente trabajo; sobre todo a partir del voto disidente del Dr. Belluscio en el caso Petric Domagoj C/ Página 12, tal como veremos más adelante.

Nos limitaremos a transcribir los artículos 14 del Pacto de San José de Costa Rica, y 32 de la CN, recordando, asimismo, que el artículo 14 CN consagra entre otros derechos el de expresar ideas por la prensa sin censura previa.

Dice el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

El artículo 32 de la CN dice:

“El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

En el caso *Petric Domagoj C/ Diario Página 12*, el presentante, Domagoj Antonio Petric, se agravia, pues, en una nota publicada en el diario se expresaba que él era asesor del Presidente de la Nación y, simultáneamente, reclutaba mercenarios para que pelearan para Croacia en la guerra de Bosnia. Exigió entonces que se le permita ejercer su derecho de rectificación o respuesta, lo que no fue aceptado por Página 12.

Resuelto el caso a favor del presentante en primera instancia, la sentencia es apelada por el diario sin éxito. Contra la sentencia de cámara, el diario interpone un recurso extraordinario que es rechazado, lo que motiva que el diario deduzca recurso de hecho en base a una serie de argumentos. El único planteo por el que la Corte considera que se origina una cuestión federal y en consecuencia, el único por el que hacen lugar parcialmente a la queja es precisamente porque cuestiona la validez constitucional del artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

Mediante una mayoría compuesta por varios votos concurrentes, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del recurso.

Hubo sin embargo un voto disidente del Dr. Belluscio que hace lugar a la queja, concede el recurso extraordinario y revoca la sentencia.

En lo que al presente trabajo interesa, en el primer considerando del fallo puede leerse:

“...A su turno, el diario añadió a las defensas que ya había esgrimido, el planteo de inconstitucionalidad del Art. 14 de la Convención pues, en la medida en que esa norma obligara al periódico a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los Arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional”.

La cuestión de la idea expresada en el artículo 75, inciso 22 CN donde dice que los instrumentos de derechos humanos tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, fue mencionada, aunque no analizada en el voto mayoritario. Sí se alude a la cuestión en los votos concurrentes, tal como veremos más adelante.

No puede soslayarse que la mayoría consideró que un planteo de inconstitucionalidad de un artículo del Pacto de San José de Costa Rica origina una cuestión constitucional.

En este sentido, veamos qué dice la Corte en la primera parte del considerando 9 del voto de mayoría:

“9. Que, en la medida de las cuestiones planteadas en el presente juicio, corresponde interpretar los alcances del derecho establecido en el Art. 14 del Pacto a fin de poder dar respuesta a su impugnación constitucional. Sólo así se podrá determinar si aquél es o no compatible con la Ley Fundamental...”.

A partir de aquí, la Corte argumenta desde diversos puntos de vista con cita del derecho extranjero, tanto de normativa como de jurisprudencia, pero siempre desde lo que nos atreveríamos a considerar como fáctico, dando razones para sostener la validez constitucional del derecho de réplica, y así, en uno de los párrafos que integran el considerando 12 concluye que:

“...Nada hay en él que autorice a presentarlo como reñido con el debido respecto a la garantía de la libertad de prensa y de expresión, que esta Corte siempre celosamente ha preservado...”.

La mayoría de la Corte confirma así la sentencia apelada aceptando como constitucionalmente válido el derecho de réplica.

El voto concurrente del Dr. Nazareno llega a igual conclusión, aunque con distintos argumentos, pero tampoco menciona la frase objeto de análisis del presente trabajo.

El Dr. Moliné O'Connor en su voto también argumenta desde lo fáctico, para concluir junto con los jueces preopinantes que nada hay en la primera parte de la Constitución que se oponga al derecho de réplica; pero en relación con la frase constitucional que motiva nuestro análisis, la única referencia la encontramos en su considerando 9 donde se expresa lo siguiente:

9. Que, según ha expresado esta Corte, los términos del citado Art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional, indican que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del

cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (confr. causas M.399.XXXII, “Monges, Analía M. c. U.B.A. - Res. 2314/95”, del 26 de diciembre de 1996 y C.278. XXVIII, “Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad”, del 27 de diciembre de 1996 –La Ley, 1997-C, 150, 1997-B, 247).

El párrafo aquí transcrito figura como la última parte del considerando 5 en el voto del Dr. Boggiano.

El Dr. Fayt, quien también confirma la sentencia apelada, argumenta sobre la compatibilidad concreta entre el derecho de réplica y la libertad de expresión; pero además, en los considerandos 11 y 13 de su voto expresa lo siguiente:

11. Que en la sentencia que se registra en Fallos: 315:1492, “... este tribunal tuvo oportunidad de reconocerle operatividad al Art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la base de considerar que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”. Ahora bien, los inconvenientes interpretativos que pudieran haber existido en torno de la compatibilización de las previsiones de la convención con las normas de nuestro ordenamiento han sido definitivamente zanjados en razón de la modificación introducida en el Art. 75, Inc. 22 de la Ley Fundamental (cuestión que se hallaba debidamente habilitada para su reforma).

13. Que la aludida reforma impone considerar que la Constitución Nacional en su actual redacción prescribe que los tratados que expresamente enumera –entre los que se encuentra la convención– “tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. De ahí que las previsiones de los Arts. 14 y 32 de su texto deban armonizarse con lo prescripto por el Art. 14 del tratado internacional, de acuerdo a la doctrina del tribunal, según la cual, la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de

modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás... pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

En cuanto al voto del Dr. Vázquez, quien también confirma la sentencia apelada, se refiere al tema objeto de interés en el presente trabajo en el considerando 8 y, aunque parte del considerando 8 coincide con un considerando de los que hemos transcripto al considerar el voto del Dr. Fayt, creo que vale la pena transcribirlo completamente a fin de no descontextualizar.

Dice el considerando 8 del voto del Dr. Vázquez:

8. Que la Constitución Nacional en su actual redacción prescribe que los tratados que expresamente enumera —entre los que se encuentra la aludida convención— “...tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. De ahí que las previsiones de los Arts. 14 y 32 de su texto deban armonizarse con lo prescripto por el Art. 14.1. del tratado internacional, de acuerdo con la doctrina del tribunal, según la cual, la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303; voto concurrente —La Ley, 26-287; 29-11; 93-188; 1984-B, 426), pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

Que, además, esa necesaria armonización e interpretación integrativa que debe existir entre los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la Constitución y aquellos enumerados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, importa una pauta a seguir por los jueces que, valga señalarlo, expresamente fue considerada en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (confr. “Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994”, t. IV, p. 4130 y sigtes. espec. p. 4136/37, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995).

Con lo que va dicho, entonces, que no podría ser una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que el derecho de respuesta consagrado por el Pacto de San José de Costa Rica se opone irreductiblemente a la libertad de prensa que garantizan los Arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. Antes bien, entre ambos derechos hay una relación de necesaria

complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales, según se verá.

Antes de referirnos a la disidencia del Dr. Belluscio debemos agregar, aunque no hemos transcripto los considerandos pertinentes, que en todos los votos que concurren a formar la mayoría se establece que no hay derechos absolutos en la Constitución Nacional (al respecto, y a fin de abreviar, puede leerse el considerando 9 del voto del Dr. Vázquez).

La disidencia del Dr. Belluscio:

La opinión que el Juez Belluscio tiene sobre el alcance de la expresión “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...” contenida en el artículo 75, inciso 22 de la CN, es lo que determina no sólo su voto disidente en el caso, sino que no considere necesario analizar ninguna otra cuestión para llegar a la solución que propone.

Leamos entonces los tres primeros párrafos y el párrafo final de su considerando 7:

7. Que, aun cuando esa inteligencia del texto internacional no fuese compartida, igualmente el Art. 14 de la Convención sería inaplicable en nuestro país en virtud de las condiciones que el texto constitucional reformado ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional.

En efecto, los textos mencionados en el Art. 75, Inc. 22, si bien “tienen jerarquía constitucional”, “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1ª parte de la Constitución, que incluye los Arts. 14 y 32 protectores de la libertad de prensa.

La admisión del derecho de rectificación, respuesta o réplica está en pugna con esas normas fundamentales, especialmente con la segunda de ellas, pues implica una restricción de la libertad de imprenta. Aun cuando pudiera considerárselo justificado desde el punto de vista del afectado por una información errónea, en tanto no medie un delito contra el honor de derecho penal –caso en el cual el código respectivo presenta la solución en su Art. 114– desde el ángulo de la libertad constitucional de prensa implicaría una indebida restricción de dicha libertad que está vedada al legislador. En nuestro texto constitucional, la libertad de prensa es absoluta, no puede ser objeto de restricciones o reglamentaciones. Y la finalidad de ese carácter absoluto no es la de tutelar a los propietarios de los medios de comunicación social sino a toda

la sociedad, evitando los riesgos que genera su reglamentación. Pues si se comienza por recorrer el camino de obligar a publicar se puede llegar sin mucho esfuerzo al resultado de obligar a no publicar, cayendo en la violación de la también absoluta prohibición constitucional de la censura.

Corresponde concluir, entonces, que aun cuando no se aceptara la interpretación expuesta en el consid. 6º, igualmente el derecho de réplica resultaría violatorio de las libertades y garantías establecidas en los Arts. 14 y 32 de la Constitución. Ello hace superfluo examinar los restantes argumentos invocados por la recurrente.

En el presente voto se pone de manifiesto la idea –en mi opinión, preocupante– de que para algunos, entre ellos el Dr. Belluscio, existe la posibilidad de condicionar la jerarquía constitucional de los tratados.

La doctrina

Casi no existe bibliografía sobre la frase objeto del presente trabajo. Sólo en muy pocos textos pueden hallarse algunas menciones al tema, aunque no como idea central sino como una mención entre tantas.

A título de ejemplo, diremos que la doctora María Angélica Gelly en un comentario al fallo Petric se pregunta:

...Ahora bien, si cabe someter al derecho de rectificación o respuesta al test de constitucionalidad en los casos concretos, cualquier otro derecho consagrado en una Convención de Derechos Humanos es susceptible de similar evaluación. ¿Significa esta hermenéutica efectuada por cinco miembros del tribunal que el Art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional coloca a los tratados de derechos humanos medio escalón por debajo de la Ley Suprema?...

Por su parte, el Dr. Barrancos y Vedia en su comentario al mismo fallo también manifiesta dudas:

...En consecuencia, nos queda esta duda: la expresión “no derogar artículo alguno de la primera parte”, ¿fue intercalada como “juicio de comprobación” luego de haberse “cotejado” los tratados incorporados con las normas de la primera parte de la Constitución Nacional y haber llegado de tal manera a la “verificación” de que no se produce derogación alguna?, o, por el contrario, ¿dicha frase fue intercalada simplemente como resultado de la gestión de “algún grupo de presión”?, o “quizás como reafirmación del Art. 7º de la Ley 24309 (Adla, LIV-A, 89), en cuanto prohíbe introducir “modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo único de la primera parte de la Consti-

tución Nacional”?

Sobre el tema que motiva el presente trabajo, el Dr. Germán Bidart Campos sostiene:

... a nuestro juicio, la complementariedad no hace viable en ninguna hipótesis el descarte y la inaplicación de una norma contenida en uno o más instrumentos internacionales de jerarquía constitucional porque lo que es complemento de “algo” jamás puede dejar de surtir su efecto “complementario”. Si así ocurriera, no sería un complemento; habría, a la inversa, una supresión de normas que están obligadamente convocadas a complementar a aquel “algo” del cual son complemento.

Opinión personal y conclusiones

Tal vez, el anhelo de una sociedad en la que la libertad, la igualdad y la solidaridad rijan los destinos de todos y de todas, o mejor, el anhelo de una sociedad en la que libertad, no discriminación y solidaridad permitan que cada persona pueda realmente labrar su destino conforme a sus expectativas, nos lleve a inquietarnos por los vericuetos normativos que pueden llegar a impedirlo.

En la introducción al presente trabajo hemos planteado que, en nuestra opinión, la sociedad argentina, a pesar de haberlo intentado, no ha podido acercarse por sí sola a la vigencia de los derechos humanos. Ha requerido el auxilio de la comunidad internacional.

Hemos comprobado que no estamos solos en esta opinión; aunque con otras palabras, la convencional constituyente Alicia Oliveira se expresa en sentido similar en su exposición del día en que se trató en la Convención Constituyente reformadora de 1994 la modificación del por entonces artículo 67, inciso 19. En igual ocasión, otros convencionales constituyentes han aludido de forma más o menos directa a esta idea.

Pero no es necesario referir que esta cuestión fue mencionada por muchos oradores en la Convención o, mejor, digamos que si fue mencionada por ellos es porque se trata de una realidad incontestable.

A título de ejemplo, digamos que las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar acaecida entre 1976 y 1983 adquirieron visibilidad y presencia efectiva puertas adentro de los órganos decisores de la comunidad internacional a partir del informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina efectuado en 1979 y publicado en 1980 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Vista la situación en perspectiva desde el año 2010, la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos puede decirse que ha motivado un rediseño del ordenamiento jurídico argentino, que va desde el reciente cambio de la edad en la que se pasa a ser adulto, la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la incorporación de doble instancia obligatoria en materia penal, el derecho de los niños y niñas a ser oídos por los jueces, la abolición del patronato de menores, y un sinnúmero de cambios más cuya enumeración daría una extensión inusitada al presente trabajo.

Pero en materia de búsqueda del esclarecimiento y justicia en relación a los crímenes cometidos durante el gobierno de facto que duró entre 1976 y 1983, la intervención de los órganos integrantes de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos ha sido y continúa siendo decisiva.

Cuando a partir del año 1987 comenzaron los levantamientos militares –precisamente porque algunos de los acusados no querían comparecer ante la Justicia– y se da comienzo al proceso de desincriminación que se inicia con la ley de obediencia de vida y culmina con los indultos, fue la sociedad civil la que resistió y obtuvo el apoyo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que emitió el informe 2892 del año 1992.

Una solución amistosa alcanzada en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos posibilitó la apertura de los “juicios de la verdad”.

En el año 2001 se dicta un fallo de primera instancia que establece la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, invocando cuestiones de naturaleza constitucional, pero también, invocando normativa internacional de los derechos humanos.

En igual sentido, en el año 2003 el Congreso anula las leyes de obediencia debida y punto final.

Este proceso se completa en 2005 cuando la Corte Suprema de Justicia falla el caso Simón y, en 2007, cuando falla el caso Maseo.

En materia de violencia policial e institucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio introduce el concepto de “cosa juzgada fraudulenta” y hace ceder el instituto de la prescripción en determinadas circunstancias.

En definitiva, la actuación de los órganos internacionales de protección internacional de los derechos humanos y la aplicación de los tratados que versan sobre la materia no han dejado prácticamente ningún interés corporativo sin conmovir, con beneficio de la paulatina democratización del país y, en consecuencia, del bien general.

Es la amenaza de incurrir en responsabilidad internacional lo que ha venido a sumar un freno extra a posibles abusos de poder por parte del Estado, o a frenar la mirada negligente del mismo frente a atropellos cometidos por particulares. Este accionar anticorporativo motiva comportamientos reactivos en las corporaciones afectadas.

Hasta el año 1994 no había a nivel de la Constitución una pauta que pudiera establecer el orden de prelación jerárquica entre tratados y leyes. Sólo a partir de 1992, la Corte Suprema pareció decidirse definitivamente por tomar consciencia de que la Argentina no puede valerse de normativa interna para incumplir alguna obligación asumida por causa de ser parte en un tratado que la establece.

Pero los tratados seguían hallándose por debajo de la Constitución, por lo tanto, se podía plantear la inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas en caso de así considerarlo.

La reforma constitucional de 1994 resolvió la cuestión de la prelación jerárquica entre los tratados y las leyes.

Enorme resistencia ocasionó en el seno de la Convención la idea de otorgar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales referidos a derechos humanos.

Si se analiza la cuestión con una mirada que incluya lo jurídico, pero que lo trascienda incorporando elementos sociológicos e históricos, saldrán a la luz elementos por lo menos llamativos.

Así, veremos que quienes más se opusieron a la aprobación de la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales referidos a derechos humanos en defensa de las libertades consagradas en la primera parte de la Constitución Nacional han sido básicamente el Modin, Fuerza Republicana y la Unión del Centro Democrático, entre otros.

Fuerza Republicana, por ejemplo, es un movimiento del interior del país que logró ganar la gobernación de su provincia por un período en la década de los noventa. Quien fuera gobernador en nombre de Fuerza Republicana era un general que ya había sido gobernador de facto en la misma provincia durante la dictadura militar, conocida como “proceso de reorganización nacional”. Tal dictadura subordinaba la vigencia de la Constitución Nacional a la no contradicción de un estatuto que el régimen de facto había autoproclamado.

Es un dato digno de celebrarse que fuerzas políticas lideradas o bien por personas que participaron como gobernadores de provincia, del gobierno nacional que censuró, por ejemplo, obras como “El principito”, defendieran con tanto ahínco la libertad de expresión, dos décadas más tarde, supuestamente cercenada por un tratado sobre derechos humanos.

Es dable destacar que quienes se opusieron en la Convención Constituyente reformadora a la jerarquía constitucional de los derechos humanos manifestaban, en todo momento, que no se hallaban en contra de la vigencia de tales derechos, sólo que los consideraban incorporados a la Constitución por vía del artículo 33.

La objeción formulada por la minoría, en relación a otorgar jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica, habiendo aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos puede proporcionar una pauta para comprender a qué se debía la irreductible resistencia que se oponía al proyecto de mayoría.

Es punto de partida conceptual del presente trabajo la idea de que la sociedad argentina en su largo camino hacia la democracia ha acudido, y aún acude, a la comunidad internacional y, especialmente, a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos cuando ese camino le impone remover o derribar intereses corporativos.

El MERCOSUR, por ejemplo, cuenta con una cláusula en virtud de la cual si se altera el sistema democrático en un país miembro, dicho país miembro queda excluido del bloque.

Aunque exceda el objeto de este trabajo, podemos agregar que el artículo 75, inciso 24 de la CN condiciona al Estado argentino a firmar tratados de integración siempre y cuando respeten los derechos humanos.

Retomando la idea anterior, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos funciona en nuestro país como un fuerte valladar anticorporativo y esto explica –por lo menos en nuestra opinión– tanto la enorme resistencia que halló en la Convención Constituyente reformadora, como la multiplicidad de argumentaciones con las que actualmente se lo resiste, tanto desde el hipergarantismo –entendido en sentido liberal– hasta corrientes filosóficas que, comenzando por cuestionar el control judicial de constitucionalidad, continúan por plantear dudas sobre la legitimidad democrática de los tratados, esgrimiendo que el pueblo no participa en su redacción y no tardan en llegar a problematizar la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Y, según creo, éste es básicamente el punto: como fue expresado en la Convención Constituyente, los tratados internacionales dan alcance y contenido a una serie de derechos que, si bien se hallaban consagrados en el artículo 33 de la Constitución, se hallaban allí como no enumerados. Los tratados los positivizan con nombre, alcance y contenidos, y la jerarquía constitucional de los mismos hace imposible sostener su inconstitucionalidad.

El problema –y esta es la preocupación que nos motiva a intentar el pre-

sente trabajo— es que el devenir en el tiempo de esta cláusula constitucional ha hecho que sólo creamos que impide plantear su inconstitucionalidad a quienes nos consideramos partidarios de la filosofía de los derechos humanos y consideramos, además, que nuestra Constitución histórica, aún habiendo sido redactada un siglo antes del amanecer jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los incluye y homenajea plenamente; y que desde el punto de vista filosófico, ideológico, político y jurídico no existe, ni puede existir contradicción entre los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional.

Pero quienes plantean que el contenido de los tratados sobre derechos humanos puede incluir disposiciones que resulten contradictorias (derogatorias) de algún artículo de la parte dogmática de nuestra Constitución no aceptarán la idea de la imposibilidad de plantear la inconstitucionalidad de las cláusulas de un tratado de los mencionados en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 CN.

Tal como recuerda el Dr. Barrancos y Vedia en su comentario al fallo *Petric Domagoj C/ Diario* Página 12:

...Miguel Ángel Ekmekdjian, en su comentario al fallo “*Conesa Mo-
nes Ruíz, Horacio c/ diario Pregón*” indica que la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, según nos comentaron altas fuentes de la mencionada Convención Constituyente, fue requerida por algún grupo de presión contrario a la vigencia del derecho de réplica, como medio para destruir la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en la mencionada causa *Ekmekdjian c. Sofovich*.

Pero la frase que nos ocupa no tiene como único efecto poner en duda la compatibilidad entre el derecho de rectificación o respuesta y los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional sino que, si aceptamos que un artículo de un tratado internacional podría resultar derogatorio de algún artículo de la primera parte de la Constitución, todo el contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se haga parte del Derecho argentino con carácter de jerarquía constitucional, podría ser puesto en duda.

Las negociaciones mantenidas en el seno de la Convención durante el debate en el plenario de la asamblea llevaron a la introducción de la frase que nos ocupa, con la que se logró que uno de los proyectos de minoría fuese retirado aumentando así el consenso.

Como ya dijimos, los constituyentes entendieron que la frase “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reco-

nocidos" constituía una afirmación de la compatibilidad existente y un freno a la idea de posibles contradicciones.

Creemos que ello es así pues, lo complementario, completa, agrega y no puede, por lo tanto, contradecir o derogar.

En este contexto, hay igualdad de jerarquía de las normas en cuestión, y ello importa la aplicación de los principios interpretativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, básicamente el *pro homine*, tal como lo planteó recientemente el Dr. Zaffaroni en su voto concurrente en el caso Maza Ángel E., de fecha 6 de octubre de 2009.

Interpretar lo contrario implicaría establecer que existen en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional dos clases de instrumentos internacionales sobre derechos humanos:

Por un lado, los que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Por el otro, los que sí la derogan, que pueden ser declarados inconstitucionales.

En este último supuesto, ¿quién y bajo qué criterio determina qué tratado deroga y cuál no deroga la primera parte de la Constitución Nacional? ¿Existe alguna pauta susceptible de ser seguida para poder determinarlo?, ¿o lo haremos a partir de aseveraciones dogmáticas? ¿Qué ocurriría con la responsabilidad internacional del Estado en este caso? Los contribuyentes argentinos, ¿deberemos indemnizar a los damnificados por violaciones a los derechos humanos porque la sola voluntad de una eventual mayoría de la Corte considera que un derecho consagrado en un tratado deroga alguna garantía de la primera parte de la Constitución? Y si derogase algún artículo de la segunda parte de la Constitución, ¿qué haríamos? ¿Mantendríamos el criterio respecto de la colisión entre la primera parte de la Constitución y los tratados? O por el contrario, ¿aceptaríamos que los tratados pueden derogar la Constitución? Entonces, si un tratado contradice algún artículo de la primera parte de la Constitución, declaramos inconstitucional la cláusula del tratado, pero si la cláusula del tratado deroga algún artículo de la segunda parte de la Constitución, ¿preferiríamos la validez del tratado y declararíamos inconstitucional la Constitución?

En nuestra opinión, dar semejante interpretación a un artículo de la Constitución o a una frase contenida en el mismo llevaría a un grado de incerteza y de confusión alarmantes, y si consideramos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos conduce a reinterpretaciones *pro persona* de la casi totalidad del ordenamiento jurídico argentino, no tendríamos certeza alguna respecto del alcance y contenido, ni de los

derechos consagrados en los tratados internacionales, ni del que debe darse a los de la propia Constitución y, absolutamente subestimados en nuestra calidad de ciudadanos, deberíamos esperar con nuestras miradas hacia el cielo para que desde allí la inspiración de los jueces nos determine si la Constitución Nacional dice lo que dice o no.

Creemos que esta postura puede dar por tierra con absolutamente todo lo que desee hacerse; a partir de la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cualquier interés corporativo podría resistir a su antojo cualquier medida tendiente a viabilizar derechos humanos, desde el derecho de réplica hasta cualquier derecho de contenido económico o social.

Acusados de crímenes contra la humanidad, estructuras burocráticas y burocratizantes vinculadas, por ejemplo, a la asistencia de personas con discapacidad o cualquier sector estructurado en base al *status quo* en relación con cualquier grupo al que se le vulneren derechos, tal como las mujeres o las personas ancianas; frente a los reclamos que la sociedad civil pueda ejercer a fin de exigir la operatividad de la normativa procedente del derecho de los derechos humanos, contarán entonces, con esta doctrina para resistirse a los cambios.

Creemos con pesar que la batalla ha sido parcialmente ganada por quienes resisten la aplicación directa lisa y llana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues la Justicia no rechaza *in limine* los planteos de inconstitucionalidad de cláusulas de tratados jerarquizados, sino que confirma su validez constitucional, pero analizando y justificando pormenorizadamente las razones que motivan tal conclusión, tal como si se tratara de defender la constitucionalidad de una ley.

Creemos que los instrumentos de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22 CN no integran la Constitución, sino que la complementan, la completan y comparten su jerarquía; es decir, integran el mismo eslabón de lo que el Dr. Bidart Campos llama “cadena de validez constitucional”. Por lo tanto, consideramos que plantear la inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas tendría el mismo efecto que plantear la inconstitucionalidad de algún artículo de la Constitución.

No demasiado más es lo que podemos agregar desde el punto de vista estrictamente jurídico a esta cuestión.

A modo de resumen podemos decir que la frase que motiva este trabajo generó dos interpretaciones posibles:

Por un lado, existe un criterio al que adhieren autores como Barroso y que fue recogido por el Dr. Belluscio en el caso *Petric Domagoj C/ Diario* Página 12, según el cual la frase “no derogan artículo alguno de la primera

parte..." determina que el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 establece dos niveles jerárquicos dentro de los instrumentos con jerarquía constitucional: los que no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN que sí tienen la jerarquía constitucional; y los que sí derogan algún artículo de la primera parte, los cuales se hallan jerárquicamente por encima de las leyes, pero por debajo de la Constitución.

Como ha quedado expresado *supra*, bajo ningún concepto compartimos este criterio.

Por otro lado, encontramos el criterio al que adhiere mayoritariamente la comunidad jurídica argentina y la población argentina en general, según el cual, la frase que motiva el presente trabajo quiere decir exactamente lo que dice, esto es, que los instrumentos internacionales mencionados en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 de la CN tienen la misma jerarquía de la Constitución, no contradicen artículo alguno de la primera parte de la misma (o sea, están en todo de acuerdo con ella), y se entenderán complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Desde este punto de vista entonces, ¿cuál es la jerarquía normativa de la Constitución y cuál la de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22? La misma.

¿Qué diferencia jerárquica existe entre la CN y los instrumentos jerarquizados por el párrafo segundo del artículo 75, inciso 22? Ninguna.

Los instrumentos internacionales en cuestión, ¿derogan algún artículo de la primera parte de la Constitución? No.

¿Por qué? Porque los constituyentes comprobaron que no.

No compartimos el criterio expresado en la Convención Constituyente por el Dr. Barra, en el sentido de que la complementariedad implica accesoriedad. No lo compartimos porque puede resultar una forma indirecta de establecer jerarquías dentro del bloque constitucional creado por el artículo 75, inciso 22.

Creemos que la no contradicción entre los instrumentos jerarquizados y la primera parte de la Constitución es axiológica. Pensamos que los derechos humanos hacen parte de la ideología de la Constitución, por lo tanto, sólo pueden reforzarla.

Esta opinión nos libera de dudas respecto a la pregunta que se formulara nuestro maestro el Dr. Bidart Campos respecto de qué ocurriría con los tratados sobre derechos humanos jerarquizados en los términos del tercer párrafo del artículo 75, inciso 22.

Creemos entonces que ningún tratado de derechos humanos es susceptible de contradecir la primera parte de la Constitución Nacional, pues

comparten con ella la ideología y la finalidad.

Para concluir, consideramos que la frase en análisis es una suerte de caballo de Troya que los sectores reactivos a los derechos humanos insertaron en la Constitución Nacional.

Es digno de aplauso el esfuerzo de los convencionales que apoyaban el dictamen de mayoría, pues, con la inserción de esta frase, se logró destabar una cuestión que es básica para el avance de la Nación respecto de la defensa y promoción de los derechos humanos.

El caballo de Troya está presente y expectante con sus soldados dentro.

Si los tratados sobre derechos humanos jerarquizados constitucionalmente pueden ser declarados inconstitucionales, su caída arrastrará también las interpretaciones dadas a ellos por sus órganos de aplicación y la defensa de los derechos, sobre todo, de los correspondientes a los sectores más vulnerables de la sociedad; requerirá los mismos esfuerzos argumentativos que debían desplegarse treinta años atrás y con los mismos resultados inciertos.

Queda entonces en manos de los jueces de la Nación y de la sociedad que los vigile defender la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente reformadora o, tal vez, ejercer poder fundándose en tecnicismos, en palabras no comprendidas por la población y en interpretaciones propias de tiempos ya pasados.

Bibliografía

Diario de sesiones de la Convención Constituyente reformadora de 1994.

Bidart Campos, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo VI. Buenos Aires, Ediar, 1995.

Bidart Campos, Germán J. ob.cit. Tomo 1 A. Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000. Buenos Aires, Ediar, 2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Petric Domagoj Antonio contra Diario . Página 12 s/ Recurso de hecho. Sentencia de 16 de abril de 1998.

Barrancos y Vedia, Fernando N. *El derecho de rectificación o respuesta, la Constitución Nacional y la libertad de prensa en un fallo de la Corte Suprema*. La Ley, 1998-D, 330.

Gelli, María Angélica. *El caso Petric ¿Valor agregado de la rectificación o respuesta?* La Ley 1998-F, 53.

Julio B. J. Maier

Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Universidad Nacional de Córdoba). Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología, Director del Departamento de Graduados y 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) y más de cien artículos sobre Derecho Procesal Penal, Derecho Penal y Filosofía Jurídica en diversas publicaciones argentinas, latinoamericanas y europeas. Abogado con ejercicio ante los Tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, esporádicamente en otras jurisdicciones. Fue Secretario Judicial y Juez de 1ra. Instancia del Poder Judicial de la Nación Argentina. 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.

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 6 libros (el último se titula ***Reforma constitucional y control de constitucionalidad***, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007) 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.

Pablo Marcelo Corradini

Abogado con Diploma de Honor (Facultad de Derecho-UBA). Jefe de Trabajos Prácticos de la materia Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesor Adjunto de la materia Derecho Político del Departamento de Derecho y Ciencia Política de la UNLAM (2006). Director del Área Jurídica del Proyecto “Derechos Humanos, Migración y Participación - El caso de la comunidad boliviana del Partido de La Matanza” (UNLAM-CONICET, Universidad Nacional de la Matanza). Maestrando en Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la UBA. Publicó “La inmigración en la Constitución Argentina” (Anuario de investigaciones 2005-2006 del Departamento de Derecho y Ciencia Política de la UNLAM). Expositor, panelista y ponente en congresos y jornadas sobre migraciones y trata de personas. Abogado de la planta permanente de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Desde 1997 ejerce como abogado ante los tribunales de la República Argentina.



Defensoría del Pueblo
Ciudad Autónoma de Buenos Aires