

# FORUM

01

AÑO 2013

ANUARIO  
DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL  
DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA  
UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA



# **FORUM**

**ANUARIO DEL  
CENTRO DE DERECHO  
CONSTITUCIONAL**



# FORUM

## ANUARIO DEL CENTRO DE DERECHO CONSTITUCIONAL 2013

Facultad de Derecho  
Universidad Católica Argentina

**ORLANDO JUAN GALLO**

Director del Centro de Derecho Constitucional

**ROBERTO ANTONIO PUNTE**

Coordinador del Anuario





### **Autoridades de la Universidad**

Arzobispo Rector Mons. Dr. Víctor Manuel Fernández

Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales:  
Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos:  
Dr. Horacio Rodríguez Penelas

Vicerrectora de Investigación:  
Dra. Beatriz Balian de Tagtachian

### **Autoridades de la Facultad**

Decano:  
Dr. Daniel Alejandro Herrera

Secretario Académico:  
Dr. Néstor A. Raymundo

Prosecretario Académico:  
Dr. Fernando Ubiría

Director de Investigación Jurídica Aplicada:  
Dr. Jorge Nicolás Laferriere

Director del Departamento de Posgrado:  
Dr. Gustavo Costa Aguilar

Punte, Roberto

Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la  
Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina  
/ Roberto Punte y Orlando Gallo. - 1a ed. - Buenos Aires :  
Universidad Católica Argentina, 2013.

273 p. ; 16x23 cm.

ISBN 978-950-44-0093-6

1. Derecho Constitucional. I. Gallo, Orlando. II. Título.  
CDD 342

Los autores de los artículos publicados en el presente número ceden sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional "Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina" como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica

## **UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)

Tel./Fax 4349-0200 • educa@uca.edu.ar

Buenos Aires, octubre de 2013

ISBN: 978-950-44-0093-6

---

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723  
Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

## SUMARIO

Una nueva agenda para la libertad de expresión, o de la necesidad de expandir su tratamiento constitucional. <b>VALENTÍN THURY CORNEJO</b> .....	11
Breve asedio al poder constituyente irregular. <b>LUIS MARÍA BANDIERI</b> .....	69
La representación política. <b>ORLANDO J. GALLO</b> .....	97
La conformación de un Estado unitario. <b>ROBERTO A. PUNTE</b> .....	119
Consensualismo y derechos humanos en el magisterio de Benedicto XVI. Un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos. <b>CARLOS G. ARNOSSI</b> .....	137
El <i>neoconstitucionalismo</i> en la reforma del CC y Com.: el protagonismo del juez en el Estado de Derecho y el problema del método de ponderación. <b>DÉBORA RANIERI DE CECHINI</b> .....	155
El no reconocimiento de una agrupación política. (Constitucionalidad, discriminación, partido anti-sistema). <b>GUILLERMO C. SCHINELLI</b> .....	221

La constitución externa de la República Argentina.  
**HERNANDO V. CAÑARDO** ..... 233

**Bibliográficas:** Reseña a Castaño, Sergio Raúl, *El poder  
constituyente entre mito y realidad*, Buenos Aires, Instituto de  
Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica  
de Cuyo – Sede San Luis, 2012, 112 pp.  
**CARLOS G. ARNOSSI** ..... 269

## EDITORIAL

Se ha elegido “Forum” como nombre identificatorio de este primer Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho. No es circunstancial el nombre elegido, pues expresa el diálogo como núcleo convocante del grupo de profesores que lo integran.

Como bien lo definiera Abelardo Rossi, la actitud de diálogo supone una sabia superación del discutir, en sus palabras, de *“los eternos discutidores de salón [...] imbuidos de espíritu de contradicción y carencia de adaptación”*, o *“quienes, desde situaciones de poder, convocan al diálogo, [...] pero siguen [...] aferrados a sus particulares intereses”*, y quienes desde la protesta hacen oír de modo indignado y *“vigorosamente, sus indefinidas aspiraciones”*, pero *“quizás aún no saben escuchar”*. Es que si bien es posible, agrega, y hasta probable, que *“quien discute tenga bien ejercitada su razón, que discurra con corrección y con rigor, solo quien posee la capacidad de dialogar tiene abierta su inteligencia como pura y sencilla mirada receptiva, en actitud y con aptitud de conocer”*.

Estas reglas de conducta son las que procuramos consolidar en nuestra Escuela, asentada en la aceptación de la presencia de valores como principios vivificantes de las normas y orientadores de las conductas.

El realismo político exige el diálogo con los hechos y con las circunstancias, la recepción de las tradiciones institucionales, de la constitución histórica, y del más amplio contexto de las fuentes para su interpretación y aplicación. Esto significa sentirse herederos de una tradición compleja, jurídica, histórica, social. Intérpretes hoy de valores éticos sostenidos en la fe cristiana según el magisterio perenne de la Iglesia, y a la vez, impulsados a su vigencia del mejor modo. En plenitud de consonancia, para que la norma no solo sea respetada en

su verdad, sino que esta misma verdad, al convertirse en vigencia, alimento de justicia y paz las situaciones en que deba enseñarse o aplicarse.

Esto quiere ser común a todos nosotros, como participantes de lo recibido de los fundadores de nuestras cátedras, en una relación discipular, que ya se continúa en una tercera generación de jóvenes profesores. Esta convocatoria empieza por los presentes, pero desea prolongarse y expandirse, sin dejar de lado caracteres, convicciones e individualidades, para compartir, en un ámbito de auténtica camaradería y libertad académica, estos principios y enfoques en la investigación, la difusión y la formación no solo de nuestros alumnos sino también de los numerosos colegas que comparten esta búsqueda de puesta en común de nuestras inquietudes, para afianzar sentidos comunes que expliquen el presente y permitan cimentar el futuro.

Este primer número constituye pues un desafío y un compromiso; el desafío es continuar con nuestros encuentros para la profundización del diálogo y avanzar en comprensión y concordia a través del intercambio mutuo. El compromiso es seguir poniendo a disposición del mundo académico el fruto de nuestra reflexión y trabajo docente

# UNA NUEVA AGENDA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, O DE LA NECESIDAD DE EXPANDIR SU TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL<sup>1</sup>

VALENTÍN THURY CORNEJO<sup>2</sup>

*“Conducimos hacia el futuro usando  
solamente nuestro espejo retrovisor”.*  
(Marshall McLuhan)

El 29 de noviembre de 2012, el Lord Justice Brian Leveson presentó al Gobierno británico su informe de 1987 páginas sobre la “Cultura, prácticas y ética de la prensa”<sup>3</sup>. Este reporte fue el resultado de un año y cuatro meses de labor de la comisión presidida por el juez, convocada para analizar la situación de la prensa y proponer reformas en su regulación a raíz del escándalo desatado debido al descubrimiento de la red de escuchas ilegales organizada por el periódico *News of*

1. Este breve artículo consiste –más allá de algunos retoques– en la comunicación leída en las VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural, “Ley Natural y Consenso”, organizadas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la sede de la primera, durante octubre de 2010. Agradezco los comentarios de Luciano Laise a una versión previa de este trabajo.

2. Abogado, Diploma de Honor-Derecho UCA. Doctorando en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad. Investigador CONICET, Profesor de Posgrado en la U.C.A., Universidad Austral y Universidad del Centro de la Provincia de Buenos Aires.

3. Consultar en <http://www.levesoninquiry.org.uk/>.

*the World*. El organismo regulador de la prensa británica es la *Press Complaints Commission*, cuya característica principal es la de estar integrada mayoritariamente por miembros de la industria de medios. La razón de ser de su diseño institucional está en el entendimiento de que para que la libertad de expresión esté adecuadamente protegida no debe existir una regulación estatal, sino que deben ser los propios actores los que deben autorregularse. Así, esa Comisión era la encargada de atender los reclamos de los lectores y presuntos damnificados por la actividad de la prensa y ejercer como guardián de su actividad. En su informe, el Juez Leveson viene a declarar el fracaso de ese sistema y a proponer, en su lugar, un papel más relevante para el Estado y una regulación más estricta de la actividad de la prensa. La primera reacción del Primer Ministro David Cameron fue considerar que la propuesta de legislación en cabeza del Parlamento afectaría la libertad de prensa y abogó entonces por el mejoramiento del sistema, dentro de los parámetros vigentes. En los momentos en que escribimos estas líneas<sup>4</sup>, la discusión se encuentra en pleno desarrollo y ello es expresivo del motivo que nos impulsa a esta reflexión.

Cuando hablamos de libertad de expresión, todos pareciéramos tener claro a qué nos referimos. Existe un sentido común que nos habla del rol de ese derecho como esencial para la vida democrática, así como de la función de los medios de comunicación como articuladores necesarios de la información y opiniones con las que nutrimos nuestros debates públicos. La libertad de expresión es una garantía frente al poder del Estado, que es necesario proteger para así proteger nuestros derechos más esenciales. Sucede, sin embargo, que los medios de comunicación han adquirido también, a lo largo de las últimas dos centurias, un estatus de verdadero poder, con capacidad de influir en la esfera política, económica y social así como de afectar derechos individuales tan esenciales como el de la privacidad. Esta evolución supone un desafío trascendental para la teoría constitucional en la medida en que obliga a armonizar distintos valores protegidos por el ordenamiento, muchas veces en una tensión de difícil equilibrio. El debate actual en Gran Bretaña ejemplifica esta situación y nos invita a una

4. Mediados de diciembre de 2012.

reflexión sobre el entendimiento que, desde el derecho constitucional, tenemos sobre la libertad de expresión. En este sentido, lo que les proponemos en las páginas que siguen es, simplemente, la discusión de las bases para una agenda teórica que investigue el significado actual del derecho a la libertad de expresión en la sociedad contemporánea. Su necesidad y relevancia está dada por la emergencia de una realidad mediática que por ello requiere de nuevos métodos para comprenderla y de una más profunda interpretación de los textos constitucionales para regularla.

## I. LAS DIMENSIONES DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Uno de los puntos de partida de la interpretación constitucional es que estamos ante una “Constitución viva”, ello es, un instrumento de normación de la vida social que debe ser actualizado en el momento de su aplicación, so pena de no ser fiel a su significado más profundo. Esto se dice pronto pero realizarlo verdaderamente tiene múltiples niveles de complejidad. Queremos referirnos aquí a uno de ellos, el de los contenidos implícitos que advienen con la consagración normativa de algunos derechos y/o instituciones y que, inadvertidamente, condicionan la capacidad de transformación que el texto de la Constitución debe tener para ser efectivamente “algo vivo”. Nuestro objeto de estudio, la libertad de expresión, es paradigmática expresión de esta situación. Receptado ese derecho por las primeras expresiones constitucionales, se encuentra vigente –con algunas reformulaciones textuales– en la totalidad de los instrumentos actuales. Su significado, sin embargo, se halla atado a un contexto político, social y económico que se ha transformado pero que, sin embargo, sigue informando su aplicación cotidiana y nutriendo los debates sobre su regulación constitucional. Nuestra propuesta, en este sentido, será identificar una serie de dimensiones que componen el derecho a la libertad de expresión, analizar su evolución y proponer una agenda que permita dar cuenta adecuada, desde el derecho constitucional, de los desafíos que hoy se plantean.

La primera dimensión refiere al contexto político-social en que el derecho es concebido y se articula en la pregunta: ¿con qué paradigma

interpretamos la libertad de expresión? La división entre Estado y sociedad que estructuraba el régimen liberal daba a los derechos la función de escudos que los individuos tenían para detener el poder de un Estado que siempre buscaba sobrepasar sus propias dimensiones. Este marco cognitivo perdura en la visión de un periodismo que se enfrenta con el poder y lo controla, asumiendo la función de guardianes de lo público (*public watchdogs*). Splichal remarca cómo esta visión reconoce su origen en teorizaciones como la de Bentham, que pregonaba la idea de una “esfera pública como una desconfiada vigilancia”<sup>5</sup>. Como desarrollaremos luego, el problema de esta visión es su conceptualización del poder. Éste se concentra en el Estado, a quien debe limitarse y el periodismo cumple funciones esenciales a este respecto: la esfera de la sociedad civil, adonde los medios pertenecen, aparece como un ámbito a-problemático, desnudo de luchas de poder internas. El quiebre de este paradigma en la realidad práctica supone un desafío para el constitucionalismo, que debería reconocer que la efectiva vigencia de la libertad de expresión no depende solamente de los límites que se le impongan al poder público sino de una regulación constitucional de una serie de actores y variables que también son detentadores de poder. La habitual falta de tratamiento constitucional de los medios de comunicación como un factor de poder es suficientemente expresiva, a nuestro entender, de la limitación del paradigma clásico –aún vigente– para interpretar la libertad de expresión.

La segunda dimensión hace foco en el concepto mismo de derecho constitucional y parte de la pregunta: ¿qué significa la regulación constitucional de un derecho como la libertad de expresión? Esta inquisición apunta a dos elementos fundamentales para el análisis: la extensión y profundidad de esa regulación y los elementos metodológicos y las disciplinas que deben intervenir para realizarlo. Respecto del primero, entendemos que la formulación del derecho a la libertad de expresión en el marco de un sistema de derechos de tipo negativo –o de no intervención– ha conspirado contra el desarrollo constitucional de los distintos aspectos que lo implican. Dicho de otro modo:

5. Cf. SPLICHAL, Slavko, *Principles of publicity and press freedom*, Lanham, Md., Rowman & Littlefield Publishers, 2002.

en el momento de su consagración normativa, el derecho se formula como un ámbito de acción que queda resguardado de la acción interventora del Estado (v. gr.: prohibición de censura previa). Esa formulación se mantiene, *mutatis mutandi*, en la actualidad y los desarrollos normativos de otros aspectos relacionados con la libertad de expresión se consideran fuera de la regulación constitucional o sin normas directrices concretas que emanen de esta (v. gr.: conformación del sistema de medios). Ello hace que las necesidades intervencionistas del Estado se produzcan al modo de una acumulación de capas tectónicas, que se añaden a la formulación constitucional primigenia pero que no son integradas en la misma pues se considera una materia “no-constitucional”. De este modo, se tiende a la superposición y no a la síntesis, fomentando la fragmentación y la confrontación implícitas<sup>6</sup>.

El otro elemento para destacar respecto del derecho constitucional es el método por emplear, especialmente en lo que hace a la interdisciplinariedad de los enfoques. Tradicionalmente, la perspectiva con la que se trata la libertad de expresión parte de una fórmula consagrada normativamente que hay que aplicar en la realidad práctica, a través de una metodología jurídica. No entran en estas consideraciones las disciplinas que estudian concretamente el desarrollo y los efectos de los instrumentos que se utilizan para su ejercicio, así como las transformaciones económicas y sociales que ellos producen. Este tratamiento, propio de una ciencia del derecho autónoma<sup>7</sup>, cristaliza el contenido de la libertad de expresión en el momento en que ésta fue consagrada constitucionalmente. El derecho se autonomiza así de su contexto concreto, deja

6. La confrontación de modelos que se produce cuando se adicionan normas que proceden de un contexto diferente (v. gr.: cuando se mantiene la formulación original del derecho a la libertad de expresión y se le agregan luego aspectos o formulaciones diversas, sin adaptar expresamente la primera) genera presiones isomórficas (cf. LANZALACO, Luca, “Dimensione giuridico-formale e analisis delle istituzioni: problemi, concetti e ipotesi”, *Teoria politica*, N° XIV, 1, 1998, pág. 123). Ello genera, como veremos a lo largo del presente, una lucha interpretativa entre las perspectivas que derivan de esas dos visiones insertas en el texto constitucional. En lugar de la síntesis, la dinámica política del proceso interpretativo lleva al intento de sobreponer una postura sobre la otra.

7. Cf. POSNER, Richard, “The decline of law as an autonomous discipline: 1962-1987”, *Harvard Law Review*, Vol. 100, No. 4, 1987, págs. 761-780.

de dialogar con la realidad y su contenido pasa a formar parte de un estatus que no admite revisión. Todo lo contrario de lo que requiere un derecho constitucional en diálogo con la realidad y sus problemas, a los que debe brindar soluciones<sup>8</sup>. De este modo, la disciplina se abroqueló detrás de una visión que no regula en su totalidad la extensión de la materia, manteniéndose impertérrito a costa de perder normatividad real<sup>9</sup>. La perspectiva que proponemos sugiere recuperar los valores presentes en el derecho originalmente concebido para contextualizarlos en un entramado de relaciones que, sin negar su esencia, nos haga detectar nuevas dimensiones necesarias para su vigencia efectiva.

Una tercera dimensión está constituida por la función que desempeña la libertad de expresión. Tradicionalmente, y esa es la opinión preponderante hoy en día en el ámbito estadounidense, la libertad de expresión es un derecho que se relaciona con la necesidad de que exista un robusto debate público que contribuya a conformar una sociedad democrática. Es decir, la libertad de expresión cumple una función esencialmente política, como un instrumento para el autogobierno<sup>10</sup>. Esta concepción se relaciona directamente con las afirmaciones de que ese derecho se ejerce, esencialmente, frente al poder del Estado y, más ampliamente, de lo público. Alternativamente, otra visión es posible y relaciona el derecho a la libertad de expresión con la formación de la identidad personal y el ejercicio de la autonomía individual, emparentándolo así con los derechos de tipo cultural. El fundamento no es aquí tanto la creación de las condiciones para un sistema de autogobierno como para la formación de la persona individual. Esta visión

8. Sobre el concepto de derecho “responsivo”, en diálogo con la realidad social, como una etapa posterior al derecho autónomo, cf. NONET, Philippe & SELZNICK, Philip, *Law & society in transition: toward responsive law*, New York, Octagon Books, 2001, 2ª ed.

9. Entendemos por “normatividad”, en este contexto, la capacidad del derecho para dirigir, de forma efectiva, la realidad social. Tratamos con mayor profundidad estas cuestiones en THURY CORNEJO, Valentín, *Sistema político y aprendizaje constitucional. A 10 años de la reforma de 1994*, Buenos Aires, Instituto de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales-UCA, 2005, Capítulo 1.

10. Cf. KROTOSZYNSKI, Ronald J. Jr., *The first amendment in cross-cultural perspective. A comparative legal analysis of the freedom of speech*, New York & London, New York University Press, 2006, pág. 11 y sigs.

se halla presente en formulaciones como la de John Stuart Mill<sup>11</sup>, pero encuentra una importante concreción en las normas constitucionales y en los tratados internacionales que consagran los derechos culturales. Estos vienen a complementar y a ampliar el reducido ámbito al que quedó conminada la libertad de expresión en su noción tradicional. Como intentaremos exponer en el cuerpo del artículo, esta expansión es una parte inescindible del contenido del derecho.

Si la libertad de expresión, además de asumir una naturaleza política, adopta también una cultural, una cuarta dimensión del problema se relaciona con los sujetos en cuya cabeza se encuentra ese derecho. La visión liberal, basada en un sistema eleccionario de tipo censitario, limitaba ese derecho a los ciudadanos que consideraba plenamente tales y que podían así participar de la vida pública<sup>12</sup>. La universalización de la participación democrática plantea un desafío importante a esa concepción, en la medida en que la denominada “masificación” de la vida política generará la necesidad de mecanismos que oficien de intermediarios entre el pueblo votante y la esfera política. Así, los partidos políticos y la prensa asumirán esa función<sup>13</sup>. De ese modo, serán ellos los que resulten especialmente protegidos en su actividad por la libertad de expresión, en la medida en que canalizan la información a los ciudadanos. Sin embargo, mientras que los medios adoptan formas empresarias y comercializan sus funciones, al tiempo que adquieren el estatus de actores sociales autónomos debido a sus crecientes poderes para generar representaciones colectivas de la realidad social, esa conexión con los ciudadanos se hace problemática. Los medios comienzan a tener in-

11. Ver BERLIN, Isaiah, “John Stuart Mill y los fines de la vida”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1996.

12. ROMANELLI, Raffaele, “Sistemas electorales y estructuras sociales. El siglo XIX europeo”, en *Democracia, elecciones y modernización en Europa. Siglos XIX y XX*, Salvador Forner (coordinador), Madrid, Cátedra, 1997, pág. 31 y sigs.

13. Es el paralelismo entre esas funciones lo que ha generado, en muchos sistemas, un sistema altamente vinculado entre partidos políticos y prensa donde los periódicos son financiados por los partidos y asumen una posición claramente orgánica. Cf., en este sentido: C. Seymour-Ure califica esos sistemas como de “media-parallelism”, siendo su modelo reflatado recientemente por D. C. HALLIN & P. MANCINI, *Comparing media systems: three models of media and politics*, Cambridge, England, Cambridge University Press, 2004.

tereses propios, no necesariamente asimilables a los de la ciudadanía a la que supuestamente responden. A ello se suma la conciencia de la importancia de la información como un bien del que deben disponer los habitantes, como una dimensión ineludible de la libertad de expresión de la que da cuenta la normativa internacional<sup>14</sup>. Esta comienza a conceptualizarse como un derecho expandido a toda la población, cuyo sujeto deudor no es solamente la autoridad pública y que requiere medidas de carácter negativo junto a algunas de carácter positivo –v. gr.: tendientes a la recepción de información por parte de los ciudadanos.

La quinta dimensión del problema se relaciona directamente con el aspecto social de la libertad de expresión, ello es, con su conceptualización como un derecho que requiere una actividad concreta del Estado para la conformación de un sistema, un conjunto de condiciones en el que el bien público de la información pueda efectivizarse y ser disfrutado por la población. Si la libertad de expresión implica, por un lado, la abstención estatal, por otro lado supone la conformación de una estructura que provea los bienes garantizados por la normativa constitucional. Ello trae al primer plano constitucional los asuntos regulatorios referentes a la conformación del sistema de medios, la existencia de medios públicos y de subsidios estatales, entre otras cuestiones. Los textos constitucionales suelen, por muchas de las razones que venimos exponiendo, responder con el silencio a estos temas, dejando las funciones del Estado (abstenerse, subsidiar, prestar por sí mismo) largamente indefinidas. Desde el punto de vista metodológico, ello supone dar cuenta de la evolución que el derecho ha sufrido en el último siglo por el cual deja de ser una construcción estática, declarativa de un orden perenne y se transforma en un instrumento de dirección política, a través del cual va a tratar de dar respuesta a los problemas que afectan a la sociedad contemporánea<sup>15</sup>. Por ello, el derecho ya no va a tener la capacidad de ejercer regulaciones autónomas

14. Cf. CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana, "Historical evolution of the right to information", *Comparative Media Law Journal*, N° 10, 2007, págs. 35-61.

15. Cf. NONET & SELZNICK, ob. cit. en nota 8.

y va a requerir del auxilio de disciplinas que dirijan la vida social<sup>16</sup>. Se requiere así de una constitucionalización de la política de medios (*media policy*) en un doble sentido: por un lado, los principios constitucionales deben regir efectivamente esa política, mostrando los valores constitucionales que subyacen a las decisiones regulatorias; por otro lado, estas políticas deben adquirir estatus constitucional y pasar a formar parte integrante del canon que constituye ese objeto.

Las cinco dimensiones que trataremos en las páginas que siguen confluyen, justamente, en el tema con el que iniciamos esta reflexión: la regulación de la actividad periodística. ¿Cómo ejercitan su libertad de expresión los medios periodísticos? ¿Es ella limitable o, aunque sea, regulable? Este tema adquiere una relevancia suprema en el marco de los desafíos a los que se enfrenta el periodismo y admite diversas perspectivas, de acuerdo justamente con la concepción de la libertad de expresión y con la cultura política de los distintos países. Se produce así un debate a partir de la tensión que se da entre la defensa de la libertad de expresión y la necesidad de contar con la regulación de una actividad que provee un bien social de enorme relevancia: la información pública. La actividad periodística y los límites a los que su ejercicio de la libertad de expresión está sometido es el punto en el que actualmente se concentra la discusión constitucional que se produce en los estrados judiciales. En la intersección que se produce entre libertad de expresión periodística y los derechos a la intimidad y al honor de los habitan-

16. Ante la presión de los problemas sociales y movimientos de clase, la ley formal comenzó a sufrir una crisis de identidad que la llevó a asumir tendencias materializadoras. En el Estado de bienestar actual, el derecho material se muestra como un instrumento de dirección política que busca producir efectos sociales y si éstos no son conseguidos, ello afecta directamente su legitimidad. Por lo tanto, el derecho actual necesita de la ayuda de análisis para su implementación. "Las ciencias sociales", nos dice Teubner, "se convierten en directamente relevantes en el análisis de los efectos que pueden ayudar a explicar la efectividad del derecho. La extensión de la así llamada sociologización del derecho no puede ser arbitrariamente modificada por los abogados de acuerdo con modas intelectuales; por el contrario, está conectada con las mismas transformaciones del derecho en el Estado de bienestar" [TEUBNER, Gunther, "Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions", en *Juridification of social spheres. A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, Gunther Teubner (ed.), Walter de Gruyter, Berlín-New York, 1987, pág. 18].

tes, es donde se concentran las decisiones judiciales que condensan el complejo entramado de dimensiones que acabamos de enunciar y que desarrollaremos en este artículo. A través de sus sentencias, los jueces fijan incentivos, premios y castigos, e influyen sobre muchas de las dimensiones que aquí vamos a tratar pero lo hacen implícitamente, sin traer a la luz una conceptualización de la libertad de expresión y de sus contextos que responda a la evolución que el mismo ha tenido.

Estas decisiones no serán objeto de este artículo, ya que elegimos situarnos en un punto lógicamente anterior, para poder luego analizarlas con mayor profundidad teórica. En efecto, lo que los jueces deciden está sujeto a una serie de preconcepciones acerca del contenido y la función del derecho constitucional, de los asuntos que debe incluir el tratamiento de la libertad de expresión y de la índole de la función que ellos realizan al resolver los casos. Al desarrollar las cinco dimensiones de la libertad de expresión que hemos enunciado, intentaremos analizar nuestro verdadero objeto de estudio: el marco cognitivo en el cual comprendemos la libertad de expresión. A través de estos marcos procesamos la realidad que percibimos, la mayor parte de las veces de modo implícito a través del lenguaje que usamos para describirla<sup>17</sup>. La autorreflexión sobre el modo en que entendemos la libertad de expresión es un primer paso de la indagación constitucional. De modo exploratorio, pues, lo que intentaremos es delinear una agenda de investigación que parta del análisis del sentido de la libertad de expresión en su contexto originario de consagración constitucional, evalúe los cambios contextuales que mutan su alcance y significado y describa las dimensiones que –sin negar las anteriores ni declararlas obsoletas– deben agregarse a su contenido.

## II. LA NOCIÓN DE ESFERA PÚBLICA Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Expresaba Chesterton que “el hombre moderno es semejante al viajero que olvida el nombre de su destino y tiene que regresar al lugar

17. LAKOFF, George, *No pienses en un elefante. Lenguaje y debate político*, Madrid, Editorial Complutense, 2007.

del que partió para averiguar incluso dónde se dirigía”<sup>18</sup>. En un sentido complementario, Jacques Ellul nos decía que “el hombre es incapaz de analizar lo que vive en la experiencia social común [...]. Es necesario un tiempo para pasar de lo vivido experimentalmente y de las reacciones contrarias a esa experiencia, a la comprensión y a la toma de conciencia profundizada. Durante tal período, que puede durar medio siglo o incluso todo un siglo, la situación real cambia tanto que el hombre se halla otra vez enfrentado a nuevas formas de opresión que no conoce, pero ante las cuales actúa espontánea y visceralmente, porque siente que está en peligro, porque su libertad está amenazada y, al mismo tiempo, teoriza sobre sus experiencias de los últimos cincuenta años, entiende lo que ha sucedido anteriormente, prepara una respuesta a esa agresión ya consumada y se esfuerza por salvar la libertad: ese aspecto de la libertad que había sido afectado en situaciones precedentes”<sup>19</sup>. Ambas frases nos hablan de olvido y pervivencia. Más aún, refieren a la continuidad de esquemas que se vacían de contenido normativo en la medida en que la realidad vivida los va tornando obsoletos. El regreso al sentido original es tan necesario, entonces, como lo es la búsqueda de nuevas formas de enfrentar los desafíos contemporáneos: que el ancla no nos impida avanzar sino que nos amarre a lo esencial, nos permita el detenernos para la contemplación del frenético presente. Ahondaremos así en la noción de libertad de expresión, entendida en el contexto de la sociedad liberal de fines del siglo XVIII y principios del XIX y analizaremos luego los ajustes que a la misma deben darse, al cambiar los contextos de aplicación, para que mantenga su sentido.

### *II.a. Esfera pública y libertad de expresión en la sociedad liberal*

El esquema central a partir del cual se comprende la denominada sociedad liberal, que emerge como consecuencia del triunfo social

18. CHESTERTON, Gilbert K., *La nueva Jerusalén*, Buenos Aires, Agape, 2008, pág. 7.

19. ELLUL, Jacques, “Las estructuras de la libertad”, capítulo preliminar al libro de CAMPA, Ricardo, *La expectativa de la imaginación*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1990, pág. 23.

de la burguesía y que construye el Estado constitucional moderno, es el de la división entre Estado y sociedad. El Estado absoluto se había formado a través de la aniquilación de las entidades intermedias, transformando en relaciones de pura dominación las relaciones corporativas medievales. A ello se sumaba la separación del sujeto activo de la política (monarca) del sujeto pasivo (súbdito), la sustitución de las antiguas milicias por los ejércitos mercenarios y de la administración estamental por la burocrática. En este contexto, como afirma García Pelayo, “se manifiesta claramente que a un lado está el Estado, y al otro la masa de súbditos, el conjunto de cuyas actividades privadas, es decir, libres de la intervención estatal –y cada vez más enriquecidas y estructuradas en virtud del creciente desarrollo económico, técnico y cultural–, forman la sociedad”<sup>20</sup>. A partir de allí, comienzan a deslindarse los conceptos de sociedad política y sociedad civil, como atestigua la evolución de este último concepto en los grandes teóricos políticos de ese tiempo<sup>21</sup>. La sociedad civil es el lugar de la efectiva realización del ser individual y es para su protección frente al avance del Estado que se generarán las doctrinas tendientes a su autolimitación, v. gr.: la teoría de la división de Poderes<sup>22</sup>.

20. GARCÍA PELAYO, Manuel, voz “Derecho público”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. I, Barcelona, Seix, 1951, en *Obras Completas*, T. III, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 2358.

21. La nueva configuración de la realidad social que se da con el absolutismo precede a la evolución conceptual, que quedó desfasada respecto a ella. En esos tiempos dominaba aún la tradición del pensamiento aristotélico, en la que la sociedad civil era equivalente a la sociedad política, la polis, que englobaba las formas asociativas inferiores y se presentaba como un continuo que iba desde la familia hasta el estado civil. Estas ideas sufren una doble quiebra: primero, la diferenciación de Hobbes entre el estado de naturaleza y el social –aunque, como es sabido, en la visión de Hobbes el contrato social crea el Estado y no la sociedad civil– y segundo, la distinción entre el individuo, la sociedad civil y el Estado que aparece en la obra de John Locke. Por lo tanto, el pensamiento tradicional comienza a modificarse a partir de una explicación teórica aplicada a la nueva realidad del Estado absoluto, que tiende a apuntalarlo respecto de los poderes intermedios, movimiento al que se le contrapone una valoración de la sociedad como opuesta a ese Estado despótico.

22. Cf. THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de Poderes hoy*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2002.

El siglo XVIII es sin duda la época en la que se asienta el gobierno liberal y triunfa definitivamente la economía capitalista, ambos basados en la distinción entre dos esferas de acción autónomas, la del Estado y la de la sociedad. El Estado liberal se basa en el surgimiento de una realidad social autónoma (así como de una ciencia diseñada para comprenderla) y de un sujeto histórico, la burguesía, ideológicamente interesado en destacar esa realidad social como distinta y contrapuesta al Estado. La economía será la base sobre la que se fundamentará esta nueva sociedad, transformada por los nuevos modos de producción y por el consumo. El consumidor es ahora el que decide lo que consume y lo que ahorra y de este modo influye sobre la producción, el empleo y el crecimiento, dando lugar a una suerte de democracia directa, en la que prevalece la visión individualista por sobre la de una sociedad vertebrada<sup>23</sup>. En este esquema, el problema de la redistribución queda en un segundo plano ya que el tema principal por resolver era el de la asignación óptima de los recursos escasos. Con ello, la actuación del Estado se ve reducida a un mínimo y debe resultar neutral respecto del mercado. Éste era visto como un sector autorregulado, en el que la búsqueda del propio interés tendía al equilibrio del sistema. La ciencia económica proporciona así un modelo determinado de sociedad, que encuentra su consagración en el liberalismo económico de Adam Smith y sus seguidores, donde la economía será patrimonio exclusivo del conjunto de componentes de la sociedad, metodológicamente considerados desde su individualidad abstracta<sup>24</sup>.

Habermas escribe su influyente *Historia y crítica de la opinión pública* partiendo de estos supuestos. A partir de la identidad que la bur-

23. Sobre el tema del auge del consumo en el siglo XVIII, ver BROWN, Vivienne, "The emergence of the economy", en *Formations of modernity*, ed. Stuart Hall y Bram Gieben, Polity Press/Open, University, Cambridge, 1992, 130-137.

24. Culminando una evolución que comienza en el mercantilismo, en donde la economía se hallaba sujeta a la política positiva del Estado, y sigue en la fisiocracia, donde la economía se separa del Estado pero se mantiene vinculada a la organización social. Con Smith, esos ámbitos resultan escindidos. Para el tema de la autorregulación en el sistema económico de Smith, ver MAYR, Otto, *Authority, liberty & automatic machinery in early modern Europe*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 1986, págs. 164-180.

guesía realiza entre su interés y el general, va a aflorar la esfera pública como un ámbito de discusión de ideas y formación de voluntad social que va a legitimar –al mismo tiempo que la controla– la actividad del Estado. Comenzando con los cafés y salones literarios que empiezan a aparecer a fines del siglo XVII, Habermas destaca las conquistas que esta esfera va realizando respecto del Estado en aras del conocimiento y de la discusión de los asuntos públicos. Así, se comienzan a consagrar las libertades de la prensa, con la lucha de la abolición de la censura en un lugar preponderante. A ella se suma el levantamiento de otras trabas como los impuestos o las leyes sobre calumnias e injurias –*libel law*– y culmina con la admisión del Parlamento británico de la publicidad de sus sesiones y la participación de la prensa. Los ordenamientos constitucionales van a recoger esa evolución –caso de Inglaterra– o van a contribuir a crearla –caso de la Francia revolucionaria<sup>25</sup>– con el rótulo de libertad de expresión. Su consagración normativa resulta instrumental respecto de la función misma de esta esfera de discusión pública que responde al modelo burgués de separación entre sociedad y Estado. En sus propias palabras:

“La idea burguesa del Estado legal, esto es, la vinculación de toda actividad estatal a un sistema lo más continuo posible de normas legitimadas por la opinión pública, está orientada al arrinconamiento del Estado como instrumento de dominación [...]. De acuerdo con sus propias intenciones, la opinión pública no quiere ser ni límite del poder ni poder mismo, y todavía menos fuente de todo poder. En su propio contexto está más bien obligada a modificar el carácter del Poder Ejecutivo, la dominación misma. La ‘dominación’ de la publicidad es, según la idea que de sí misma tiene, una ordenación en la que la dominación en general se disuelve; *veritas non auctoritas facit egem* (la verdad y no la autoridad hace la

25. Dice Habermas que “la Revolución crea en Francia de la noche al día –aunque evidentemente con un carácter menos estable– lo que en Inglaterra había requerido un continuado desarrollo de casi una centuria: las instituciones que le faltaban al público racionante. Surgen los partidos de club, de los que se nutren las facciones parlamentarias; se forma una prensa diaria política y los Estamentos generales dan a publicidad sus discusiones” [HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, Gustavo Gili, 1ª impresión (10ª tirada), 2009, pág. 107].

ley). [...] El *pouvoir* como tal es puesto a debate por una publicidad políticamente activa. Ese debate está encargado de reconducir la voluntad a *ratio, ratio* que se elabora en la concurrencia pública de argumentos privados en calidad de consenso acerca de lo prácticamente necesario en el interés individual”<sup>26</sup>.

Varias son las ideas que se encuentran en el párrafo transcripto. En primer lugar está la de esfera pública (o publicidad, de acuerdo al vocablo germano traducido) como un ámbito de discusión racional, en la que los ciudadanos se encuentran y pueden formar y expresar sus opiniones, ayudados por la acción de la prensa como su correa de transmisión. En segundo lugar, la opinión pública que así se genera tiene un contenido político entendiendo su misma institución como “la sumisión de los estados de cosas hechos públicos al control de un público crítico”<sup>27</sup>. En tercer lugar, hay una conexión profunda entre la discusión pública y la búsqueda de la verdad, que es la que legitima la toma de decisiones públicas tal y como es llevada a cabo por una burguesía en la que la racionalidad se encuentra radicada de forma preferencial<sup>28</sup>. Por último, y ello resulta fundamental para el marco cognitivo que perdurará, la esfera pública se presenta como un espacio no atravesado por el poder. El modelo sobre el cual se estructura es el del mercado económico, un ámbito que “puede regularse a sí mismo, con la condición de que no entrometa ninguna instancia extraeconómica en el tráfico cambiario, (que) asegura que es capaz de funcionar de acuerdo con el bienestar de todos y con la justicia según la medida del rendimiento individual”<sup>29</sup>. El buen funcionamiento de ese sistema económico teñía sus leyes de funcionamiento con la apariencia de un orden natural que se extendía a la esfera pública y que, dada su naturaleza autoordenatoria, era refractario a la regulación externa.

26. Ídem, pág. 116.

27. Ídem, pág. 171.

28. Recordemos que sobre esta base se estructuran las primeras teorías de la representación política, donde los representantes lo son de la burguesía que es la que canaliza esa verdad. Cf. infra notas 43 y 44.

29. J. HABERMAS, ob. cit., pág. 115.

La libertad de expresión es el presupuesto de este orden de cosas y se encuentra en cabeza de dos sujetos que se ubican en un pie de igualdad: los ciudadanos y la prensa. De hecho, esta última era considerada, en los primeros debates sobre la libertad de prensa, como una extensión del derecho individual a la libertad de expresión<sup>30</sup>. Si bien ambos son los partícipes de esta esfera pública liberal<sup>31</sup>, rápidamente será la prensa la que asumirá la posición de intermediario necesario para el gran público de la que da cuenta su temprana calificación como un Cuarto Estado<sup>32</sup>—luego, Cuarto Poder en el ámbito estadounidense. Más adelante, se calificará su función como la de “guardián” (*watchdog*) de los poderes públicos. Señala al respecto Splichal que estos tres conceptos difieren entre sí pero conservan algunos rasgos comunes, a saber:

“Primero, le dan preferencia al concepto de libertad de prensa como un derecho corporativo que predomina sobre la libertad de publicar individual, tal como estaba prevista en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa. Aún si los medios no son entendidos como parte de la elite, una clara

30. En este sentido, S. SPLICHAL, “The principle of publicity, public use of reason and social control”, *Media, Culture & Society*, Vol. 24, 2002, pág. 8. La tensión entre los principios se halla presente en las primeras formulaciones del derecho y así la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su párrafo 11, estipulaba que “la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre: todo ciudadano puede, por lo tanto, hablar, escribir, imprimir libremente [...]”. El Bill of Rights de Virginia de 1776, en cambio, protege la libertad de prensa antes que la libertad de expresión de todos los ciudadanos (“La libertad de prensa es una de las salvaguardas de la libertad y no puede ser nunca restringida por gobiernos despóticos”).

31. Es conveniente recordar el carácter restringido de la participación ciudadana, ya que parte de los cambios de la fisonomía del periodismo se producirán posteriormente como consecuencia de la masificación de la vida política y la asunción del rol de mediador entre la esfera política y los votantes. Ver supra nota 13 y texto principal.

32. Thomas Carlyle (*On heroes and hero worship*, 1840) le atribuye el acuñamiento del nombre a Edmund Burke, presumiblemente en un discurso de 1787: “Burke dijo que había tres Estados en el Parlamento, pero en la Galería de los Reporteros se sienta un Cuarto Poder mucho más importante que ellos”.

distinción se efectúa entre medios y público, o la población en general. Segundo, los tres conceptos se refieren a la autonomía de los medios respecto al control y su poder para controlar otros poderes (estatales) pero ignoran la pregunta acerca de quién controla a los controladores. De hecho, a la prensa se le dan más libertades que a los individuos por el principio de libertad de expresión. Ninguno de los tres conceptos se relaciona con la posibilidad de responsabilidad o *accountability* de la prensa, la que asume que el motivo para estos actos beneficiosos (de los medios) se debe a la virtud cívica de los periodistas o al valor comercial de ese periodismo”<sup>33</sup>.

En el texto de Splichal está expresada la disrupción de la ecuación “prensa=público” sobre la que se basa la estructura de la esfera pública que describe Habermas. Esto sucede por dos motivos, que analizaremos en el próximo apartado. El primero de ellos es de tipo social. Los conflictos ya no puede ser solucionados enteramente en el ámbito privado y la línea demarcatoria entre sociedad y Estado se hace más difusa. Por consiguiente, la posición de la prensa también se hace más compleja y no puede afirmarse sin más su rol exclusivo de controlador del accionar estatal. El segundo motivo refiere a la estructura misma del sistema comunicativo. Para expresarlo en dos palabras, “la prensa” se transforma en “los medios de comunicación”. Los periódicos actúan hombro con hombro con la radio, la televisión e internet. Su alcance restringido se hace masivo. Los efectos sociales de su accionar transforman totalmente la naturaleza de la esfera pública, llegando finalmente a lo que conocemos hoy como la “sociedad de medios”.

## ***II.b. El quiebre de la esfera pública liberal***

### *II.b.i) Imbricación sociedad-Estado*

El Estado empieza a intervenir en la economía, cuando aparece lo que en la ciencia económica se denominan “fallas del mercado”, o sea, falencias en la autorregulación de la esfera económica. En el

33. SPLICHAL, ob. cit. en nota 30, pág. 10 (citas bibliográficas omitidas).

aspecto político se produce un proceso de democratización que hace que nuevas clases sociales accedan a la palestra pública tornando ilusorio el predominio burgués, la sociedad deje ser unidimensional y cada vez adquiera mayores rasgos de complejidad, tanto en el aspecto económico como en el social y el político<sup>34</sup>. Un punto determinante en este desarrollo es el constituido por la Primera Guerra Mundial, que tendrá tres efectos fundamentales sobre las relaciones sociedad civil-Estado: la ampliación de la política como búsqueda total de los fines últimos de la sociedad, la mayor capacidad e interés de los Estados en intervenir en la vida social y la concienciación de los ciudadanos respecto de la necesidad de ese crecimiento y el acostumbramiento al mismo. En el primer cuarto del siglo XX se sientan ya las bases de la transformación del Estado liberal en Estado social, con unos planes sociales coordinados y una política social integrada. La consagración del Estado de bienestar como tal solo se concretará después de la Segunda Guerra Mundial, en 1948, cuando se pone en vigencia la mayor parte de la legislación social británica, y comienza la etapa de expansión que continuará hasta la década de los setenta.

El intervencionismo estatal trae consigo un cambio radical en la concepción del Estado y de la sociedad como dos sistemas autónomos y autosuficientes, con límites bien definidos y regulaciones autónomas. El Estado asume las funciones de regulador decisivo del sistema social, lo cual conlleva “una tendencia a la estatización de la sociedad, pero también una tendencia a la socialización del Estado y, por tanto, a la difuminación de límites entre ambos términos”<sup>35</sup>. Este proceso de mutua imbricación fue descrito ya en la década de los años treinta por Carl Schmitt, quien en su análisis crítico del Estado liberal expresaba:

“El Estado se convierte en ‘autoorganización de la sociedad’. Desaparece entonces, como ya hemos indicado, la consabida distinción entre Estado y sociedad, Gobierno y Nación, desde el momento en

34. Esta situación, que Giannini ha calificado como la del Estado pluriclase (GIANNINI, Massimo Severo, *Derecho administrativo*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, págs. 76-79), lleva a la convicción de la necesidad de intervención programada del Estado en todos los ámbitos de la vida social

35. M. GARCÍA PELAYO, ob. cit. en nota 20, pág. 1602.

que todos los conceptos e instituciones (ley, presupuesto, autonomía administrativa) construidos sobre dicha premisa comienzan a plantear nuevos problemas. Pero, al mismo tiempo, se opera una transformación más vasta y más profunda. Organízase la sociedad misma en Estado: el Estado y la sociedad deben ser fundamentalmente idénticos: con ello todos los problemas sociales y económicos se convierten en problemas políticos y no cabe distinguir ya entre zonas concretas político-estatales y apolítico-sociales. Todas las antítesis que resultan de la premisa del Estado neutro, como una consecuencia inmediata de la distinción entre Estado y sociedad, y que solo son casos concretos y manifestaciones metafóricas de esta distinción, cesan por completo. [...] La sociedad convertida en Estado se transforma en Estado económico, Estado cultural, Estado previsor, Estado bienhechor, Estado benéfico; el Estado resultante de la autoorganización de la sociedad no puede ya separarse realmente de ella y abarca todo lo social, es decir, todo aquello que guarda relación con la convivencia humana. En él no existe ya sector alguno, frente al cual pueda observar el Estado una neutralidad incondicional en el sentido de la no intervención”<sup>36</sup>.

Nos encontramos, pues, frente a un Estado en el cual ya no resulta suficiente el respeto negativo de los derechos individuales, la igualdad formal, sino que es necesaria una igualdad material, una doctrina de fomento de los derechos positivos. Es el Estado de la “procura existencial” de Forsthoff<sup>37</sup>, en el que las funciones estatales dejan de ser de

36. SCHMITT, Carl, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, págs. 135-136.

37. “El hombre desarrolla su existencia dentro de un ámbito constituido por un repertorio de situaciones y de bienes y servicios materiales e inmateriales, en una palabra, por unas posibilidades de existencia a las que Forsthoff designa como espacio vital. Dentro de este espacio, es decir, de este ámbito o condición de existencia, hay que distinguir, de un lado, el espacio vital dominado, o sea, aquel que el individuo puede controlar y estructurar intensivamente por sí mismo o, lo que es igual, el espacio sobre el que ejerce señorío (que no tiene que coincidir necesariamente con la propiedad) y, de otro lado, el espacio vital efectivo, constituido por aquel ámbito en el que el individuo realiza fácticamente su existencia y constituido por el conjunto de cosas y posibilidades de las que se sirve, pero sobre las que no tiene control o señorío. Así, por ejemplo, el pozo de la casa o de la aldea, la bestia de carga, el cultivo de

mera abstención para transformarse en gestión, donde de la justicia formal se pasa a la justicia material. El Estado Social se configura así en simbiosis con el Estado de Derecho, y debe compatibilizar la libertad negativa como límite a la acción del Estado con las demandas de mayor bienestar que el mismo ciudadano le exige, como concreción del principio de justicia social que se convierte en norma social vinculante<sup>38</sup>. Estas nuevas exigencias constitucionales responden a una diferente configuración de las relaciones sociedad-Estado, que requerirán, a su vez, de un nuevo equilibrio de los poderes estatales<sup>39</sup>. El Estado “aparece así, paradójicamente, como la precondition de la libertad y, a la vez, como la máxima amenaza de la misma”<sup>40</sup>. La intervención se configura así como un problema que pareciera no tener más solución que en un punto de equilibrio que no parece fácil de encontrar, dado que, simultáneamente, el individuo pretende mantener su autonomía,

---

su parcela por el campesino o la distribución de los muebles en la propia vivienda, pertenecen al espacio vital dominado; el servicio público de aguas, los sistemas de tráfico o de telecomunicación, la ordenación urbanística, etc., pertenecen al espacio vital efectivo. La civilización tecnológica ha acrecido constantemente el espacio vital efectivo, al tiempo que ha disminuido no menos constantemente el espacio vital dominado o, dicho de otro modo, el individuo ha perdido crecientemente el control sobre la estructura y medios de su propia existencia. Esta necesidad de utilizar bienes y servicios sobre los que se carece de poder de ordenación y disposición directa produce la ‘menesterosidad social’, es decir, la inestabilidad de la existencia. Ante ello, le corresponde al Estado, como una de las principales misiones, la responsabilidad de la procura existencial de sus ciudadanos, es decir, llevar a cabo las medidas que aseguren al hombre las posibilidades de existencia que no puede asegurarse por sí mismo, tarea que, según Forsthoff, rebasa tanto las nociones clásicas de servicio público como la de política social *strictu sensu*” (M. GARCÍA PELAYO, “El Estado social y sus implicaciones”, en “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en *Obras Completas*, T. II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, págs. 1604-1605).

38. Cf. VALLESPÍN, Fernando, “Estado de Bienestar y Constitución”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 1, 1988, pág. 128.

39. El nuevo Estado social supone entonces un debilitamiento del órgano parlamentario, en pos de un acrecentamiento de las funciones y poderes del Ejecutivo, proceso que se expresa claramente en la evolución americana que culminaría en el New Deal.

40. F. VALLESPÍN, ob. cit. en nota 38, pág. 130.

y genera expectativas respecto de la satisfacción de sus necesidades por parte del Estado<sup>41</sup>.

Dice Habermas al respecto:

“Con la integración de los ámbitos público y privado coincide, pues, una completa desorganización de la esfera pública que antaño mediaba entre Estado y sociedad. Esa función mediadora pasa del público a unas instituciones que, surgidas del ámbito privado –como las asociaciones– o de la esfera pública –como los partidos políticos– practican el ejercicio y la compensación del poder en una relación directa con el aparato del Estado; los a su vez autonomizados medios de comunicación de masas sirven de vehículos para que estas instituciones consigan la aquiescencia o, cuando menos, la resignación del mediatizado público [...] Originariamente, la publicidad garantizaba la conexión del raciocinio público tanto con la fundamentación legislativa del dominio como también con la visión crítica de su ejercicio. Ocurre, empero, que ella ha ido posibilitando la verdadera ambivalencia que es el dominio de la opinión pública: la esfera pública es funcional tanto a la manipulación del público como a la legitimación ante él. La esfera pública crítica es desplazada por la esfera pública manipuladora”<sup>42</sup>.

Varios son los procesos sociales que están implicados en este fragmento del autor alemán y su explicación nos puede ayudar a comprender mejor sus ideas. La sociedad burguesa homogénea se complejiza por los procesos de industrialización y democratización del sufragio que traen nuevos actores al foro público. Esto tiene amplias consecuencias sobre el sistema político, ya que la fragmentación de la sociedad torna ilusoria la existencia de “una” verdad que debía guiar tanto la discusión pública como la sanción de medidas legislativas. Así, las fuerzas parlamentarias dejan de ser representantes de esa ver-

41. Sobre las expectativas que genera la actuación del Estado de bienestar y la circularidad paradójica que ella supone sobre ese mismo accionar, ver LUHMANN, Niklas, *Teoría política en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1997, págs. 33-34.

42. J. HABERMAS, ob. cit. en nota 25, pág. 205.

dad, llámese esta soberanía de la Nación<sup>43</sup> o de la razón<sup>44</sup>. Aparecen los partidos políticos, como forma de canalización de los distintos intereses sociales. Ellos se presentan como contradictorios o, al menos, en competición unos con otros por lo que es necesaria una tarea de compensación, la cual será asumida por el Estado. El equilibrio social no puede ya ser asegurado por el dominio del libre mercado. Es más, la misma complejidad social hace que muchas veces las decisiones públicas tomen la forma de compromisos temporales entre intereses que no son sometidos a los procedimientos institucionalizados de la esfera pública, sino que son presentados a ella como una política ya activada que requiere de una legitimación ciudadana a posteriori<sup>45</sup>. Los medios de comunicación, en el esquema liberal, se mantenían protegidos de la injerencia estatal por su carácter privado. En la medida que se acrecienta su faceta comercial y su concentración económica y tecnológica,

43. No van a ser sobre los sujetos aisladamente considerados sobre quienes recaiga la soberanía sino que será sobre la Nación en su conjunto, considerada ésta como un ente abstracto. Los representantes son así representantes de la Nación, “puesto que una gran nación no puede reunirse toda ella en Asamblea [...] es preciso que ella confíe a unos representantes extraordinarios los poderes necesarios en estas ocasiones” [SIEYES, Emmanuel, *¿Qué es el Estado llano?* (prólogo de Valentín Andrés Álvarez y traducción de José Rico Godoy), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág. 111].

44. Para Guizot la razón se configura como un método social de búsqueda de la verdad, siendo la razón pública superior a la individual pues la verdad se halla encarnada en la sociedad como un compuesto de individuos. Ésta se encuentra diseminada entre los individuos, pero de manera desigual de acuerdo con sus capacidades naturales, hecho que motiva la necesidad de destacar a los portadores de esa mayor capacidad de actualización racional. Con ello se fundamentaba el triunfo de una clase social particular, la burguesía, como la más capacitada para dirigir la vida del Estado por medio de la razón (cf. L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 4ª ed., 1984, pág. 240).

45. “Antes, la notoriedad pública tenía que ser impuesta a la arcana política del monarca: intentaba someter a personas o cosas al raciocinio público y convertía las decisiones políticas en algo revisable ante la instancia de la opinión pública. Hoy, por el contrario, la notoriedad pública es impuesta con ayuda de una política arcana practicada por los interesados: proporciona prestigio público a una persona o cosa y le capacita así para la aclamación en un clima de opinión no pública” (HABERMAS, ob. cit. en nota 25, pág. 227).

ellos se van convirtiendo en “complejos sociales de poder” que actúan en la “esfera pública manipuladora”<sup>46</sup>.

### *II.b.ii) Aparición de los mass-media*

A la prensa gráfica tenida en cuenta por la doctrina liberal se le suma la radio, luego la televisión y, actualmente, internet. Cada uno de ellos posee una característica diferencial que le da un nuevo alcance sobre el anterior, magnificando su penetración en el público. Los medios se hacen así masivos (*mass-media*). Desde principios del siglo XIX, cuando nuevos métodos de producción y distribución para los periódicos hicieron su aparición, las empresas mediáticas crecieron en escala hasta llegar a los grandes conglomerados actuales<sup>47</sup>. A su poder comunicativo le suman así influencia económica. Podríamos detenernos extensamente en estas dos evoluciones, la estrictamente comunicativa y la económica, pero ello nos llevaría muy lejos de nuestro objetivo actual. Sigamos, pues, con nuestra línea argumental y digamos que los medios se independizan de su rol de órgano de la sociedad civil y empiezan a actuar como actores independientes, con intereses propios y una lógica de comportamiento determinada. Su omnipresencia hace que podamos hablar de un proceso de mediatización, ello es, “un proceso dialéctico por el que los medios de comunicación institucionalizados (prensa, radio y televisión y, crecientemente, internet) están involucrados en la circulación general de símbolos en la vida social”<sup>48</sup>. En algún sentido, podríamos decir que si la prensa era antes un instrumento de la esfera pública, esa relación causal se ha invertido y hoy son los medios los que la constituyen. Allí, en efecto, es donde se desarrollan los procesos políticos y sociales<sup>49</sup>.

46. HABERMAS, ob. cit. en nota 25, pág. 215.

47. Cf. THOMPSON, John B., *Los media y la modernidad. Una teoría de los medios de comunicación*, Buenos Aires, Paidós, 1998, pág. 207.

48. SILVERSTONE, Roger, “Complicity and collusion in the mediation of everyday life”, *New Literary History*, Vol. 33, N° 5, 2002, pág. 762.

49. Al decir de Thompson, “la visibilidad mediatizada no es solamente un vehículo a través del cual aspectos de la vida política y social son traídos a la atención de

En el marco de los procesos de deslegitimación del sistema político y de la apatía ciudadana respecto a la política, motivada –entre otras razones– por la incapacidad del sistema de satisfacer enteramente las fragmentarias demandas sectoriales y grupales, los medios comienzan a cumplir funciones de legitimación social. Lo hacen de dos formas distintas. La primera de ellas es de carácter más puntual y es la que describe Habermas en el apartado anterior: el Estado y la sociedad se transforman y aquél, otrora destinado a enunciar un modelo general y estable de racionalidad vertical, lo deja de lado ante la fragmentación social. En su lugar, aparece la función de composición de intereses a través de arreglos transitorios. Esa sociedad, largamente desarticulada, pasa a ser organizada desde arriba ya que es el político el que va a crear las consignas a partir de las divisiones latentes. Nos encontramos así frente a lo que Manin ha calificado como “democracias de audiencia”<sup>50</sup>, donde la representación política asume un carácter reactivo que refuerza su legitimidad a través de un discurso simbólico cosmético y la competencia a través de estrategias de imágenes<sup>51</sup>.

La segunda vía asume una función más estructural y se relaciona con la función que los medios tienen en la formación de las representaciones sociales respecto del sistema político y la vida social en general. Las representaciones sociales son “construcciones simbólicas individuales y/o colectivas a las que los sujetos apelan o crean para interpretar el mundo, para reflexionar sobre su propia situación y la de los demás y para determinar el alcance y la posibilidad de su acción histórica”<sup>52</sup>. Estas representaciones sociales son el resultado de procesos intersubje-

---

los otros, sino que se ha transformado en el medio principal en que las luchas políticas y sociales son articuladas y llevadas a cabo” (THOMPSON, John B., “The new visibility”, *Theory, culture & society*, Vol. 22, N° 6, 2005, pág. 49).

50. MANIN, Bernard, *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998, págs. 271-273.

51. PORRAS NADALES, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, pág. 61.

52. VASILACHIS DE GIALDINO, Irene, “Condiciones de trabajo y representaciones sociales. El discurso político, el discurso judicial y la prensa escrita a la luz del análisis sociológico-lingüístico del discurso”, *Discurso y Sociedad*, Vol. 1, N° 1, 2007, pág. 162.

tivos que se dan en la práctica y que involucran aspectos cognitivos y emocionales<sup>53</sup>. Alexander se refiere a este entramado de significaciones como “discurso de la sociedad civil”, describiéndolo como “un terreno de conciencia estructural y socialmente establecida, una red de entendimientos que crea estructuras de sentimientos que permean la vida social y que corren justo por debajo de la superficie de instituciones estratégicas y élites autoconscientes”<sup>54</sup>. Destaca Murray que es “a través del proceso social de narración que estas representaciones sociales son creadas y recreadas”<sup>55</sup> y es justamente esta característica la que las conecta directamente con los medios de comunicación.

El hombre, al decir de Gerbner, es la única especie que vive en un mundo edificado por las historias que cuenta<sup>56</sup>. Esas historias fueron siempre hechas en casa, artesanalmente, inspiradas en la comunidad y, lo más importante, contadas cara a cara. Con la aparición de la imprenta, sin embargo, esta relación comienza a mediatizarse y a industrializarse. Este proceso se acelera con la llegada de las formas electrónicas de comunicación, que crean nuevas formas de acción e interacción<sup>57</sup> en las que el entorno mediático se convierte en la fuente primaria del conocimiento y sentido común<sup>58</sup>. De este modo, hoy en día, “los públicos son amplios agregados de gente que comparte alguna conciencia común acerca de cómo las cosas funcionan, qué son las cosas y qué debería ser hecho, pero nunca se encuentran cara a cara. En el pasado, esto no había sido nunca posible”<sup>59</sup>. Estas afirmaciones muestran la enorme importancia que los medios de comunicación tienen en los procesos de legitimación, ya que al actuar sobre las creen-

53. Cf. RAUDSEPP, Maaris, “Why is it so difficult to understand the Theory of Social Representations?”, *Culture & psychology*, Vol. 11, 2005, págs. 455-468.

54. ALEXANDER, Jeffrey C., *The civil sphere*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2006, pág. 54.

55. MURRAY, Michael, “Connecting narrative and social representation theory in health research”, *Social science information*, Vol. 41, N° 4, 2002, pág. 667.

56. Cf. GERBNER, George, “Cultivation analysis: an overview”, *Mass communication & society*, Vol. 1, N° ¾, 1998, págs. 175-194.

57. J. B. THOMPSON, ob. cit. en nota 49, pág. 32.

58. Cf. COULDRY, Nick, “Theorising media as practice”, *Social semiotics*, Vol. 14, N° 2, 2004.

59. G. GERBNER, ob. cit. en nota 56, pág. 176.

cias compartidas y modelar las representaciones sociales, contribuyen a formar la base sobre la que se van a emitir los juicios –explícitos o implícitos– de legitimidad.

Esto significa no solo que los medios van a ser los grandes socializadores políticos<sup>60</sup>, sino que también van a ser el foro en el cual se van a dar las disputas para la conformación del discurso social. Es tal la fuerza del contexto mediático en el que nos movemos, que algunos autores sostienen que existe una distancia objetiva que media entre el círculo de decisiones reales, al que los actores políticos y jurídicos tienen acceso directo, y el círculo de espectadores, “para quienes la política es una serie de imágenes en la mente, ubicadas allí por las noticias de TV, diarios, revistas y discusiones”<sup>61</sup>. Esa brecha genera, para los que carecen de contacto directo, una visión que se basa en cuestiones emocionales y simbólicas más que en los datos concretos de actuación del órgano y con ello favorece el predominio de una imagen mítica. Resumiendo lo que hemos dicho hasta aquí, los medios ejercen de nexo –en la mayor parte de los casos, monopolístico– entre el público y la realidad. De esta forma, la realidad es, en gran medida, la que nos dicen los medios y nuestros marcos cognitivos están fuertemente condicionados por sus mensajes. A este rol conformador de nuestro sentido común, los medios le agregan la característica de ser una parte ineludible de la esfera pública contemporánea. Finalmente, la actividad de los medios genera, justamente por su carácter distanciado de la realidad concreta, una tendencia a la legitimación basada en la imagen más que en la evaluación detallada y concreta de las actividades públicas.

### III. EL DESAFÍO ACTUAL

Nuestro objetivo en los párrafos anteriores no era mostrar en forma total la evolución sociocultural y política de los últimos dos siglos

60. Cf. GRABER, Doris, *Mass media and american politics*, Washington, DC, CQ Press, 2002, 6ª ed.

61. EDELMAN, Murray, *The symbolic uses of politics*, Urbana/Chicago, University of Illinois Press, 1967, pág. 5.

sino dar algunos pincelazos que nos permitan demostrar, simplemente, que la realidad tenida en cuenta al regular la libertad de expresión en los orígenes del constitucionalismo ha cambiado. Al modificarse las relaciones entre Estado y sociedad, los medios se han transformado en actores políticos y, en tal sentido, han comenzado a cumplir funciones que anteriormente estaban ejercidas por otros sujetos del sistema democrático. Tomemos, por ejemplo, la formación de opiniones y valores. Los medios, afirma Patterson, tradicionalmente cumplían la función de señalar eventos, brindar información y generar discusión pública. Hoy en día ello ha cambiado y se le pide al periodismo que cumpla funciones tradicionalmente asignadas a los partidos políticos como la de formar opinión y contribuir a darle sentido a la realidad<sup>62</sup>. Los medios abren nuevos canales de comunicación, se hacen necesarios para la política y, por ello, más poderosos. Pero esto se enmarca en el contexto de una política en la que comienza a relativizarse la base material y se hace crecientemente simbólica, por lo que la relación representativa también cambia y se transforma en un vínculo de carácter más emotivo y episódico que racional y permanente<sup>63</sup>. Por este motivo, la relación entre medios y política se hace compleja y su interpretación dista de ser unívoca, aunque existe un consenso acerca de la centralidad que los primeros tienen en la conformación de la esfera pública contemporánea<sup>64</sup>.

En definitiva, la pregunta que debemos hacernos es acerca de cómo dar cuenta, desde el derecho constitucional, de los problemas que la sociedad contemporánea plantea. ¿Cuál es el sentido que la pregunta

62. Cf. T. PATTERSON, "The news media: an effective political actor?", *Political communication*, 14:4, 1997, págs. 445-455. Patterson es crítico de este proceso porque considera que la prensa tiene una lógica de noticiabilidad mediática que le impide cumplir adecuadamente con las funciones que el sistema le requiere.

63. Sobre este punto, ver THURY CORNEJO, Valentín: "Could authenticity fill the gap? Rethinking apathy in political representation", *Realidad - Revista del Cono Sur de Psicología Social y Política*, N° 6, Anomia y conducta desviada I, 2009.

64. Cf., por ejemplo, la discusión entre John Street: "Politics lost, politics transformed, politics colonised? Theories of the impact of mass media", *Political studies review*, Vol. 3, 2005, págs. 17-33 y John Corner & Piers Robinson: "Politics and mass media: a response to John Street", *Political studies review*, Vol. 4, 2006, págs. 48-54.

sobre la libertad de expresión tiene hoy? ¿Cómo puede enriquecerse el concepto para que responda a los problemas que nos aquejan hoy día? Nos dice Melucci que “hoy en día la información se está convirtiendo en el recurso más importante, lo cual permite acentuar la dimensión reflexiva, artificial y construida de la vida social. La mayor parte de nuestra experiencia diaria es una experiencia de grado N, lo cual quiere expresar qué acontece en contextos cada vez más contruidos por la información, que es difundida por los medios de comunicación e internalizada por los individuos, en una suerte de espiral interminable que transforma la realidad cada vez más en signos e imágenes”<sup>65</sup>. Ante esto, ¿qué tiene para decir el derecho constitucional? Entendemos que dos son las respuestas posibles. La primera: que lo que tenía que decir ya lo ha dicho y, consiguientemente, limitar el ámbito de los problemas actuales a esas categorías pasadas, dejando fuera de su ámbito lo que no entra en ellas. La segunda, que es la que adoptaremos aquí, sugiere que deben buscarse nuevas respuestas e interpretaciones que nos sigan permitiendo hablar de una “constitución viva” con capacidad para articular nuestra vida social. Esta operación requiere de algunas precisiones metodológicas, que impactarán en nuestra conceptualización del derecho constitucional. El cristal con que miremos el problema será aquí tan importante como el problema mismo<sup>66</sup>.

#### IV. ¿QUÉ DERECHO CONSTITUCIONAL EXISTE PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

McLuhan sostiene que miramos la realidad a través del marco de un espejo retrovisor, ello es, con categorías heredadas que limitan el encuadramiento de la realidad presente. Ese marco, en el derecho constitucional, está constituido por una mirada que se limita a consi-

65. MELUCCI, Alberto, *Vivencia y convivencia. Teoría social para una era de la información*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pág. 65.

66. Como sostiene Ezequiel Martínez Estrada en su obra sobre Sarmiento: “Un problema bien planteado contiene en sí la solución después de todo. Desdichadamente lo que nosotros hemos buscado siempre –y obtenido, por supuesto– son las soluciones, evitando los problemas; de ahí que ninguna solución corresponda a los datos fidedignos de la realidad” (MARTÍNEZ ESTRADA, Ezequiel, *Sarmiento*, Buenos Aires, 1930, pág. 9).

derar la Constitución como una estructura que fija derechos y garantías y que establece una determinada organización de los poderes del Estado. Este encuadre disciplinario es el propio de la ciencia jurídica, que se concentra en la aplicación de la letra de la ley a la realidad, para moldearla de acuerdo a sus preceptos y directivas. En este sentido, la libertad de expresión es vista como la atribución de un derecho que garantiza un ámbito de acción individual. Lo jurídico protege competencias individuales, mayormente con el Estado como interlocutor, y de ese modo garantiza los instrumentos con los que los individuos van a contar para la vida social. Como hemos visto en los apartados anteriores, en esta visión será el devenir propio de esa esfera protegida la que producirá el desarrollo social. La realidad, sin embargo, se complejiza, los conflictos aparecen y esa esfera autorregulada no llega a resultados socialmente óptimos. Es así que el orden constitucional no debe ser solamente un punto de partida que delimite el terreno de juego social, sino que debe articular la vida comunitaria fijando objetivos, normas y valores. Pues, como afirma Konrad Hesse, “solo en la medida en que a través de la actuación humana y en dicha actuación resulta realizado el derecho constitucional, alcanza él mismo la realidad de un orden vivido, formador y conformador de realidad histórica, pudiendo cumplir su función en la vida de la Comunidad”<sup>67</sup>.

Esa visión rescata la dimensión cultural de la Constitución, ello es, lo referente a la fuerza simbólica de ese derecho constitucional que lo hace efectivamente vigente en la vida de un pueblo. Hace tiempo que el derecho ha dejado de ser una entidad autosuficiente. Conceptualizado como expresión máxima de la soberanía estatal, la crisis de legitimidad del Estado impacta en su capacidad de coerción. Anteriormente, la fuerza legal se basaba en un Estado fuerte, con posibilidad real de represión de las inconductas; un consenso social sobre la legitimidad de la actuación de los entes públicos y un orden valorativo común que brindaba sustento al cumplimiento del derecho como orden axiológico compartido. Hoy, el Estado ha perdido poder regulador, en gran medida, por la fragmentación e inflación de las demandas sociales a

67. HESSE, Konrad, *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992, pág. 25.

las que es sometido<sup>68</sup>. En lugar de una imposición externa el derecho comienza a hacerlo de modo interno, a convencer e incentivar antes que a reprimir<sup>69</sup>. La legitimidad del derecho, antes dada por supuesta, debe hoy ser construida por los actores democráticos. Como sabemos, la legitimidad es una creencia que motiva la obediencia a la autoridad del derecho. Obedecemos porque creemos que debemos hacerlo, ya sea por la racionalidad del ordenamiento –legitimidad racional–, por la santidad de los poderes tradicionales –legitimidad tradicional– o porque alguien con poderes especiales así nos lo dice –legitimidad carismática<sup>70</sup>. Esa creencia –en cuanto tal, fenómeno cultural– introduce un conjunto de mediaciones sociales que caracterizan la aplicación e implementación del derecho. La norma constitucional cuando baja a la realidad se implementa a través de actores político-sociales que realizan una actividad cultural de interpretación.

En este sentido, Ferejohn, Rakove & Riley entienden que “el constitucionalismo, en la práctica, es un proceso de interpretación realizado dentro de una comunidad cuyos miembros comparten el poder político y conjuntamente tratan de determinar qué es lo que una Constitución permite o requiere en circunstancias específicas”<sup>71</sup>. Es aquí donde cobra relevancia la concepción de Häberle del “derecho constitucional como ciencia de la cultura”. Para él, la tarea propia del jurista es crear “un marco coherente en donde pueda desarrollarse la cultura del respectivo grupo político. La cultura, así entendida en un sentido mucho más amplio, forma el contexto de todo discurso legal y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional”<sup>72</sup>. En este

68. Cf., en general, HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1975 y ZOLO, Danilo, *Democracia y complejidad. Un enfoque realista*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1994.

69. GRAFSTEIN, Richard, “The legitimacy of political institutions”, *Polity*, Vol. 14, N° 1, 1981, pág. 51.

70. Cf. WEBER, Max, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979.

71. FERREJOHN, John; RAKOVE, Jack N. & RILEY, Jonathan, *Constitutional culture and democratic rule*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2001, pág. 8.

72. HÄBERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000, pág. 26.

sentido, la acción del derecho constitucional respecto de la libertad de expresión se relaciona con el rol fundamental que esta última tiene como instrumento de acción cultural. Así, debe proveer las condiciones para que esa cultura se forme y desarrolle. Ello supone su rol activo respecto de las circunstancias en las que ese proceso se desenvuelve en la realidad, debiendo incorporar las perspectivas que permitan comprender y regular ese desarrollo cultural.

En esta perspectiva, la Constitución se configura como el principio ordenador de la vida social. Aquí prevalece el concepto que Cicerón le daba al término<sup>73</sup>: la Constitución hace referencia al acto de instaurar una nueva realidad, un acto creador que fija objetivos y medios para alcanzarlos. Ello no niega su carácter normativo pero obliga a complementarlo. Como afirma García Pelayo, “la Constitución se concibe como un complejo normativo o una forma firme, a través de la cual pasa el movimiento de la vida”<sup>74</sup>. Esta vocación expansiva del derecho constitucional, que abarca la totalidad de la vida, es la que va a ser relevante para concebir la libertad de expresión en la realidad actual. Ésta no puede quedar anquilosada en su formulación decimonónica, sino que debe ser entendida en el marco de una nueva realidad social en la cual cambia su sentido, pero también sus requerimientos. Cambia su sentido porque se formula en el marco de una autonomización de los medios de comunicación respecto de la sociedad civil, que los transforma en actores político-sociales con peso propio y que, como tales, requieren de garantías pero también de controles que los responsabilicen frente a la sociedad<sup>75</sup>. Cambian sus requerimientos

73. SARTORI, Giovanni, *Elementos de Teoría Política*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, pág. 13.

74. GARCÍA PELAYO, Manuel, “Derecho constitucional comparado”, en *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 334.

75. Una discusión actual en el derecho constitucional comparado es, justamente, respecto de la posibilidad de expandir el ámbito subjetivo pasivo y reconocer derechos constitucionales frente a actores no estatales (principalmente, en el ámbito internacional). Se habla así de un “constitucionalismo societal” (*societal constitutionalism*), donde el Estado deja de tener el lugar central, en parte por la globalización, en parte por la aparición de otros actores que deben ser obligados por las normas. Ver TEUBNER, Gunther, “Societal constitutionalism: alternatives to state-centred constitutional theory”, *Storrs lectures 2003/4*, Yale Law School.

porque en el marco de una sociedad de la información, ya no basta una garantía de tipo negativo que proteja libertades que presumiblemente se gozan sino que requiere acciones que promuevan la conformación de un diálogo constitucional en el que la sociedad decida su rumbo. Este diálogo expande los límites del derecho constitucional, en la medida en que actúa sobre las concepciones y representaciones sociales, afectando los esquemas de legitimidad de la vida política<sup>76</sup>.

Por otro lado, Häberle introduce en el ámbito constitucional la cultura como una realidad compleja, no reducible a esquemas lineales de acción y que funciona como el medio en el que el derecho actúa<sup>77</sup>. En su concepción, la cultura es a la vez contexto y resultado de la acción del derecho. El derecho constitucional, entonces, conlleva una función cultural, una tarea de producción simbólica que permita vivificar, en la vida de la comunidad política, los contenidos de la Constitución escrita. Podemos definir esa tarea como la de contribuir al diálogo democrático a través de la construcción de un lenguaje público en el cual la Constitución tiene su voz propia. Al decir de White, el derecho es una actividad del discurso y la imaginación que tiene lugar en un mundo social que se asemeja a una conversación. En este entorno, “el derecho establece

76. El resultante del diálogo no necesariamente debe ser la implementación de un derecho constitucional concreto, sino que puede ser la conformación de valores sociales que atribuyan un determinado deber al Estado y, de ese modo, actúen sobre las concepciones referentes a su legitimidad. Por ejemplo, la idea de que el Estado debe sostener medios de comunicación que brinden un servicio neutral, no políticamente partidario. Puede ser que no haya vías concretas para ejercer un control real, jurídico, de ese deber. Pero la convicción de que ese deber constitucional existe actúa sobre el Estado como una fuerza que impulsa su cumplimiento, so pena de perder legitimidad política. Por una vía diferente, en consecuencia, el derecho constitucional regula la actuación de los órganos públicos.

77. Para Häberle, “1) ‘cultura’ es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) ‘cultura’ es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) ‘cultura’ no es siempre sinónimo de ‘cultura’, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura). En este sistema basado en los tres aspectos orientativos aludidos de tradición, innovación y pluralismo –léase aperturismo– es donde debe encontrar el horizonte orientativo toda dogmática en torno al derecho constitucional cultural, al igual que toda Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura” (ob. cit. en nota 72, pág. 26)

las condiciones en las cuales esta especial clase de charla tiene lugar, definiendo sus espacios y ocasiones y estableciendo sus recursos, sus términos y sus prácticas –ello es, creando su lenguaje”<sup>78</sup>. El derecho constitucional debe tener como objetivo central este diálogo público, esta dimensión del derecho que, a través de la actuación de las instituciones, llega a impregnar el discurso cívico. Y en ese sentido, debe contribuir al proceso de construcción de sentido –*sense-making*– a través del cual “se nombra la realidad y se la categoriza a fin de estabilizar la corriente de la experiencia”<sup>79</sup>. En concreto, el derecho constitucional debe funcionar como un lugar de articulación de saberes, desde el cual se dote de sentido a los procesos que constituyen la vida social. En otras palabras, debe ser un centro de articulación interdisciplinar.

Desde el punto de vista del objeto de estudio, esta concepción incorpora, con carácter central, algunas cuestiones que tradicionalmente fueron consideradas como ajenas a la ciencia jurídica: creencias, expectativas culturales, emociones, marcos cognitivos. En sociedades democráticas como las contemporáneas, esos elementos son puestos en común en la esfera pública, por lo que sus dinámicas de constitución y transformación serán esenciales para comprender la naturaleza cultural del derecho y la Constitución. Ello demuestra, desde una perspectiva disciplinar, la necesidad de cruzar fronteras y profundizar en los mecanismos de funcionamiento de la cultura. Aspectos como el análisis retórico y del discurso, la antropología cultural, los estudios de comunicación de masas, la sociología de la cultura, se muestran como terrenos para comenzar una indagación destinada a plantear nuevas y fructíferas cuestiones al campo del derecho constitucional. Si el objeto de estudio se amplía y los horizontes disciplinares se ensanchan, también existen nuevos protagonistas que actúan sobre el derecho y que tradicionalmente han estado ausentes de su consideración. Los nuevos lenguajes y los actores emergentes ante la fragmentación del poder estatal piden una consideración novedosa por parte de los

78. WHITE, James B., “Imagining the law’, in SARAT, A. & KEARNS, T. R. –eds.–, *The rhetoric of law*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1996, pág. 37.

79. K. E. WEICK & K. M. SUTCLIFFE, “Organizing and the process of sense-making”, *Organization science*, Vol. 16, N° 4, 2005, pág. 411.

estudios constitucionales y, dado que nos movemos en una sociedad donde la información asume una importancia relevante, la libertad de expresión se encuentra en el centro de estos procesos.

## V. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO CULTURAL<sup>80</sup>

### *V.a. Constitucionalización de los derechos culturales*

El origen de la libertad de expresión en el contexto de la sociedad burguesa, como una forma de limitación y participación en la esfera política del Estado, ha condicionado su interpretación. La expresión más acabada de esta postura es la elaborada en el marco del derecho estadounidense, que conecta el sentido y los límites de ese derecho –consagrado por la Primera Enmienda– con la idea del autogobierno democrático. En esa visión, lo importante es la creación de una opinión pública informada, un discurso público robusto que fomente y contribuya a ese autogobierno<sup>81</sup>. El foco está así más en el público –y los beneficios que para él se derivan– que en los emisores del mensaje. La libertad de expresión no es considerada una derivación de la autonomía de la persona, sino un medio para crear esa esfera comunicativa. En ésta, todos los emisores son iguales porque así lo son en el campo político por su carácter de ciudadanos. No hay consideraciones respecto a la verdad o falsedad de sus dichos ya que la libertad de expresión, en esta concepción, no es un método de búsqueda de la verdad sino un instrumento de participación democrática<sup>82</sup>. Esta interpretación “política” de la libertad de expresión está ampliamente difundida, en parte porque responde

80. Seguimos aquí lo que desarrolláramos en THURY CORNEJO, Valentín, “La cultura como nuevo derecho”, en *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 681-706.

81. Este argumento está desarrollado en POST, Robert, “Participatory democracy and free speech”, *Virginia law review*, Vol. 97, N° 3, 2011, pág. 477 y sigs. En ese mismo número de la revista se recoge la discusión sobre esta ponencia de Post.

82. Sobre este punto, ver la sentencia de la Corte Suprema de los EE. UU. del 28-6-2012 en el caso “US vs. Álvarez”, donde se discute la constitucionalidad de la *Stolen valor act* que pena las mentiras sobre las medallas al valor dadas por el Congreso americano.

a los orígenes doctrinales de la misma y, en otra parte, porque el desarrollo teórico y jurisprudencial estadounidense ha impactado en otras muchas jurisdicciones.

Sin embargo, creemos que esta perspectiva deja un amplio espectro sin considerar al no reconocer la evolución normativa que la libertad de expresión ha experimentado. Según venimos sosteniendo, la actual configuración de la vida social plantea una serie de desafíos al individuo que interactúa con la sociedad de una forma compleja. Estos cambios han sido receptados por los ordenamientos que han ido incorporando normativa tendiente a expandir el campo de los derechos individuales para dar cuenta de esta nueva realidad. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho a “participar de la vida cultural”<sup>83</sup>; asimismo, frente a la noción más homogénea de cultura, los tratados internacionales y las Constituciones nacionales establecen un pluralismo cultural y una protección a grupos tradicionalmente amenazados –v. gr.: los grupos aborígenes. ¿Qué impacto tiene esta evolución sobre nuestra concepción de la libertad de expresión? Una primera tentación, en la que habitualmente hemos caído, es considerar que estamos ante dos fenómenos distintos. Las distintas generaciones de derechos nos invitan a superponerlos y no a integrarlos. Algo de eso parece haber pasado aquí y abogaremos ahora por hacerlos dialogar, sumándole nuevas capas de significado a la perspectiva política de la libertad de expresión.

Para dotar esta argumentación de una base normativa concreta, utilizaremos la Constitución Argentina que mantuvo su impronta liberal de 1853/60 pero incorporó a su texto, en 1994, numerosos tratados internacionales de derechos humanos. Respecto a los derechos culturales, ello implicó dos grandes cambios. El primero está dado por la incorporación de un derecho que no estaba formulado como tal: el de participación en la vida cultural, entendida ésta en un sentido restringido, ello es, como actividades creativas, artísticas o científicas. Este dere-

83. Art. 29 de la Declaración Universal (reproducido luego en el Art. 13 de la Declaración Americana): “Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”.

cho a la participación incluye, como su presupuesto lógico, la existencia de bienes culturales y el deber del Estado de preservarlos. El segundo gran cambio está dado por la introducción del pluralismo cultural, que se produce a través de la protección de los derechos de las minorías culturales y la reparación de situaciones históricas negadoras de la diferencia. El concepto de cultura que allí se receipta puede ser limitado a las expresiones artísticas, en el primer caso, o a formas diferenciadas de vida que se concentran en el uso de una lengua no oficial o a una educación diferenciada. Pero los derechos culturales se presentan también con la forma de la regulación de nuevos aspectos de la producción de sentido, ello es, de la forma en que el sujeto conoce la realidad, ésta se hace comprensible para él –cognitiva, emocional y valorativamente– y, a partir de ello, despliega su propio proyecto de vida.

En este apartado, nos referiremos a una serie de transformaciones que se dan en la forma de producción de la cultura, entendida ésta como el contexto en que la persona humana se desarrolla. El concepto de cultura que manejaremos aquí se presenta como algo intangible, difícil de apresar en un conjunto de obras, actividades o modos de vida ya que más bien hace referencia a las ideas, visiones del mundo o marcos cognitivos –lo “dado por supuesto”, en lenguaje de Berger & Luckmann<sup>84</sup>– que condicionan el accionar del sujeto y al modo en que ellos se construyen. Ello cambia el sentido que cabe atribuirle a la libertad de expresión. Como expresa Jack Balkin en el ámbito estadounidense, “El propósito de la libertad de expresión es promover una cultura democrática. Una cultura democrática es más que las instituciones representativas de la democracia, y es más que la deliberación pública sobre los asuntos públicos. Más bien, una cultura democrática es una cultura en la cual los individuos tienen una justa oportunidad de participar en las formas de producción de sentido que los constituyen a ellos mismos como individuos”<sup>85</sup>.

84. BERGER, Peter & LUCKMANN, Thomas, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1972.

85. BALKIN, Jack, “Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society”, *New York University Law Review*, Vol. 79, N° 1, 2004, pág. 3.

Este objeto, algo elusivo, explica el tratamiento que le daremos al tema: no estamos aquí ante grandes cambios normativos, sino ante transformaciones socioculturales que hacen a las categorías centrales del discurso constitucional, las cuales, sin embargo, permanecen mayormente invariables. Tomemos como ejemplo nuestro texto constitucional: la libertad de expresión tiene hoy exactamente la misma formulación que en 1853, en un contexto donde los conglomerados mediáticos no existían, ni tampoco internet o la televisión. La pregunta, entonces, es la siguiente: ¿qué tiene la Constitución para decir sobre esos cambios? Responder a esta pregunta supone, en primer lugar, comprender las transformaciones socioculturales acaecidas. Estas se dan en dos planos interrelacionados: por un lado, el crecimiento de la importancia de la dimensión cultural como contexto del desarrollo personal y, por otro, las transformaciones que se han dado en la dinámica de producción del campo simbólico. En segundo lugar, hay que analizar qué elementos normativos se han incorporado a la normativa constitucional que permitan regular aspectos de esos cambios. Finalmente, hay que sistematizar esos elementos fragmentarios a efectos de reconstruir el sistema original de la Constitución y adaptarlo a la realidad contemporánea.

### *V.b. La búsqueda de sentido como problema constitucional*

Peter Berger explica que las sociedades premodernas se caracterizaban por un alto grado de simetría entre el individuo y la sociedad, entre la identidad subjetivamente experimentada y la institucionalmente asignada<sup>86</sup>. En la civilización medieval, por ejemplo, había un orden jerárquico que estaba cósmicamente garantizado. En él, el individuo experimentaba un mundo que era enteramente real, conocía su posición en ese universo y, en consecuencia, sabía quién era él. En la modernidad, progresivamente, estas experiencias de simetría se rompen. Las instituciones sociales se hacen más poderosas pero, al mismo

86. BERGER, Peter, "'Sincerity' and 'authenticity' in modern society", *Public interest*, vol. 31, Spring 1973, págs. 81-90.

tiempo, se hacen más “leves”<sup>87</sup> y dejan de servir como fundamento del entendimiento individual del propio “yo”. El mundo de la experiencia social se multiplica y los espejos en los que el individuo se mira están en constante cambio. Como resultado, argumenta Berger, “tanto la imagen como el reflejo toman un aspecto de vértigo”<sup>88</sup> y el individuo entra en una crisis de sentido<sup>89</sup>. La división de la experiencia social entre una esfera pública y privada sirvió para manejar el problema de la identidad, ya que la intimidad permitía un contrapeso para los sinsabores provenientes de las fragmentadas experiencias venidas del mundo de las instituciones modernas. Contemporáneamente, sin embargo, la inestabilidad ha crecido aún en la esfera privada y su función de interposición entre la realidad del yo y la irrealidad del mundo institucional se ha debilitado. Ello hace necesario replantear la idea de que la protección del ámbito privado garantiza –o al menos, razonablemente resguarda– la formación de la identidad individual.

Este esquema –consagrado en el caso argentino por el Artículo 19 de la Constitución Nacional<sup>90</sup>– se encontraba en la base de la regulación de la cuestión cultural en los textos constitucionales clásicos. Como ya dijimos, respondía a un esquema de separación entre sociedad y Estado que era protegido por la adjudicación, en cabeza del individuo, de derechos de “no intervención”, comúnmente conocidos como libertades negativas<sup>91</sup>. El entendimiento era que, resguardado de la intervención del Estado, dotado de libre expresión y libertad de pensamiento, el individuo podía formar su personalidad, producir sentido para su vida. Esa era la actividad cultural por antonomasia y si no se encontraba regulada específicamente en las normas era jus-

87. O líquidas, si tomamos la expresión de Zygmunt Bauman (*Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2003).

88. BERGER, ob. cit. en nota 86, pág. 86.

89. Tema que Berger desarrolla con detenimiento en el libro que escribió con LUCKMANN, Thomas, *Modernidad, pluralismo y crisis de sentido. La orientación del hombre moderno*, Barcelona, Paidós, 1997.

90. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo afecten el orden y la moral pública ni derechos de terceros quedan exentas del poder de los magistrados”.

91. Ver el desarrollo de este concepto en BERLIN, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Ed. Alianza, 1996, pág. 191 y sigs.

tamente porque se consideraba que la función de la Constitución era simplemente trazar el límite de la intervención estatal y dejar ese universo en manos de los individuos<sup>92</sup> –o de la sociedad civil, en la acepción clásica del término<sup>93</sup>. Como señala Berger, esa producción de sentido comienza a hacerse problemática y ello es así porque los procesos sociales comienzan a difuminar esos límites prolijamente trazados, al tiempo que las seguridades ontológicas previas se hacen maleables<sup>94</sup>. Esto tiene, al menos, dos consecuencias: por un lado, la construcción de sentido individual se transforma en una tarea –no es más algo dado o heredado– que se realiza en la interrelación entre el ámbito público y el privado y, por otro lado, el hombre se hace más consciente, reflexivamente, de su participación en esa construcción<sup>95</sup>.

92. Cf. una descripción de este modelo y su transformación al compás de la aparición de la sociedad industrial en THURY CORNEJO, Valentín, ob. cit. en nota 22, págs. 93-136.

93. Sobre el concepto de sociedad civil clásico, ver WENCES SIMÓN, Isabel, *En torno al concepto de sociedad civil: Locke, Ferguson y Hegel*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, 1998.

94. Cf., en este sentido, la idea de seguridad ontológica a la que hace referencia GIDDENS, Anthony, en su obra *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1994, págs. 95-98.

95. Decíamos en “Apuntes para una aproximación cultural al derecho constitucional” (*El derecho constitucional*, Tomo 2009, págs. 642-3): “[...] en las últimas décadas el orden social ha sufrido profundos cambios. El desarrollo económico y tecnológico ha producido, sobre todo en los países industrializados, un aumento de la satisfacción de las necesidades de subsistencia de la población. Esta base económica, conjuntamente con la ausencia de la guerra como una experiencia global y directa, crecientes niveles de educación y la expansión de los medios de comunicación de masas, han llevado a un acento en la ‘calidad de vida’, diferenciándose de la racionalidad económica instrumental típica de la modernización. Aparecen así, en diálogo con las necesidades tradicionales, los valores ‘posmaterialistas’ que enfatizan la necesidad de pertenencia, sentido y autorrealización. Estos cambios tienen una multiplicidad de consecuencias en el orden político, entre ellas la erosión de las identidades partidarias, la difuminación de las posturas ideológicas, el descrédito de las instituciones públicas y la creciente importancia de las emociones. Por estas razones, se han popularizado expresiones que caracterizan a nuestra época como una ‘modernidad líquida’, donde las referencias tradicionales ya no existen y el sentimiento preeminente es el de la ‘crisis de sentido’. En este contexto, la construcción de una identidad y la formación de valores aparecen en un primer plano de la organización social. Esta

Es así como la dimensión simbólico-cultural adquiere una relevancia pública que antes quedaba limitada a la esfera privada, y con ella lo hacen los modos en que ella actúa sobre el individuo y cómo se forma. El hombre construye su identidad utilizando las herramientas que brinda su entorno cultural y éstas están conformadas, casi con exclusividad, con las suministradas por los medios de comunicación. El individuo se desarrolla en este entorno complejo y radicalmente diferente del vigente al momento de la sanción de la Constitución decimonónica, al menos desde una perspectiva cultural. La construcción de sentido deja de ser un asunto individual y reservado y pasa a tener relevancia pública, por lo que al individuo no le resultan suficientes los derechos negativos que garantizaban un ámbito de intimidad y resguardo que hoy ya no controla plenamente. La cultura que se forma influencia al individuo y la preservación de su derecho a la propia identidad –entendida esta, mayormente, no como algo heredado sino como algo que el individuo debe construir– requiere nuevas herramientas de protección. Como veremos más adelante, varias son las formas que esta regulación puede asumir, pero lo que nos interesa dejar sentado aquí es la creciente dependencia que el individuo tiene, para formar su identidad personal, de un sistema simbólico que lo excede.

### *V.c. Nuevos institutos para la síntesis*

Poner en marcha lo que en las constituciones clásicas implicaban los derechos culturales –que no recibían ese nombre ni eran conce-

---

erosión de las antiguas seguridades ontológicas –y consiguientemente sociopolíticas– se produce en el marco de una sociedad altamente complejizada y con un incesante ritmo de cambio tecnológico. La economía y el orden social en general pasan a orientarse, crecientemente, hacia la producción de símbolos y ellos comienzan a intercambiarse, produciéndose un verdadero mercado de alta densidad de información. En él, crecientemente, ‘la operación y eficiencia de los mecanismos económicos y los aparatos tecnológicos depende del manejo y control de los sistemas relacionales donde las dimensiones culturales predominan sobre las variables técnicas’” (nota: *referencias teóricas del original omitidas*).

bidos como tales– supone hoy en día una tarea de armonización de la libertad de expresión. Ésta, tradicionalmente vista desde el sujeto emisor –como un derecho subjetivo que no puede ser, en principio, limitado<sup>96</sup>–, requiere ahora de la incorporación de la audiencia. Ya no se parte de la premisa de que el libre juego de las fuerzas en el mercado de la información pública proveerá un resultado óptimo, sino que se comienzan a consagrar contra-derechos en cabeza de la comunidad. Este es el sentido que, en nuestra opinión, cabe otorgarle a formulaciones como la presente en el Artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Libertad de Pensamiento y de Expresión. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

Al interpretar la Corte Interamericana de Derechos Humanos esta disposición, señaló que ella consagra dos dimensiones de la libertad de expresión. Es el derecho individual a que no se nos impida o menoscabe la expresión de nuestro propio pensamiento pero a la vez es, dice la Corte, “un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”<sup>97</sup>. Ambas están inextricablemente unidas y “para el ciudadano común tiene tanta importancia el conocimiento de la opinión ajena o de la información de que dispo-

96. En nuestro país, la libertad de expresión ha sido considerada un derecho esencialmente negativo, que resguarda a los medios de comunicación y a los particulares de las interferencias del Estado. Ante la norma del Artículo 14 de la Constitución Nacional que consagra el derecho de “publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”, la intervención regulatoria del Estado ha sido mirada con extrema desconfianza. Esta ha sido, también, la visión predominante en el derecho americano (cf. GOODMAN, Ellen P., “Media policy and free speech: the first amendment at war with itself”, *Hofstra law review*, Vol. 35, 2007, pág. 1218).

97. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva Oc-5/85*, del 13 de noviembre de 1985, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29, Convención Americana), párrafo 30.

nen otros como el derecho a difundir la propia<sup>98</sup>. La redacción de la cláusula convencional y la interpretación de la Corte Interamericana apuntan a interpretar la segunda parte de la cláusula como un derecho colectivo, de la sociedad, a disponer de la información relevante para participar en los procesos de construcción de sentido, tanto para su propia vida como para la de la sociedad. En este sentido, su inclusión junto a la definición más clásica de la libertad de expresión apuntaría a complementarla y a contextualizarla de acuerdo con la evolución social que hemos venido describiendo. Ello es, para ejercer la libertad de expresión de modo individual es necesario reconocer un derecho colectivo de acceso a la misma que le dé sustento. Desarrollaremos esta idea en el próximo apartado, pero permítanme dejar apuntado ahora que esa no ha sido la línea seguida por los intérpretes.

Antes bien, la misma posibilidad de este cambio de perspectiva fue desarticulada mediante una interpretación de lo nuevo con el prisma del *status quo*. La primera operación consistió en darle un nombre: “derecho a la información”. Mediante este movimiento, aparentemente inocuo, se desligó esta segunda parte del artículo del enfoque tradicional de la libertad de expresión. Así, ya no son dos aspectos inextricablemente unidos, como dijo la Corte Interamericana<sup>99</sup>, sino que estamos ante dos derechos distintos –conectados, obviamente, pero diferentes en naturaleza e importancia<sup>100</sup>. De este modo, se cerró la necesidad de una nueva lectura del derecho a la libertad de expresión, movimiento que se perfeccionó al subordinarlo. En efecto, el derecho a la información pasa a ser instrumental respecto de la libertad de expresión en un sentido mecánico –conseguir información para luego poder transmitirla–, en lugar de en una perspectiva relacionado con la autonomía personal –la información como opción para la autoformación, que luego dará lugar a la expresión personal. Así, este

98. Colegiación Obligatoria de Periodistas, párrafo 32.

99. Y sigue considerando, así, si estamos a la calificación del acceso a la información pública como derecho a la libertad de pensamiento y expresión, tal como lo hace en el caso “Claude Reyes”.

100. Un ejemplo paradigmático de esta aproximación al problema puede verse en PELED, Roy & RABIN, Yoram, “The constitutional right to information”, *Columbia human rights law review*, Vol. 42, 2010-2011, pág. 357 y sigs.

“derecho a la información” sufre otra limitación: el obligado exclusivo pasa a ser el Estado y los entes públicos y se transforma en “acceso a la información”<sup>101</sup>. Se subsume así su significado en el de transparencia gubernativa, privilegiando el aspecto político del derecho, tal como lo hemos caracterizado al comenzar este apartado.

Al reducirse a un derecho exigible solamente al Estado, la alineación de los bandos reproduce la ficción burguesa: prensa y sociedad vuelven a estar del mismo lado, sin interferencias de poder que enturbien la relación. Así, el derecho se interpreta realzando la libertad de expresión de la prensa, que es la que les transmite a los ciudadanos la información a la que tienen derecho<sup>102</sup>; o como un derecho colectivo de la sociedad pero cuya aplicación en concreto se realiza a través de un ejercicio individual del mismo —el del periodista o la organización que actuaría en nombre de la sociedad a la que va a informar. En ese tipo de interpretación, la libertad de expresión y el derecho a la información se presentan como derechos correlativos: una es condición de posibilidad del otro y por lo tanto, se refuerzan. Pero otra lectura es posible: el derecho social a la información fundaría un deber correlativo de los que ejercen su libertad de expresión a hacerlo de modo tal de no afectar el primero. Así, no habría ya correlatividad de derechos sino tensión: el derecho a la información de unos funcionaría como límite al derecho a la libertad de expresión de otros. Esta ha sido una visión a la que hemos sido culturalmente reticentes, por el temor a que ello afecte la libertad de la prensa y de la población en general y así se han tendido a evitar las regulaciones de los medios de comunicación<sup>103</sup>.

101. ABRAMOVICH, Víctor & COURTISS, Christian, “El acceso a la información como derecho”, *Anuario de Derecho de la Comunicación* N° 1, Buenos Aires, 2000.

102. Esta ha sido la interpretación de la Corte Suprema de Justicia argentina, en el conocido caso Campillay (“Julio César Campillay c/ Diario La Razón y otro”, sentencia del 15 de mayo de 1986, voto de mayoría, cons. 4°). También la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha seguido esa línea: “[...] cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a ‘recibir’ informaciones e ideas; de donde resulta que el derecho protegido por el Artículo 13 tiene un alcance y un carácter especiales” (*Opinión Consultiva OC-5/85*, del 13-11-1985, Serie A, N° 5).

103. Un argumento que se repite en las instancias jurisprudenciales es el del *chilling effect* o efecto paralizante, que podrían tener las regulaciones sobre las conductas

El fundamento de esta interpretación, que no niega ni menoscaba las otras enunciadas, se funda en la posición eminente que ostentan los medios de comunicación y el diferencial de poder simbólico del que disfrutaban en la producción de sentido. Frente a esta situación, una visión meramente negativa de la libertad de expresión –que, por otra parte, iría en contra del desarrollo del resto de los derechos culturales como títulos positivos– desconocería las características del modo de producción cultural contemporáneo. Una moderna limitación a ese derecho se ha incorporado, por ejemplo, en el instituto del derecho de réplica, que obliga al medio a emitir la respuesta de las personas que se sientan dañadas por informaciones inexactas o agraviantes<sup>104</sup>. Pero donde el activo deber del Estado en el manejo del campo de la producción cultural aparece con mayor protagonismo es en la formación de los niños. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su Artículo 17:

“Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

---

futuras de los individuos (principalmente de los medios). Con esta terminología se menciona la posibilidad de autocensura que generarían, hacia el futuro, las decisiones que fijen limitaciones de la libertad de expresión.

104. Tal como se encuentra regulado en el Artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

“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 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”.

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del Artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;
- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los Artículos 13 y 18”.

En este artículo encontramos ya la idea del derecho a la información como acceso del niño a un sistema que pluralmente ofrezca materiales que promuevan su bienestar social, espiritual y moral así como su salud física y mental. Para lograrlo, los Estados deben realizar una serie de actividades de fomento (“alentarán”) y regulatorias (“promoverán la elaboración de directrices”). El Estado debe “velar” para que este sistema, conformado por los medios de comunicación –a los que se reconoce una importante función social–, se constituya como tal. En lugar de la visión tradicional de la construcción del mundo cultural como una actividad del ámbito privado, que había que resguardar de intervenciones externas, encontramos aquí una misión del Estado como regulador de esa esfera. Ello supone una visión en la que la esfera pública, por sí sola, no necesariamente provee los medios a los que la población –en este caso, los niños– tiene derecho. Ello rompe con la ficción de una esfera pública liberada de luchas de poder e intereses económicos y supone la necesidad de que subsidiariamente el Estado deba intervenir. Estos artículos de los tratados internacionales son reglas que complejizan el entendimiento de la libertad de expresión y que nos invitan a la interpretación complejiva, incorporando nuevos elementos y reviviendo el derecho originalmente concebido. De otro modo, mirando solamente con nuestro espejo retrovisor, chocaremos contra los obstáculos que la realidad pone en nuestro camino.

## VI. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO DERECHO COLECTIVO

Recordemos que la Corte Interamericana, al interpretar el Artículo 13 de la Convención Americana, trae a colación la expresión “derecho colectivo” para caracterizar lo que luego sería denominado “derecho a la información”. ¿Cómo podemos interpretar esta calificación? No creo que el Tribunal quisiera entrar en la disputa analítica entre derechos individuales y colectivos<sup>105</sup>, sino más bien lo que pretendía es incorporar otra dimensión al tradicional concepto individual de la libertad de expresión<sup>106</sup>. Ya no hay solamente derechos de los emisores de mensajes, también los hay de las audiencias. No tenemos solamente una obligación de no hacer de parte del Estado, ahora también debe regular y promover. El entramado complejo de relaciones sociales que conforman la sociedad de la información ya no puede quedar reducido exclusivamente al ámbito de las relaciones individuales. El interés social no resulta más protegido por la mera acción coordinada de los individuos, sino que se requieren otros instrumentos que iguallen a las partes en disputa. Los derechos individuales a la libertad de expresión mantienen su vigencia pero su contenido se expande y para darle adecuado cumplimiento es necesaria la conformación de un sistema, de un estado de cosas en las que ellos puedan ser satisfechos. La dimensión colectiva de este derecho surge como requisito para la satisfacción de los derechos individuales que hemos descripto en el párrafo anterior, en el marco de un mundo donde la tecnología de la información, la propiedad

105. Ver, por ejemplo, CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Sobre el concepto de derechos colectivos”, *Revista Internacional de Filosofía Política* N° 12, 1998, págs. 95-115.

106. La cuestión suele ser resuelta en las formulaciones constitucionales mediante la atribución de un derecho individual sobre un bien colectivo. Ello es lo que sucede, por ejemplo, en la atribución “a todos los habitantes [...] del derecho a un ambiente sano [...]” (Art. 41, Constitución Argentina). El concepto económico de bien público resulta también de suma utilidad para caracterizarlos. La información es un clásico ejemplo de este tipo de bienes, que puede ser consumido por un individuo sin que por ello se reduzca la posibilidad de otros de hacerlo, además de que ninguno puede ser excluido de su uso.

intelectual y los flujos de información adquieren carácter relevante como fuentes de riqueza y poder<sup>107</sup>.

Esa nueva conformación social ha sido calificada como “sociedad de la información” o “informacional”. Dice Manuel Castells que “el término informacional indica el atributo de una forma específica de organización social en la que la generación, el procesamiento y la transmisión de información se convierten en las fuentes fundamentales de la productividad y el poder, debido a las nuevas condiciones tecnológicas que surgen en este período histórico”<sup>108</sup>. Más adelante precisa: “Lo que caracteriza a la revolución tecnológica actual no es el carácter central del conocimiento y la información, sino la aplicación de ese conocimiento e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información/comunicación, en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos”. Acota luego que “la difusión de la tecnología amplifica infinitamente su poder al apropiársela y redefinirla sus usuarios. Las nuevas tecnologías de la información no son solo herramientas que aplicar, sino procesos que desarrollar. [...] Por primera vez en la historia, la mente humana es una fuerza productiva directa, no solo un elemento decisivo del sistema de producción”<sup>109</sup>.

Alberto Melucci completa esta definición, dando cuenta de las características que la información tiene como bien en este tipo de sociedad:

“[...] la información no existe como recurso con independencia de la capacidad humana para percibirla, procesarla y ampliarla. Poder utilizar un recurso reflexivo como la información depende de la capacidad humana biológica y motivacional para transmitir y recibir la información [...] Lo que Habermas denomina la ‘naturaleza interna’ del ser humano se ha convertido en una parte integral del ‘modo de producción’ (por recurrir a una terminología anticuada), puesto

107. Cf. BALKIN, Jack M., “The future of free expression in a digital age”, *Pepperdine law review*, Vol. 35, 2008/2009, pág. 427.

108. CASTELLS, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Vol. 1: La sociedad Red, México, Siglo XXI, pág. 47.

109. M. CASTELLS, ob. cit. en nota 108, pág. 58.

que condiciona el uso de la capacidad de autorreflexión, capacidad que ha alcanzado el punto paradójico de ser una reproducción de la reproducción. La paradoja consiste en que la reproducción de la sociedad y, de hecho, la biología humana se han convertido en terrenos para la intervención social, cultural y política: es nuestra acción la que causa la reproducción. Cuando nos encontramos con un recurso de este tipo, es importante considerar el hecho de que para gestionar y controlar la información como recurso es esencial controlar o poseer los códigos que organizan este elemento mutable y, en cierto modo, elusivo. Lo cual quiere decir que no es, o no solo, la existencia de gran cantidad de información, en términos de contenidos, lo que la convierte en un recurso: es nuestra posesión de las claves, de los códigos que organizan estas corrientes de signos, lo que organiza las informaciones y las dota de sentido. El control de la producción, la acumulación y la circulación de un recurso de este tipo depende en gran medida del control de los códigos u organizadores, esto es, de los lenguajes que dan forma, tamaño y significado a este recurso. Este control no está distribuido de forma igualitaria, como bien sabemos. El acceso al conocimiento, es decir, a este tipo de código, está configurando las nuevas formas de las estructuras de poder, y está asimismo dando paso a nuevos tipos de discriminación y de conflicto. Sin embargo, al mismo tiempo, ahora los individuos invierten sus propios recursos, sus capacidades mentales, cognitivas, emocionales y relacionales en este acceso, en esta capacidad potencial de controlar la creación del sentido. Lo cual quiere decir que todo aquello que afecta nuestra vida personal y relacional depende de nuestra capacidad de atribuir sentido, de generar significado para nuestros actos, planes, sueños, etcétera”<sup>110</sup>.

Estas largas citas de autores que han intentado teorizar el mundo en que nos movemos dan cuenta de que estamos ante cambios estructurales, que afectan el campo social, cultural, económico y político. El poder hace su aparición en el entramado de relaciones, obligándonos a dejar de lado la posibilidad de una acción comunicativa neutra. Al mismo tiempo, queda expuesta –tal como desarrollamos en el apartado anterior– la relación entre estos procesos, que podríamos estar

110. A. MELUCCI, ob. cit. en nota 65, págs. 66/67.

tentados de limitar a la esfera de la organización del poder, y la conformación de la vida personal de los individuos que componen la sociedad. El modo de entender la libertad de expresión, en este contexto, se complejiza al quebrarse muchos de los presupuestos que fundaban su formulación original. Si se nos permite una comparación simple, la situación que se plantea constitucionalmente es semejante a la que en su momento se discutió respecto a la intervención estatal en la vida económica. ¿Hasta dónde llegan los derechos individuales de “libre empresa” y dónde comienza la necesidad de articular por parte del Estado? ¿Cómo atenuar los peligros del dirigismo estatal? ¿La mayor regulación impedirá el progreso económico? Todas estas preguntas pueden reproducirse en el ámbito de la libertad de expresión y si hasta el momento no se han hecho con suficiente fuerza es por varios motivos: a) por la reciente toma de conciencia del valor de la información como recurso central de la vida económica, social y política; b) por la permanencia del mito inicial de la sociedad liberal de que estamos ante una esfera donde prima la autorregulación; c) por el temor a la intervención del Estado, que ha llevado a que ante la menor duda se privilegie la abstención del primero y la liberación de las fuerzas expresivas a su propia dinámica.

Varias son las dimensiones que se cruzan aquí, algunas de las cuales ya hemos explicitado. Normativamente, existe un derecho a la información que debe ser satisfecho y ello supone una actividad del Estado que lo garantice. La provisión de la información, en virtud del derecho individual a la libertad de expresión, estará a cargo de las instancias privadas. Pero el Estado debe garantizar el acceso a la información de la ciudadanía, a través de la articulación de un sistema que lo garantice. ¿Quiere ello significar que la provisión de información recae en el Estado? Definitivamente, no. Lo que significa es que sobre éste recae una función de regulación del sistema que tienda a proveer la información necesaria para el adecuado desenvolvimiento de los individuos. La laxitud de esta formulación la acerca peligrosamente a la expresión de un mero deseo. Sin embargo, ante el fondo escenográfico de una esfera pública autorreferente en su propia regulación, adquiere una gran fuerza de choque. Afirmarlo remite a expandir el ámbito de la libertad de expresión para considerarlo parte de un proceso social en la que el Estado tiene un rol que cumplir, con-

juntamente con otros actores. Pensemos, por ejemplo, en la función de mantenimiento del orden social. Dice Castells:

“Es la interacción entre ciudadanos, sociedad civil y el Estado, comunicándose a través de la esfera pública, la que asegura que el balance entre la estabilidad y el cambio social se mantiene en la conducción de los asuntos públicos. Si los ciudadanos, la sociedad civil o el Estado fracasan en satisfacer las demandas de esta interacción, o si los canales de comunicación entre uno o más de los actores claves de este proceso se bloquean, todo el sistema de representación y toma de decisiones públicas llegan a un punto muerto. Allí se produce una crisis de legitimidad porque los ciudadanos no se reconocen a sí mismos en las instituciones de la sociedad. Esto lleva a una crisis de autoridad, que a su vez conduce a una redefinición de las relaciones de poder encarnadas en el Estado”<sup>111</sup>.

El garantizar un derecho a la información se complejiza en esta formulación y se transforma en la obligación que tiene el Estado de contribuir a la formación de una esfera pública en la cual la legitimidad de todo el sistema descansa. Ello, lejos de limitar su función a una tarea de no intervención, supone su compromiso como proveedor de un bien público, asumiendo una función reguladora. En este sentido, en el último tiempo, se ha hecho expresa la relevancia de la falta de confianza pública en los medios de comunicación<sup>112</sup> y se ha señalado cómo ello supone un riesgo para la sociedad, en la medida “en que no existe otra estructura fiable que pueda proporcionarle a la sociedad la necesaria reducción de la complejidad”<sup>113</sup>. Asumir el aspecto colectivo

111. CASTELLS, Manuel, “The new public sphere: global civil society, communication networks, and global governance”, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 616, N° 1, march 2008, págs. 79/80 (se omiten las referencias bibliográficas en la transcripción).

112. Ver COLEMAN, Stephen; ANTHONY, Scott & MORRISON, David E., *Public trust in news. A constructivist study of the social life of news*, Oxford, UK, Reuters Institute for the Study of Journalism, 2009.

113. QUANDT, Thorsten, “What’s left of trust in a network society? An evolutionary model and critical discussion of trust and societal communication”, *European journal of communication*, Vol. 27, N° 1, 2012, pág. 18.

de la libertad de expresión significa reconocer la complejidad de las fuerzas sociales actuantes en la sociedad de la información y la necesidad de articularlas en pos de la satisfacción de las necesidades individuales de los ciudadanos. Ello implica discutir, al igual que respecto a la actividad económica, el grado y los modos en los que el Estado debe intervenir y supone considerar, como veremos a continuación, todo un campo de actividades que hasta el momento se consideraban ajenas a la libertad de expresión.

## VII. REGULACIÓN DEL SISTEMA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN

La discusión sobre el rol que el Estado debe cumplir en el sistema de información se relaciona directamente con las funciones sociales que desempeñan los medios: transmiten y crean cultura y normas sociales; contribuyen a definir y crear nuestra propia identidad profesional, comunitaria y nacional; nos informan de eventos y desarrollos importantes y nos conectan con nuestros representantes políticos y monitorean su desempeño. Estas funciones, desempeñadas por medios privados, generan una paradoja porque estos últimos no pueden desarrollar libremente sus intereses económicos sin dañar su rol público. Expresa Picard que “debido a los niveles de competencia nunca antes experimentados que enfrentan los medios sometidos a las leyes de mercado y a que los mercados son más inestables que en el siglo pasado, sumado a que operan en un sistema en el que la principal motivación es el propio interés y la alta comercialización de sus contenidos, el movimiento que los aleja de las funciones públicas es evidente y genera descontento entre los observadores sociales y los ciudadanos”<sup>114</sup>. ¿Qué debe hacer el Estado ante esta situación? Si contestáramos con el espejo retrovisor de la doctrina decimonónica nos inclinaríamos a decir “nada”, ya que todavía creeríamos en que los medios, por su propia lógica, tenderán a cumplir con esas funciones.

114. PICARD, Robert G., “The challenges of public functions and commercialized media”, en D. A. GRABER, D. MCQUAIL & P. NORRIS (eds.), *The politics of news - The news of politics*, Washington, DC, CQ Press, 2007, pág. 212.

Sin embargo, los primeros que, pragmáticamente, se han dado cuenta de la imposibilidad de conducir con ese marco de referencia han sido los propios Estados.

Elo ha dado lugar a todo un campo de acción e investigación, conocido en el ámbito anglosajón como *media policy* o “política de medios”<sup>115</sup>. Con este nombre se cruzan una serie de disciplinas que hacen a la generación de una política pública sobre los medios de comunicación y que van desde la infraestructura de telecomunicación a la estructura de mercado y la competencia económica, del acceso a la información a las políticas culturales. Y todo ello se da en el marco de una actualidad en la que los límites entre uno y otro terreno se hacen difusos debido a los procesos de digitalización, convergencia y globalización de las tecnologías de la comunicación<sup>116</sup>. En este complejo terreno, los Estados regulan la actuación de los medios en tres áreas estrechamente interrelacionadas: a) contenidos, b) estructura del mercado, c) infraestructura. La primera está directamente orientada a influir en la naturaleza del contenido de los mensajes producidos por los medios (v. gr.: obligación de incluir contenido educacional en la programación o prohibición de difundir mensajes obscenos o violentos). El área referida a estructura del mercado refiere a cuestiones tales como las condiciones de competencia, las regulaciones para ordenar la propiedad o las dimensiones de los medios (v. gr.: ¿pueden los extranjeros poseer medios?, ¿se favorece la generación de empresas multimedios?, ¿se reservan frecuencias para ciertos tipos de medios, por ej.: comunitarios?). La infraestructura, mientras tanto, se relaciona con las tecnologías de distribución y redes por medio de las cuales el contenido es diseminado<sup>117</sup>.

Estas tres áreas, si bien distinguibles analíticamente, en la práctica funcionan sistémicamente y a través de la regulación de una de

115. BRAMAN, Sandra, “Where has media policy gone? Defining the field in the twenty-first century”, *Communication law and policy*, Vol. 9, N° 2, 2004, págs. 153-182.

116. Una descripción de los desafíos que estos cambios plantean puede verse en JENKINS, Henry, *Convergence culture. La cultura de la convergencia de los medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 2008.

117. NAPOLI, Philip M., *Media policy: an overview of the field*, Working paper del Donald McGannon Communication Research Center, enero 2007.

ellas se buscan, generalmente, efectos en las otras (v. gr.: una estructura de medios que favorezca la participación de voces de la sociedad civil generará pluralismo en los contenidos o la prohibición de emitir contenidos producidos en el extranjero fomentará la creación y participación de medios nacionales). Dado que la perspectiva tradicional suele focalizarse más estrictamente en las limitaciones a los contenidos –a través de la figura de la prohibición de censura previa–, las otras formas quedan relegadas a un análisis que suele omitir su relevancia constitucional. Las cuestiones relativas a la estructura del mercado o al diseño de la infraestructura suelen estar fuera del diálogo constitucional respecto de la libertad de expresión, tanto en cuanto a la consideración de razones de ese calibre para su implementación como en referencia al control al que las mismas son sometidas (v. gr.: decisiones judiciales que supongan un control de constitucionalidad de las mismas). Ello es particularmente grave, por dos razones. La primera, según venimos exponiendo, es porque la política de medios es la que generará un determinado sistema, que cumplirá más o menos adecuadamente con la directiva constitucional de garantizar el derecho a la información de los habitantes. La segunda, porque en cada una de las decisiones que se toman para fijar esas políticas públicas se encuentran en conflicto visiones de la Constitución, que se resuelven en la prevalencia de un bien sobre otro. En este sentido, por ejemplo, para determinar la estructura de un mercado de medios se puede privilegiar el pluralismo de fuentes, reservando frecuencias de espectro radioeléctrico para instituciones consideradas de bien público o de grupos cuya identidad cultural o participación se quiere proteger<sup>118</sup>. Si ello se hace, sin embargo, probablemente se coarte el desarrollo de la libertad de expresión de otro grupo que quiere expandir su propio proyecto mediático a otros terrenos.

Las políticas de regulación mediática suelen ser un asunto ausente del ámbito constitucional, en un doble sentido: no suele haber en los textos constitucionales decisiones referentes a un modelo determinado de regulación de medios (v. gr.: ¿debe haber un sistema de

118. Ese es el criterio seguido, por ejemplo, por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual Argentina, Ley N° 26.522, sancionada el 10 de octubre de 2009.

medios públicos?) y la discusión sobre los criterios que se emplean al elegir entre una u otra política pública no se hace desde los valores y parámetros constitucionales en juego. Así como el constitucionalismo ha ido avanzando, en las distintas latitudes, respecto de un modelo de intervención estatal sobre la vida económica y social, no parece haber ocurrido el mismo proceso respecto del área comunicativa. Las políticas públicas, en este sentido, se encuentran huérfanas de líneas directrices que las doten de una cierta estabilidad y consistencia y que signifiquen una verdadera limitación para el uso de los gobiernos de algunos instrumentos, en sí mismos legítimos, de intervención sobre este terreno. Pensemos, por ejemplo, en la creación y el funcionamiento de los sistemas de medios públicos o en un régimen de subsidios para la actividad. La vaguedad de los criterios para regular estos terrenos y la casi absoluta discrecionalidad de los Estados para establecer uno u otro sistema –por la falta de decisiones expresas de la Constitución– hacen que se limiten las posibilidades de controlar el sistema. Es notable, a este respecto, la situación producida en nuestro país respecto de la distribución de la pauta de publicidad oficial, donde la falta de un encuadramiento constitucional como el que venimos pregonando ha hecho que la situación no sea encuadrada como lo que verdaderamente es (un subsidio a los medios) sino como una función de gobierno del Estado (un acto político que hace a la difusión de los actos de gobierno). Con esa caracterización, la única forma de constitucionalizar la actividad y controlarla es aplicándole un instrumento –*aggiornado*– de caja de herramientas decimonónicas: la prohibición de censura indirecta<sup>119</sup>.

119. En Argentina, el Gobierno ha empleado durante la última década un método de distribución de la pauta de publicidad oficial sumamente desigual, favoreciendo a determinados medios sobre otros. Tal actividad ha sido considerada discrecional y no como una política de subsidios tendiente al fomento de algunos medios, sino como una contraprestación efectiva sobre los servicios prestados. Ante la falta de un régimen que fije pautas concretas para el gasto de los fondos públicos, la Corte Suprema ha entendido que la cuestión debía ser tratada desde el punto de vista de la posibilidad de censura indirecta (Art. 13, inc. 3, de la Convención Americana) cuando se demostrara que la conducta estatal suponía un intento de castigar o reprimir la libertad de expresión de un medio. Esta es la decisión tomada en el caso “Editorial Río

La regulación del sistema de medios se encuentra así carente de bases constitucionales actuales para su institucionalización y los ámbitos de decisión estatal se expanden. Dos son las preguntas que aquí se nos presentan: ¿existe una obligación constitucional por parte del Estado para intervenir y regular estas materias? Si efectivamente lo hace, ¿hay una exigencia de dotarlas de un régimen general y obligatorio, pasible de control constitucional? La primera cuestión refiere a los límites que trazan los diferentes textos normativos entre poderes constituyentes y los constituidos. En la mayoría de los casos, según hemos visto, la decisión respecto al sistema de medios es delegada a estos últimos. La segunda es una pregunta diferente y para responderla es que es justamente necesario traer al terreno constitucional los instrumentos de lo que aquí denominamos “política de medios”. En este sentido, el hecho de satisfacer determinados intereses públicos a través de la creación de medios de gestión estatal asume la naturaleza de decisión política –no constitucionalizada– y responde a numerosos condicionamientos históricos y culturales<sup>120</sup>. Pero no parece haber muchas dudas respecto a que si se asume un modelo en que el Estado gestione medios públicos este sistema debe adecuarse a los parámetros que exige la adecuada apli-

---

Negro c/ Provincia de Neuquén” (CSJN, 5 de septiembre de 2007), ante los cambios de asignación publicitaria por parte de este último gobierno. De este modo, las decisiones estatales sobre la conformación de un régimen de subsidios que estructuran un determinado sistema de medios con dinero oficial solo son controlables judicialmente cuando se pueda probar y aducir una acción indirecta sobre ese medio. La visión, como puede deducirse, es que la Constitución regula solamente conductas negativas de parte del Estado (no censurar) y no obligaciones positivas en su cabeza (estructurar un sistema de medios), aún cuando sea esto, claramente, lo que éste último hace a través de sus acciones públicas.

120. En Europa, por ejemplo, ha sido común el monopolio estatal sobre las frecuencias radioeléctricas y el espectro televisivo, dando lugar, tempranamente, a un sistema de medios públicos. Dentro de este esquema, sin embargo, se diferencian las sociedades con fuertes movimientos de clase y divisiones internas, donde los medios públicos se instalaron a principios de siglo XX, de aquéllas donde la instauración de medios públicos se dio en la segunda mitad del siglo, en un régimen de competencia con prestadores privados [cf. PICARD, Robert G., “Financing public media: the future of collective funding”, en NISSEN, Christian S. (ed.), *Making a difference: public service broadcasting in the european media landscape*, Eastleigh, UK, John Libbey Publishing, 2006, pág. 184].

cación de la libertad de expresión, a saber: a) satisfacción del derecho colectivo a la información; b) actividad realizada en interés de la comunidad y no del Gobierno; c) acceso efectivo de la población al servicio (extensión territorial y federalización); d) variedad, neutralidad y confiabilidad de la información; e) regulación institucional de las prácticas del medio; f) independencia respecto del poder político y g) controles por parte de la sociedad<sup>121</sup>.

La adecuada neutralidad de los medios públicos ha sido motivo de regulación en algunos países (v. gr.: España) debido a las objeciones derivadas de su uso gubernativo. Semejantes motivos de preocupación se derivan de su tendencia a la comercialización de contenidos, como consecuencia del cambio de fuentes de financiamiento de su actividad. La lógica de competencia económica hace así su entrada, relacionando las políticas de medios con consideraciones de carácter fiscal que emparentan medios de gestión pública y privada. La acrecida competitividad en el mercado mediático también impacta en otros de los instrumentos mediante los cuales el Estado interviene en la estructura del mercado: el otorgamiento de subsidios<sup>122</sup>. Sea en la forma de exenciones, privilegios fiscales o ayudas monetarias directas, el Estado fomenta la actividad de medios de comunicación que considera beneficiosa para la vida democrática de la comunidad<sup>123</sup>. Este método de intervención, que alienta en lugar de asumir directamente o regular, es visto como una forma de morigerar las duras condiciones del mercado mediático y de su tendencia hacia el amarillismo como forma de satisfacer los deseos del público que consume el bien<sup>124</sup>. Aparecen así modos de acción estatal, políti-

121. Cf. Asociación por los Derechos Civiles, *Una radiodifusión para la democracia. Principios básicos sobre el funcionamiento de la radio y televisión públicas*, 2003.

122. Cf. KLEIS NIELSEN, Rasmus & LINNEBANK, Geert, *Public support for the media. A six-country overview of direct and indirect subsidies*, Paper del Reuters Institute for the Study of Journalism-University of Oxford, 2011.

123. El sistema más desarrollado de subsidios estatales es el establecido en los países escandinavos respecto de los periódicos (cf. PICARD, Robert G., "Subsidies for newspapers: can the nordic model remain viable?", en BOHRMANN, Hans; KLAUS, Elisabeth & MACHILL, Marcel (eds.), *Media industry, journalism culture and communication policies in Europe*, Köln, Halem, 2007).

124. LLOYD, John, *Scandal! News international and the rights of journalism*, Paper del Reuters Institute for the Study of Journalism, Oxford, UK, 2011.

cas públicas que llevan implícitas una serie importante de decisiones constitucionales: ¿debe intervenir el Estado ante el declive de la calidad periodística? Si lo hace, ¿su método debe ser el castigo de prácticas que conspiran contra ella (v. gr.: punición de invasiones a la privacidad), el fomento de alternativas positivas o una combinación de ambas? Todas estas decisiones tienen un profundo sentido constitucional, como también las decisiones regulatorias sobre diseño tecnológico, la formación de nuevos modelos de negocios, la estructura de propiedad del sistema de medios o las actividades de los usuarios<sup>125</sup>.

### VIII. EPÍLOGO

Decía Hannah Arendt: “[...] Para mí lo esencial es comprender, yo tengo que comprender. Y escribir forma parte de ello, es parte del proceso de comprensión [...] Y si otros comprenden en el mismo sentido que yo he comprendido, ello me produce una satisfacción personal, como un sentimiento de encontrarse en casa”<sup>126</sup>. Este es el espíritu que nos ha guiado a lo largo de las páginas precedentes: intentar entender el complejo mundo en el que vivimos y dilucidar, en consecuencia, cuál es el lugar que al derecho constitucional le cabe en ese proceso. Pensar

125. Balkin, Jack, por ejemplo, destaca cómo en el contexto mediático contemporáneo las cuestiones de participación igualitaria en las redes y las posibilidades de innovar comunicativamente son las piedras basales del sistema. Distingue así dos materias, tradicionalmente objeto de regulaciones administrativas, que asumen una relevancia primordial: las obligaciones de los administradores/propietarios de las redes de infraestructura de internet de garantizar el acceso igualitario a los distintos usuarios (*network neutrality*) y la norma que desliga de responsabilidad a los proveedores de infraestructura (servidores) respecto de las expresiones de quienes a través de ellos emiten mensajes (*intermediary liability*). Balkin pone estos dos asuntos para ejemplificar cómo las decisiones más importantes sobre libertad de expresión, en el futuro, no serán tomadas por los tribunales sino por los legisladores, agencias administrativas reguladoras, expertos en tecnología, emprendedores y usuarios (cf. ob. cit. en nota 107, págs. 427-444).

126. ARENDT, Hannah, “¿Qué queda?: Queda la lengua materna. Conversación con Günter Gaus”, en *Ensayos de comprensión 1930-1954*, Madrid, Caparrós Editores, 2005, pág. 19, citado en GARCÍA, Dora Elvira y KOHN WACHER, Carlos, “Hannah Arendt: La vigencia de un pensamiento”, *Revista Enfoques*, Vol. VIII, N° 13, 2010, pág. 11.

realidades nuevas supone agilizar el músculo de nuestras rutinas disciplinarias y de los cómodos modelos ya aprehendidos, para construir otras rutinas y otros modelos. Ello lleva tiempo y, sobre todo, necesita un plan. Este artículo es una propuesta de los rumbos en los que consideramos necesarios embarcarnos. No es un camino realizado sino más bien un plan de viaje. En él se nos invita a incorporar los múltiples contextos –ideológicos, teóricos, económicos, políticos, culturales, regulatorios, etc.– que la fría letra de las consagraciones constitucionales deja fuera, pero que los marcos cognitivos en los cuales encuadramos la realidad siempre implícitamente recogen. En este sentido, pues, hacernos conscientes de los anteojos con los que miramos la realidad y ponerlos en discusión es siempre un ejercicio que renueva el pensamiento.

Pero comprender individualmente, como decía H. Arendt, es solamente un primer paso. Incitar a un diálogo constitucional es el otro fin buscado en este proyecto y ello no significa una tarea meramente académica, sino un intento de regenerar el diálogo público. El derecho constitucional debe permear el diálogo cívico y contribuir a un tratamiento consensuado, racional y participativo de los problemas públicos. Y debe hacerlo a partir de una reformulación de su función. Este es uno de los tres ejes que consideramos fundamentales a lo largo de este trabajo: el metodológico, que supone la discusión sobre la forma que asume nuestra disciplina, sobre sus métodos y, más importante aún, sobre su relación con la realidad. Sobre esta base se edifican los otros dos ejes: uno sustancial y otro que podríamos denominar instrumental. Dentro del primero nos hemos ocupado del contenido mismo del derecho a la libertad de expresión, ello es, a partir de las bases normativas, tamizadas por su evolución histórica y por su inserción en la realidad de una sociedad mediatizada, construir un derecho que dé cuenta de los procesos comunicativos contemporáneos. Este dar cuenta supone también asumir la faceta del derecho como regulador de la vida social, que obliga a que la Constitución entre en la sala de máquinas de los procesos sociales y culturales. La faceta instrumental no puede quedar sin una palabra constitucional que le dé vida y la informe. Método, sustancia e instrumento son así las líneas directrices de esta agenda que les proponemos.

# BREVE ASEDIO AL PODER CONSTITUYENTE IRREGULAR

LUIS MARÍA BANDIERI<sup>1</sup>

Emulando un comienzo famoso, podríamos decir que el poder constituyente ha nacido libre y por todas partes se encuentra encadenado. El que ha puesto el cerrojo a sus cadenas es el constitucionalismo<sup>2</sup> que, a su vez y paradójicamente, lo mantiene aún como una piedra angular de su edificio teórico. Un distinguido jurista argentino lo ha llamado “concepto grandilocuente y ensoberbecido”, que debe ser objeto de “vaciamiento”<sup>3</sup>. Y Bruce Ackerman, por su lado, en su planteo sobre las transformaciones constitucionales por medio del “gerenciamiento judicial”, tiene especial cuidado de separarlo del poder constituyente, cuyos actos, a su juicio, poseen “carácter arbitra-

1. Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario, Facultad de Derecho, UCA.

2. “Constitución” se refiere actualmente a un concepto descriptivo, aunque en su acepción moderna, a partir de fines del siglo XVIII, haya nacido como término polémico frente al Antiguo Régimen (ver DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Ariel, 1962, pág. 2). El vocablo “constitucionalismo”, en cambio, viene teñido inexorablemente de una constelación de valores que corresponden a una etapa histórica y cultural que llamamos “modernidad” y, dentro de ella, a un momento que arranca a finales del siglo XVIII, prefigurado a su vez desde un siglo atrás, y que se extiende hasta nuestros días. Ya no nos servimos de expresiones neutras y descriptivas, sino de giros valorativos y prescriptivos, correspondientes a una filosofía política determinada. No deben confundirse ambos conceptos.

3. VANOSSI, Jorge Reinaldo, “Los límites del poder constituyente”, en *Teoría constitucional*, T. I, Buenos Aires, Ed. Depalma, 2000, pág. 237.

rio”, por transcurrir fuera de la ley, en el ámbito de la “política pura”<sup>4</sup>. En este contexto, situar un poder constituyente “irregular” no resulta tarea, en principio, fácil. Porque “irregular”, en sus dos corrientes acepciones –la primera, aquello que va contra la regla; la segunda, aquello que no sucede habitualmente–, el poder constituyente lo ha sido desde su inicio. Ha sido irregular porque, desde su primera irrupción, fue una ruptura con la “lógica de los antecedentes”, para decirlo con el giro mediante el cual Carlos Cossio caracterizaba las revoluciones. Y ha sido también irregular porque surge –o insurge– esporádicamente y sin plazo fijo en la historia constitucional.

En la búsqueda de la irregularidad del poder constituyente y, obviamente, de su eventual contracara regular, no parece posible el acercamiento en línea recta. Los grandes problemas del conocer, decía Ortega, requieren una aproximación en círculos concéntricos cada vez más estrechos: “[...] una táctica similar a la que los hebreos emplearon para tomar a Jericó y sus rosas íntimas”. La “táctica de Jericó” nos exige, pues, una aproximación progresiva, circular y de tanteo. Un asedio abreviado, por lo tanto, dentro de los límites de esta contribución. Comencemos por la cuna de nuestro poder constituyente.

## FRENTE A DIOS

En verdad, nuestra criatura comenzó su existencia en el mundo político-jurídico compitiendo nada menos que contra Dios. La idea de poder constituyente, según el constitucionalismo clásico, resulta contemporánea del complejo proceso de secularización<sup>5</sup> que acompañó al desenvolvimiento revolucionario de 1789, extendido por las bayonetas napoleónicas al resto de Europa continental, que funda hasta los tiempos actuales la legitimidad y la concepción misma del

4. En *We the people II, Transformations*, Harvard University Press, 1998, pág. 11.

5. SCHMITT, Carl, en su “Glossarium” dice: “[...] el derecho al error religioso se transformó en fundamento del derecho constitucional”. Cit. por GRASSO, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 30.

mundo político. El problema nuclear, entonces, era dar un fundamento objetivo al orden jurídico sin recurrir a la fe en un Dios creador y ordenador del Universo. Hasta allí, el poder constituyente pertenecía solo a Dios<sup>6</sup>. La secularización de la idea, muchas veces implícita, de *potestas constituens* divina, fue el empeño principal del constitucionalismo clásico, provisto para ello de los instrumentos intelectuales suministrados por la Ilustración. Recordando aquella clásica afirmación de Schmitt acerca de que los conceptos políticos básicos son conceptos teológicos secularizados<sup>7</sup>, vemos inmediatamente aquí que el pueblo, o su manifestación que es la Nación, asume el papel de un Dios creador y todopoderoso, que permite el paso del caos informe a la forma constitucional. El *pouvoir constituant* teorizado de inicio por Sieyès resulta un legislador omnipotente que actúa *legibus solutus*, sin constreñimientos previos. “El poder constituyente lo puede todo en ese aspecto, puesto que no se encuentra sometido a una constitución previa. La Nación, que ejerce así el más grande y más importante de sus poderes, debe hallarse, en el ejercicio de esa función, libre de toda atadura y de toda forma, que no sea la que le plazca adoptar”, expresa un párrafo de nuestro abate<sup>8</sup>. Y lo puede desde la nada, porque nada puede limitarlo de inicio. Böckenförde<sup>9</sup>, que califica al poder constituyente de “concepto límite” del derecho constitucional, se ha entretenido en señalar sus correspondencias teológicas: opera como

6. Ver SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducción de Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1992, pág. 92 y sigs.

7. Ver SCHMITT, Carl, *Teología política –cuatro ensayos sobre la soberanía–* trad. de Francisco Javier Conde, introducción de Luis María Bandieri, Buenos Aires, Ed. Struhart, 1998, pág. 54.

8. SIEYÈS solo utiliza en una ocasión, en su famoso folleto “¿Qué es el Tercer Estado?”, cap. V, la expresión “poder constituyente”, aunque el concepto esté implícito. La cita pertenece a su *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme et du citoyen*, del 20 de julio de 1789, ante el Comité de la Constitución. Me sirvo para *Qu’est-ce que le Tiers État?* de la versión en [www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf](http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf) y para la *Reconnaissance...* del texto en [www.unice.fr/ILF-CNRS/politext/Sieyes/sieyestextes/hml#54](http://www.unice.fr/ILF-CNRS/politext/Sieyes/sieyestextes/hml#54).

9. BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, “El poder constituyente de un pueblo. Un concepto límite del derecho constitucional”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pág. 159 y sigs.

un legislador omnipotente, principio y no causa de sí mismo, *principium sui* y no *causa sui*, que viene de la nada –*ex nihilo*– y desmiente aquello de que de la nada, nada resulta –*ex nihilo, nihil*– porque aquí, de la nada, resulta creado un ente, la constitución (*ex nihilo fit ens creatum*). Para reemplazar a Dios en la creación constitucional, había que copiar sus atributos, y nada mejor para ello que el abate de Fréjus, educado por los jesuitas.

El poder constituyente, sin embargo, es una divinidad que acaba produciendo más temor que apego. La sacralización se desvía, así, del creador a la creatura, a la constitución misma, *sacred instrument*, como la llamaban en su tiempo comentaristas norteamericanos. El texto escrito va más allá de su función obvia de fijar, precisar y volver accesible a todo ciudadano sus derechos y el mecanismo de su gobierno. Adquiere una dimensión religiosa y funge de tabla de la ley, como las que Moisés bajó del Sinaí –hasta el punto de que Karl Loewenstein sostuvo que el caudillo hebreo fue el primer practicante del constitucionalismo<sup>10</sup>. ¿Quién no recuerda la comparación de nuestra constitución con un “arca sagrada” en el caso Sojo? Incluso los autores del texto reciben por extensión un nimbo de sacralidad. Padres fundadores y diseñadores, *founding fathers* y *framers*, consiguen algo así como un culto de dulía por parte de los especialistas del ramo. Tan intenso puede ser, que Harold Laski llegó a celebrar cierta lectura crítica que le había producido el “alivio de poder deshacerse de la revelación otorgada por Dios a Alexander Hamilton a principios de 1787”<sup>11</sup>.

## NACIÓN Y PUEBLO

“Vista después de que se hubo terminado, la Revolución [Francesa] parece haber tenido por objeto el establecimiento del culto a la

10. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Ed. Ariel, 1983, pág. 40.

11. La lectura fue de la obra, siempre actual, de BEARD, Charles, *An economic interpretation of the Constitution* y la frase está contenida en una carta a Oliver Wendell Holmes, feroz crítico de aquélla. Ver HOFSTADTER, Richard, *Los historiadores progresistas*, Buenos Aires, Paidós, 1970, pág. 203.

Nación”<sup>12</sup>. Esta frase de Jouvanel ilustra sobre la magnitud de la tarea que emprendió nuestro abate: transformar el concepto de nación –una referencia neutra a los nacidos en un país– en una formulación mística y política, es decir, polémica, destinada a derribar un orden secular y sustituirlo por otro nuevo, que le daría consagración jurídica<sup>13</sup>.

Esta nación soberana, una e indivisible, de la que emana el *pouvoir constituant*, es anterior y superior al poder político instituido y al derecho. Es previa a la constitución y dueña de ella –poder constituyente, deconstituyente y reconstituyente a voluntad. Un pueblo –esto es, los individuos asociados– toma conciencia política de sí mismo en forma de nación y lo demás –gobierno, constitución, instituciones– resulta su añadidura. La fórmula se inscribe en la Constitución de 1791: “La soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenecce a la Nación; ninguna porción del pueblo, ni ningún individuo, puede atribuirse su ejercicio” (Tít. III, Art. 1º). Antes, la ha consagrado la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: “[...] el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercer una autoridad que no emane expresamente de aquélla” (Art. 3º).

Para llegar a ese resultado, el abate de Fréjus debió proceder a unas previas y radicales discriminaciones y exclusiones, notoriamente irregulares, sobre los órdenes convocados originariamente por el monarca a los Estados Generales. La nación reside exclusivamente en el estado llano, el Tercer Estado social. De aquélla están de inicio excluidos la nobleza y el clero. Como señala Alessandro Campi, “[...] la parte se hace todo y se autoproclama *la* nación”<sup>14</sup>. La nación, que hasta ese momento hacía referencia al lugar de nacimiento, se convierte así en un concepto político que pivotea sobre enemistades internas (aris-

12. JOUVENEL, Bertrand de, *Los orígenes del Estado Moderno –Historia de las ideas políticas en el siglo XIX*, Madrid, Ed. Magisterio Español, 1977, pág. 157.

13. Sobre la evolución del concepto de “nación” ver BANDIERI, Luis María, “Patria, Nación, Estado *et de quibusdam aliis*”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 106, Medellín, Colombia, Universidad Pontificia Bolivariana, enero-junio 2007, págs. 13/51.

14. CAMPI, Alessandro, *Nación*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2004, pág. 123.

tócratas y traidores) y externas (la *sang impur* de los ejércitos monárquicos, que debía empapar los surcos, según la Marsellesa).

También se observa un traspaso de la noción ya conocida de “soberanía del pueblo” –que podía reconducirse hasta Marsilio de Padua, p. ej., y aún a los jurisconsultos romanos– a la inédita de “soberanía de la nación”. Como está diseñando un nuevo vocabulario político, nuestro abate echa mano con bastante imprecisión a los términos “pueblo” y “nación”. Sin embargo, el que prevalece es este último. “Pueblo” no tiene ninguna connotación orgánica, ni se refiere al cuerpo político, al *populus* de los romanos o la *universitas civium* de los medievales. Pueblo vale como la suma de individuos libres e iguales asociados. Políticamente, ese colectivo se llama “nación” y de aquél resultará, más tarde, la concepción romántica del “espíritu del pueblo”. El traspaso de “pueblo” a “nación” encierra la enorme minucia de que este pueblo/nación, principio y causa de sí mismo, y además omnipotente, puede otorgar su confianza a representantes, lo cual lo convierte en una divinidad delegante y, por lo tanto, reducida en sus poderes al acto propio de la delegación, en el que instantáneamente los pierde<sup>15</sup>. Sieyès se aparta aquí ostensiblemente de Rousseau, para quien la voluntad general no puede transmitirse, ya que transmitirla es perderla. Transcribamos al abate de Frèjus: “[...] un cuerpo de representantes extraordinarios reemplaza a la asamblea de la nación. Sin duda, no hay necesidad de estar encargados de la plenitud de la voluntad nacional; no será necesario más que un poder especial, y esto en algunos casos. Este cuerpo reemplaza a la nación en la independencia de todas las formas constitucionales”<sup>16</sup>.

Se nota la urgencia política del momento: la asamblea debe actuar sobre la marcha. Lo importante es pasar de una representación medieval, fundada sobre el mandato imperativo, que reproducía una imagen fiel de los representados, a una representación global de la

15. “Con la doctrina democrática del Poder Constituyente del pueblo [...] ligó Sieyès la doctrina antidemocrática de la representación de la voluntad popular mediante la Asamblea Nacional Constituyente”, dice SCHMITT, Carl, ob. cit. en nota 5, pág. 97.

16. Ob. cit. en nota. 7, pág. 57.

idealidad “nación”, que permitiría decidir a los representantes sin ataduras. Pero el pueblo soberano, *pouvoir constituant*, sufría así el primer recorte a su poder teóricamente ilimitado. Lo seguirán muchos otros, a medida que el constitucionalismo se vaya desarrollando.

De todos modos, el mensaje es claro: el orden político no se determina ya según una previa organización divina de la naturaleza y de un señorío celeste sobre la historia. Los hombres que conforman el pueblo/nación constituyente han pasado de creaturas a creadores. Por un instante, el momento previo a su delegación, todo lo pueden. Son como dioses, pero al estilo del Dios relojero de Voltaire, que pone en marcha el mecanismo institucional para retirarse inmediatamente luego. No en vano un abate fue quien concibiera de ese modo el poder constituyente, y no en vano la correspondencia teológica asoma en el caso tan prontamente: “[...] los rastros de las ideas teológico-cristianas del poder constituyente de Dios eran todavía demasiado fuertes y vivos en el siglo XVIII, a pesar de toda la Ilustración”<sup>17</sup>.

Este fue el notable aporte de Sieyès: el *pouvoir constituant*. Ciertamente, luego la Revolución a la que él, entre otros, le había abierto las puertas, como toda revolución, exigió sacrificios de sangre sobre lo que un poeta decapitado, Andrea Chénier, llamó los “altares del miedo”. Años después, cuando le preguntaron a nuestro abate cómo la había pasado bajo el Terror, contestó lacónicamente: “sobreviví”. También más tarde —fue un incesante pergeñador de proyectos constitucionales—, en mente conservadora, calificó a su criatura como un factor de inestabilidad, una suerte de insurrección permanente, y manifestó preferir modestas y cautas revisiones. Los que tenemos algunos años como para haber transcurrido guerras y revoluciones, sabemos bien de tales volteretas, arrepentimientos y recapitaciones. Humano, demasiado humano, y no estamos aquí para prorratear culpas ni pronunciar condenas. También Rouget de Lisle, el autor de “La Marsellesa”, ya viejo, en 1830, llegó preocupado a la tertulia de sus amigos: “¡La situación es gravísima! El populacho se ha largado a la calle y canta *Allons enfants!*”.

17. SCHMITT, Carl, ob. cit. en nota 5, pág. 95.

### LA GRAN IRREGULARIDAD: ¿FUERA DEL DERECHO?

La criatura que Sieyès echó al mundo en una encrucijada histórica especial sigue ahí, creando quebraderos de cabeza a los juristas. Cuando Böckenförde, como hemos visto, llama al poder constituyente “concepto límite” de nuestra disciplina, lo que está diciendo es que resulta impensable como categoría jurídica. Resultaría un puro *factum* fuera del derecho. Vanossi es del mismo parecer. Una cosa es el poder constituyente originario, en “estado de primigenidad”, y otra el poder constituyente derivado, en “estado de continuidad”. “Del primero –afirma– hemos dicho que pertenece su estudio a la ciencia política, a la filosofía y a la sociología; creemos que se trata de una noción o idea metajurídica o extrajurídica, pues está más allá de toda y cualquier competencia, y por eso mismo no es una figura creada por el derecho, aunque sea un objeto de consideración circunstancial por el derecho”. Según nuestro autor, corresponde separar la fuerza de la competencia, para delimitar lo extrajurídico de lo jurídico. El poder constituyente originario alude a “la potestad en cuanto fuerza”: está fuera del mundo del derecho.

Desde el punto de vista de las irregularidades, ésta sería la mayor, la más intensa. Tan grande, que el *pouvoir constituant*, versión fuerte, termina desterrado a perpetuidad del universo jurídico. Se estaría por coincidir con esta posición, ya que el poder constituyente primigenio –y solo si se coloca en esa situación de comienzo absoluto parece que pueda llamarse “constituyente”– al aparecer como venido de la nada y situarse antes y por encima de todo no parece pueda encajarse en el derecho, que siempre presupone lo dado. Pero surgen las preguntas: ¿no será esta drástica exclusión como tirar al bebé con el agua del baño? Y ¿no nos retornará a los juristas por la ventana el problema que echamos por la puerta?

Ante todo, el campo de lo político y el campo de lo jurídico nacen de conflictos. La conflictualidad es fontal en uno y otro caso, aunque difiera en su enfoque. Por lo tanto, en cuanto presupuesto para la puesta en acto del instrumental propio del derecho, el jurista no puede desconocer el conflicto que resulta de la insurgencia de un poder constituyente en sentido fuerte. En primer lugar, porque su planteo invoca el derecho a la autodeterminación o autoorganización de una comu-

nidad política, principio proclamado en el derecho internacional, si queremos movernos en el plano de la positividad. Más aún, existe una Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos, establecida por las delegaciones de varias organizaciones internacionales en Argel el 4 de julio de 1976, a doscientos años de la declaración de independencia norteamericana, que lo recoge<sup>18</sup>. En segundo lugar, porque si bien el poder constituyente en sentido fuerte no es un poder jurídicamente regulado –si lo fuera, perdería su carácter de *constituens* para convertirse en *constituto*–, no constituye un acto de mera fuerza bruta, un acto de pura *potentia*, sino el ejercicio de una *potestas* que nos plantea inmediatamente el problema de la legitimidad y la legalidad.

Por otra parte, la invocación de un poder constituyente en sentido fuerte está asociada, ineludiblemente, a una situación de excepción. Las normas, sean las que imponen obligaciones o las que adjudican competencias, rigen en las situaciones “normales”, como el propio vocablo indica. De la excepción, que es irregularidad, se sale por una decisión que permite establecer otra vez la normalidad. Y esta decisión política basal, en el caso de ser formulada por un poder constituyente en sentido fuerte, originario, forma parte inmediata del derecho surgente, salvo que identifiquemos derecho con norma. Por eso, la famosa definición de Carl Schmitt de la constitución como un acto del poder constituyente originario sobre el modo y la forma de la unidad política, parte de una distinción entre la constitución como un todo y la ley constitucional. El tránsito de la decisión política a la decisión jurídica, en ese caso, se presenta de un modo fluido que no permite una tajante separación entre el momento en que se sale de un campo y se entra en otro, pero el tránsito existe y la decisión es, cuando menos, *conditio per quam*, el nuevo orden jurídico, indisolublemente vinculado a aquélla, puede afirmarse y llegar a su legitimación. Ya no podemos evacuar una parte de tal dinámica expulsándola del mundo del mundo del derecho.

18. Art. 5º: “Todo pueblo tiene el derecho imprescriptible e inalienable a la autodeterminación. Determina su estatus político con toda libertad y sin injerencia exterior”. Texto en [www.filosofia.org/cod/c1976pue.htm](http://www.filosofia.org/cod/c1976pue.htm).

## EL RECURSO A “WE, THE PEOPLE”

En el caso norteamericano no existe una teorización inicial sobre el poder constituyente. No hay una reflexión explícita sobre él; directamente, se lo ejerce, con una impostación distinta de la que tendrá lugar en Francia, subyacente en la fórmula “*We, the people*” con la que arranca el preámbulo del texto. La teología política que está en la base del modelo constitucional norteamericano de 1787 no reside en el culto a la nación –como vimos en el caso francés– sino en el culto a la predestinación de un pueblo.

La Convención de Filadelfia, que la produjo, se colocó irregularmente como poder constituyente, por medio de una suplantación, ya que fue originariamente convocada no para dictar una constitución sino para revisar el pacto confederal de los Artículos de Confederación y Perpetua Unión de 1777<sup>19</sup>. Un hábil y subterráneo cabildeo condujo a constituir la república federativa<sup>20</sup>. El conflicto quedaría en sordina hasta estallar en 1861 con la guerra civil entre confederados y unionistas.

Los *framers*, asumiéndose como el “pueblo” de los Estados Unidos, se colocaron en un tiempo mítico y fundacional, en un comienzo abso-

19. La convocatoria del Congreso confederal fue “con el objeto único y expreso de revisar los Artículos de Confederación y de presentar dictamen al Congreso y a las distintas legislaturas sobre las alteraciones y adiciones a los mismos que sean necesarias a fin de adecuar la Constitución confederal a las exigencias del gobierno y al mantenimiento de la unión”. La ratificación de los Estados debía ser, de acuerdo con los “Artículos de Confederación y Perpetua Unión”, por unanimidad. El golpe maestro del proyecto de Filadelfia fue considerar suficiente la ratificación por los dos tercios (nueve sobre trece).

20. “El movimiento se hizo con gran habilidad. No tomó la forma de una agitación, sino la de una conspiración, o si se quiere, la de un hábil cabildeo. Jorge Washington habló con algunos amigos suyos en Mount Vernon, su hermosa casa a orillas del Potomac, y esta conversación dio por resultado la reunión de la Convención Comercial de Annapolis, en septiembre de 1786. La Convención, un pretexto. Pidió al congreso que convocase una reunión semejante. Ya estaba todo preparado, y el congreso votó la célebre resolución de febrero de 1787, convocando delegaciones de los Estados para que, reunidas en Filadelfia, revisaran los Artículos de la Confederación, y diesen un informe al congreso. Nada se decía de adoptar una nueva Constitución”. PEREYA, Carlos, *La Constitución de los Estados Unidos como instrumento de dominación plutocrática*, Madrid, Ed. América, s/f, pág. 60.

luto y en un estado de inocencia originaria, a partir del cual desarrollar la historia de una elección de ese mismo pueblo. Las fuentes no están principalmente en las ideas de la Ilustración –como en el caso francés– sino en la noción bíblica de pueblo elegido, recibida, de modo especial, pero no exclusivo, de la herencia puritana de los *pilgrim fathers*. Lo que están diseñando los fundadores es una Nueva Jerusalén y el texto que elaboran es una biblia política, en una suerte de revelación constituyente. El pueblo –los convencionales de Filadelfia– está respondiendo a “la importante cuestión relativa a si las sociedades humanas son capaces o no de establecer un buen gobierno”. Y en eso se juega la predestinación “de un imperio que es en muchos aspectos el más interesante del mundo”<sup>21</sup>. En estas palabras liminares de Hamilton para presentar el texto a la ratificación se transparenta la conciencia, en los *framers*, de un destino imperial ya fijado para un pueblo elegido a ese efecto –vale la pena reiterarlas en su idioma original: “[...] *the fate of an empire in many respects the most interesting in the world*”.

El culto del pueblo predestinado en el caso norteamericano, el culto de la Nación sacralizada en el caso francés: he aquí las dos fuentes distintas del poder constituyente, que se bifurcan en dos senderos históricos también distintos.

La senda norteamericana acentúa el punto de llegada: la constitución escrita que consagra el fruto de las deliberaciones constituyentes.

La senda francesa acentúa el punto de partida: subraya la presencia constante de un poder situado por encima de la constitución que puede, en todo momento, transformarla.

Carl Schmitt señala con agudeza que, en el caso norteamericano, junto con la constitución surgían una serie de nuevos Estados unidos en una federación: la formación de una unidad política nueva y el darse una constitución fueron actos prácticamente simultáneos. En Francia, al contrario, no surgió un nuevo Estado, porque éste ya existía. “Se trataba –dice este autor– tan solo de que los hombres mismos fijaban, por virtud de una decisión consciente, el modo y la forma de su propia existencia política. Cuando se suscitó ahí conscientemente,

21. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, I, México, Ed. FCE, trad. de Gustavo R. Velasco, 1998, pág. 3.

y fue contestada, la cuestión del poder constituyente, aparecía mucho más clara la fundamental novedad de tal fenómeno”<sup>22</sup>.

Es interesante observar la especificidad, respecto de los dos modelos antedichos, que asume la experiencia hispanoamericana. Aquí, del proceso de la Independencia –llamado de la “emancipación”, lo que señala la huella ideológica de la Ilustración– surgieron varias unidades políticas a partir de los virreinos borbónicos. A partir de una única nacionalidad, la española, expresada en la constitución del Estado borbónico ilustrado, se fueron diseñando trabajosamente varias nuevas nacionalidades, siempre conscientes, en mayor o menor grado, de su tronco común. En ningún caso este proceso pudo efectuarse simultáneamente con la sanción de una constitución, esto es, con la institucionalización de nuevos Estados a partir de esas nacionalidades en ciernes. Más bien, la independencia dio lugar a una serie de intentos constitucionales generalmente fallidos. Los sucesivos titulares del poder no pudieron fundar su ejercicio ni en una tradición constante –habían roto con ella– ni en un inicio determinado por un acto soberano de racionalidad constituyente. En todos los países de la ecúmene latinoamericana, la independencia precedió a la nacionalidad y la nacionalidad precedió a la institucionalización estatal. En los EE. UU. la independencia se dio casi simultáneamente con la constitución del Estado por ejercicio del poder constituyente. En Francia el Estado ya existía, pero se le dio un nuevo principio a través del cambio revolucionario del sujeto de la soberanía, por medio del poder constituyente. En nuestra ecúmene, españoles americanos independientes van conformando un mosaico de nacionalidades al tiempo que intentan diseñar –sobre las ruinas del Estado borbónico ilustrado– diversas estatalidades por medio de la adopción de esquemas constitucionales trasplantados, lo que explica en buena parte la crónica inestabilidad política regional y el sentimiento difuso de ficción y hasta de mentira vital o, con la expresión de Andrés Botero Bernal, “eficacia simbólica”<sup>23</sup>, que descalifica nuestras instituciones.

22. SCHMITT, Carl, ob. cit. en nota 5, pág. 96.

23. Ver BOTERO BERNAL, Andrés, “La eficacia jurídica, la seguridad jurídica y la Corte Constitucional colombiana”, en MOLINA BETANCUR, Carlos Mario, *La*

En la *tradición norteamericana*<sup>24</sup> la constitución es la expresión de la voluntad soberana del pueblo –“we, the people”–, pero es una voluntad petrificada en un texto establecido y adoptado luego de un procedimiento complejo y escalonado entre la Convención Constituyente originaria de Filadelfia y las ratificaciones de los Estados<sup>25</sup>. En ella, el poder constituyente ha sido el instrumento para fijar, hasta hoy, lo que Marshall calificó “the fundamental and paramount law”, que establece las reglas de juego entre los poderes constituidos y la sociedad. La constitución, pese al enfático “we, the people”, sirve como ley fundamental y suprema para oponer a los representantes legislativos del pueblo y evitar la tiranía de las mayorías, esto es, establecer una versión débil, representativa, de la democracia, que Madison llamó “república”, en lugar de la democracia pura, rousseauiana<sup>26</sup>. A ese efecto, surge un triple cerrojo con la presidencia, el Senado y la Corte. Más la notable invención del “federalismo”, que procuraba concordar un centro unitario de poder con las tendencias autonómicas de los

---

*Corte Constitucional colombiana: ¿garante de seguridad jurídica y orden público?*, Medellín, Universidad de Medellín, 2008, págs. 203-224.

24. Por cierto que al hablar de “tradición norteamericana” nos referimos a la del sector ideológico que triunfó en la Convención de Filadelfia y la historia subsiguiente, inspirada principalmente por Alexander Hamilton y el partido Federalista. Resulta muy interesante, aunque ajeno a los límites de este trabajo, examinar el pensamiento “antifederalista”, opuesto al centralismo hamiltoniano, defensor de las autonomías estatales y crítico del principio de supremacía de la Constitución federal y al derecho absoluto y supremo de la Corte Suprema de interpretar la Constitución. Ver BENEGAS LYNCH, Alberto (h) y JACKISCH, Carlota, *Límites al poder: los papeles antifederalistas*, Buenos Aires, Ed. Lumiere, 2004. Téngase en cuenta que en los orígenes norteamericanos, los “federalistas”, antecesores de los republicanos actuales, eran los que defendían aumentar y concentrar las prerrogativas en el poder central –“federal”– mientras los “antifederalistas” afirmaban y pretendían ampliar las autonomías originarias de los Estados federados.

25. Se estableció que bastaba la ratificación de nueve de los trece Estados originarios. Con las enmiendas que incorporaron los derechos y las garantías se logró, finalmente, la ratificación de Carolina del Norte, en 1789, y de Rhode Island en 1790. Sobre los antecedentes del caso “Marbury”, ver BOTERO BERNAL, Andrés, *Haciendo memoria de la defensa judicial de la Constitución*, Medellín, Universidad de Medellín, 2008.

26. HAMILTON, Alexander, *El Federalista*, ob. cit., X.

Estados federados, a quienes se defería la ratificación del texto constitucional. De allí la insistencia de Madison –para salvar la radical irregularidad de derogar la confederación sin mandato– de que se trataba de una constitución “federal” antes que “nacional”<sup>27</sup> y, agregaríamos, como se ha hecho notar, antes federativa que democrática.

De allí derivan dos consecuencias:

La primera es que toda disposición constitucional resulta explícitamente superior a la voluntad expresada por cualquier órgano constituido, comprendido el Congreso de los EE. UU. (especialmente luego de “*Marbury vs. Madison*”, de 1803, impulsado por el *Chief Justice* Marshall, aunque el control de constitucionalidad por parte de los jueces ya había sido planteado por Hamilton en *El Federalista*<sup>28</sup>). En consecuencia, la voluntad expresada por los representantes del pueblo no puede prevalecer jamás sobre lo que se supone es la expresión constitucional de la voluntad del pueblo mismo, declarada de una vez para siempre: aquélla es tan solo la voluntad de un órgano constituido. Podría decirse que al “pueblo”, en cuanto tal, se le otorgó desde 1787 un descanso sabático indeterminado. Luego, habiendo sido la constitución adoptada tras un proceso largo y complejo, el poder constituyente rara vez es requerido –en todo caso, a título de poder constituyente delegado, conforme el Art. 5º y por agregado de enmiendas al *sacred text*– y le cabe al juez y, en particular, a la Corte Suprema de Justicia de los EE. UU. proceder a la interpretación de la constitución. A medida que se aleja del momento histórico de su fundación y ante el cambio de las condiciones sociales, la Corte ha elaborado métodos de interpretación que la constituyen, objetivamente, en un segundo *poder constituyente contramayoritario*, que yugula la voluntad popular. La Constitución es lo que la Corte Suprema dice que es<sup>29</sup>.

27. Ídem, XXXIX.

28. Ídem, LXXVIII.

29. Woodrow Wilson, cuando fue presidente de los EE. UU., comentó que la Corte Suprema funcionaba como “una convención constituyente en sesión permanente”. Este comentario crítico, que debe tomarse *cum grano salis*, ha sido extrañamente interpretado como una afirmación seria y dogmática por gran parte de nuestra doctrina, que repite el aserto sin considerar, cuando menos, su colisión con la doctrina de la soberanía popular afirmada en la propia Constitución (Art. 33). Un jurista perspicuo,

*En la tradición francesa*, por el contrario, el poder constituyente está por encima de la constitución, planeando sobre ella con facultad de modificarla en cualquier momento. Como la ley es la expresión de la voluntad del pueblo, de la voluntad general, el legislador tiende a ocupar el lugar de poder constituyente. De modo tal que se borra la distinción entre la constitución y la ley y el poder constituyente se manifiesta siempre activo, en la forma de un Poder Legislativo que encauza la voluntad revolucionaria del pueblo.

Mientras que en la tradición norteamericana el poder constituyente tiende a diluirse detrás de la constitución rediseñada por la Corte Suprema, en la tradición francesa la omnipresencia del poder constituyente está siempre dispuesta a borrar la constitución a medida que la escribe. El legislador surgido de la soberanía popular es la figura nuclear del poder constituyente.

La tradición norteamericana funda el constitucionalismo clásico o concepción normativa de la constitución. La tradición francesa da lugar a una verdadera tradición revolucionaria que puede pervertirse como soberanía de la Asamblea Legislativa. La tradición norteamericana mantiene una sola república. La francesa ha visto sucederse cinco (con sobresaltos imperiales y monárquicos intermedios).

La norteamericana justifica la extensión del poder del juez, que se convierte en juez de la ley –juzga a la ley– cuando la considera contraria a la constitución: el juez dice, contramayoritariamente, el derecho constitucional<sup>30</sup>.

---

y ministro de la Corte, como Carlos S. FAYT, llega a parafrasear: “La Argentina tiene en su Corte Suprema una convención constituyente en sesión permanente” (prólogo a *La Corte Suprema y la evolución de su Jurisprudencia: leadings cases y holdings*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2004).

30. En el capítulo XIII, secc. 168, de su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil, John LOCKE se pregunta quién juzgará si el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo tiranizan al pueblo. No hay juez en la tierra que lo haga, contesta el autor: *there can be no judge on earth*. Solo queda el camino de la rebelión, de la “apelación al cielo”, *appeal to heaven*. Los *framers* intentaron contestar a ese *quis judicabit?* de Locke, referido a las eventuales demasías legislativas, con la respuesta: la Corte Suprema, en última instancia. Ese “Estado judicialista”, como lo llama Carl Schmitt, tiene su andamio en la tradición de independencia del poder político que otorga un derecho jurisper-

La francesa subordina la función de juzgar a la aplicación y ejecución de la ley. El juez es mera boca de la ley (como quería Montesquieu).

La concepción francesa decae a partir de la Constitución de 1958 cuando se establece un Consejo Constitucional, que puede pronunciarse sobre la constitucionalidad incluso de proyectos de ley, pero donde no tuvieron legitimación activa los particulares hasta 2008, aunque solo con respecto a leyes ya promulgadas<sup>31</sup>. Actualmente, cualquier juez puede declarar un acto de gobierno o una norma violatoria de la Carta Europea de los Derechos Humanos, incorporada al Tratado de Roma, o a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y los preámbulos de las Constituciones de 1946 y 1958. La concepción francesa ha terminado por asimilarse a la norteamericana.

#### DANZAS Y CONTRADANZAS –IRREGULARES– DEL PODER CONSTITUYENTE

En nuestra ecúmene latinoamericana se vive una onda expansiva “fundacional” de poderes constituyentes que asumen o quieren asumir la potestad originaria. El punto de partida fue la Asamblea Nacional Constituyente venezolana electa en julio de 1999, que estableció la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Convocada para reformar la Constitución de 1961, se declaró “poder constituyente originario” y dictó un “decreto de reorganización de todos los órganos del poder público”<sup>32</sup> antes de proceder a sancionar la nueva constitución. Ella fue ratificada luego por un referéndum popular. En agosto de 2007 el presidente reelecto de Venezuela, Hugo Chávez,

---

dencial, elaborado por la razón práctica de los jueces. Su exportación a Estados legislativos, establecidos sobre un derecho administrativo, no ha resultado del todo feliz.

31. La reforma constitucional del 23 de julio de 2008 introdujo un Art. 61-1 que permite a los ciudadanos impugnar la constitucionalidad de una ley ya promulgada en el curso de un proceso judicial.

32. Para una visión crítica de este proceso ver BREWER-CARÍAS, Allan R., *Golpe de Estado y proceso constituyente en Venezuela*, México, UNAM, 2002 y HERNÁNDEZ CAMARGO, Lolymer, *La teoría del poder constituyente. Un caso de estudio: el proceso constituyente venezolano de 1999*, San Cristóbal, UCAT, 2000.

presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de reforma de 33 de los 350 artículos de la Constitución de la República Bolivariana. Ellos incluían, entre otros, la reelección presidencial indefinida<sup>33</sup>. Aprobada la reforma en dos sesiones por la Asamblea (donde solo había representantes oficialistas, ya que los opositores no concurren a las elecciones), fue sometida a referéndum popular el 2 de diciembre de 2007, que resultó desfavorable a la propuesta (la “victoria de mierda”, según las palabras del propio Chávez). Con ello, habría sido irregular volver a plantear la reforma ante la Asamblea Nacional hasta la finalización del mandato presidencial, en 2013. El Poder Ejecutivo recurrió a una presentación ante la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, esto es, un poder constituido, para nulificar aquella manifestación referendaria en ejercicio del poder preconstituyente<sup>34</sup>, en consonancia con manifestaciones del entonces Presidente, posteriores al referéndum, acerca de que la reforma se haría de todos modos. En febrero de 2009, un nuevo referéndum autorizó la reforma constitucional y la posibilidad de un cuarto mandato presidencial, para el cual fue Hugo Chávez elegido en 2012, pero que su muerte le impidió asumir.

En Bolivia, el presidente Evo Morales asumió en enero de 2006 con la promesa de “refundar” el país, para lo cual convocó a la Asamblea Constituyente, instalada en agosto y que tendría un año para sancionar una constitución, en reforma total de la anterior. Debe tenerse en cuenta que en Bolivia regía la Constitución de 1967, reformada en 1994 y luego, por segunda vez, en 2004, ocasión en la que se introdujo institucionalmente la Asamblea Constituyente, entre cuyas facultades estaba la de “reforma total” de la constitución. Incumplido aquel plazo anual, durante el cual no se pudo redactar ni un solo artículo, se estableció por la Asamblea una prórroga hasta diciembre de 2006. La constitución no pudo ser aprobada en Sucre por los disturbios popu-

33. La presidencia perpetua tiene su debut constitucional en la ecúmene latinoamericana en 1801, con la primera Constitución de Haití (y primera latinoamericana). Bolívar toma la idea y la incorpora a la Constitución de Bolivia de 1825, que redactara. Esta propuesta tendrá larga y caudalosa descendencia.

34. La Constitución de California establece el principio de que una decisión tomada por vía referendaria no puede ser derogada o modificada sino por otro referéndum. La misma doctrina ha sido establecida por la Corte Constitucional italiana.

lares (Sucre era, hasta entonces, capital judicial y La Paz sede del Ejecutivo y el Legislativo: el desconocimiento de la capitalidad plena de Sucre en el nuevo texto produjo un levantamiento que expulsó a los constituyentes, a riesgo de su vida) y fue finalmente sancionada en Oruro. En enero de 2009 la constitución fue aprobada por referéndum, lo que posibilitó la reelección de Morales en 2010. Un reciente fallo del Tribunal Constitucional autoriza al actual Presidente a presentarse a una tercera reelección.

En el caso ecuatoriano, durante el primer mandato de Rafael Correa se convocó a una consulta popular para reformar la constitución vigente, de 1998, por medio de una Asamblea Constituyente, donde triunfó la propuesta. La Asamblea sancionó una nueva constitución en septiembre de 2008, que fue aprobada por referéndum popular.

El caso de la Unión Europea (UE) reviste mucho interés, con respecto a un proceso inverso, esto es, de cancelación del poder constituyente. En la Conferencia Intergubernamental de 2002 se estableció una “Convención sobre el Futuro de Europa”, formada por ciento cinco miembros (cada uno de los entonces quince Estados miembros y de los trece países candidatos estaban representados por un miembro de su gobierno y dos miembros de su parlamento). Su misión, según la “Declaración de Laeken”, emitida por la Conferencia Intergubernamental citada, era “estudiar líneas de acción e investigar procedimientos en la relación con las reformas políticas que serían necesarias para lograr diferentes grados de unidad política en la UE”. Sus trabajos deberían extenderse hasta la próxima Conferencia Intergubernamental. La “Convención”, presidida por Valery Giscard d’Estaing, se dio, sin mandato alguno y en uno de los mayores desprecios históricos a la noción de poder constituyente, nacida precisamente en Europa, y más concretamente en Francia, a confeccionar una “constitución europea”, en puridad, un tratado con valor constitucional. En un *ranking* de irregularidades de un seudopoder constituyente, éste se lleva la palma consagratoria. El proyecto, como para alejar toda mirada que no fuese de superexpertos (y aún así no era fácil) alcanzaba las 800 páginas. Se lo sometió a la ratificación de los parlamentos nacionales y, opcionalmente, los cuerpos electorales por vía referendaria, como ocurrió en el caso español –donde prevaleció la abstención– y en los casos francés y holandés, donde triunfó el “no”. En la UE, la noción de poder cons-

tituyente fue sepultada por la actividad de un comité tecnoburocrático<sup>35</sup>. Y si podemos criticar a Hugo Chávez porque no quiso aceptar el rechazo referendario a su proyecto, y procuró reiterarlo oblicuamente a través de una declaración de poderes constituidos, debemos criticar igualmente (aunque esto no despertó protesta en la doctrina constitucionalista europea) a los gobiernos de la UE y a los eurócratas en general, porque, después del rechazo, que –como el venezolano– no aceptaron, en octubre de 2007 se reiteró el engendro de tratado con alcance constitucional con el nombre de “tratado modificativo”<sup>36</sup>, aprobado el 13 de diciembre en Lisboa. No se previó ninguna ratificación referendaria, salvo en Irlanda y Dinamarca, bastando a ese efecto la vía parlamentaria domesticada. Si comparamos este procedimiento con el de la constitución bolivariana, las conclusiones serían netamente desfavorables al intento europeo.

### ¿QUIÉNES PUEDEN HACER UNA CONSTITUCIÓN?<sup>37</sup>

La respuesta obvia es quienes tienen el poder constituyente, en sentido fuerte, es decir, el o los que pueden ejercerlo en plenitud.

Y así resulta, a modo de elenco enunciativo:

- a) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, en la forma y calificación que fuese exigida, directamente por referéndum preconstituyente vinculante para la iniciativa de convocatoria, o para la ratificación de la convocatoria propuesta por un órgano constituido; convocatoria de una asamblea al efecto y referéndum posterior ratificadorio del texto aprobado en aquella.

35. Ver BANDIERI, Luis María, “¿Una Constitución para Europa? A propósito del ‘no’ francés”, *EIDial.com*, 31-5-2005.

36. Son 256 páginas acompañadas de 12 protocolos anexos y 25 declaraciones diversas que suman en total 3.000 páginas (!!).

37. Para mayores desarrollos, me permito remitir a BANDIERI, Luis María, “El Poder Constituyente: su sentido y alcance actual”, *ED 22-2-2007*, n° 11.704, año XLIV. Una versión ampliada en *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas* de la Universidad de Manizales, N° 9, Colombia, octubre 2007.

- b) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, previa iniciativa de un órgano constituido en el modo y la forma exigidos por la normación vigente, mediante la designación de representantes a una convención, con posterior ratificación del texto aprobado sea por el cuerpo electoral, órganos constituidos o Estados que componen una federación, de haberla.
- c) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, previa iniciativa de un órgano constituido en el modo y la forma exigidos por la normación vigente, mediante la designación de representantes a una convención, sin necesidad de proceso ratificatorio posterior.
- d) El “pueblo”, esto es, la mayoría del cuerpo electoral, mediante referéndum o plebiscito sobre una carta constitucional propuesta de modo cualquiera por quien gobierna. Éste fue el modelo de los plebiscitos napoleónicos de 1799, 1802, 1804 (por parte de Napoleón Bonaparte) y de 1851 y 1852 (por parte de Luis Napoleón), así como de septiembre de 1980 para Chile por Pinochet. En estos plebiscitos, la decisión está en quien plantea la pregunta alternativa por sí o por no. El proponente es el dueño de la decisión y el “pueblo” formula un asentimiento o refrendo con una cuota mínima de voluntad. Como dice Schmitt<sup>38</sup>, se hace sospechosa la experiencia democrática y los resultados suelen ser manipulados. Agrega este autor que en estas fórmulas plebiscitarias se asiente con facilidad como allanamiento a un hecho consumado, para salvaguardar el orden y la paz, con más resignación que entusiasmo.
- e) El “pueblo”, encarnado en los representantes de una asamblea convocada originariamente para una finalidad ajena a la *potes-tas constituens* y que se constituye, ella o una parte de ella, por sí y ante sí, en poder constituyente. Es el caso de la Asamblea nacional francesa que sancionó la Constitución de 1791, producto –como vimos– de la segregación de una parte –el Estado llano, junto con algunos elementos transfugados de la nobleza y el clero– que asume la representación del todo ideal, la “na-

38. SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, ob. cit., págs. 102/3.

ción". Frente a esta irregularidad manifiesta, resulta interesante transcribir el comentario de Schmitt: "[...] sería un formalismo especialmente extraviado, en estas cuestiones, negar a esa primera Asamblea nacional el carácter de encargada por el poder constituyente del pueblo. Sin duda ninguna, se puso en vigor ahí la voluntad de la nación francesa; frente a esto, tiene una significación solo relativa el procedimiento de una elección o votación especial"<sup>39</sup>. El mismo caso lo vimos respecto de los *framers* reunidos en Filadelfia en 1787: convocados para reformar aspectos parciales de una confederación, sancionaron sin mandato una constitución que Story llamó "federonacional"; cabría aquí la misma observación schmittiana referida al caso francés. Sarmiento, en 1860, siendo convencional constituyente del Estado de Buenos Aires, no fue muy piadoso con el texto aprobado en Santa Fe siete años antes: "[...] ella [la Constitución] no fue examinada por los pueblos; fue mandada a obedecer desde un campamento, en el cuartel general de un ejército, por los mismos que la habían confeccionado". Estaríamos, en estos tres casos y en muchos otros invocables, ante el remisible pecado original de haber tomado en el origen el nombre del pueblo, quizás no tan en vano, suponiendo su consentimiento tácito.

Hasta aquí, hemos tomado como sujeto titular del poder constituyente al "pueblo", porque, si bien le fue discernido la *potestas constituens* en los orígenes ideológicos del constitucionalismo, relativamente cercanos, su *maiestas* política arranca de más lejos aún, de los juristas romanos y de los filósofos políticos medievales. Desde un enfoque realista, tendremos que señalar que *sujeto titular del poder constituyente es toda potestas política que está en condiciones, en una situación concreta y casi siempre excepcional, de establecer, garantizar o abrogar la constitución de una unidad política*. Un individuo –el monarca absoluto que otorga una carta constitucional, para acudir a un ejemplo histórico–, una minoría, una facción, un partido político o una coalición de

39. Ob. cit. en nota 38, pág. 103.

ellos, un ocupante extranjero, pueden actuar como sujetos titulares del poder constituyente, si están en condiciones de sancionar y mantener su obra. Pero esa *potestas*, como vimos, no puede ser pura *potentia*, pues nada puede sostenerse y mantenerse exclusivamente sobre esta última. “El más fuerte no es nunca tan fuerte como para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber”, dice Rousseau en una página tan famosa como permanente<sup>40</sup>. La *potestas*, que no quiere ser sólo *potentia*, debe plantearse entonces la búsqueda de legitimidad, cuando menos en el grado de la aceptación de la mayoría de los consociados en la unidad política. Esto es, debe recurrir a la noción de soberanía del pueblo, aunque sea solo a título del homenaje hipócrita que el vicio rinde a la virtud. De donde, cualquiera sea el sujeto titular del poder constituyente –su detentador, a fuer de precisos–, para legitimarlo debe recurrir al pueblo. El pueblo que, a esos efectos, será normalmente la masa mayoritaria, en los términos medibles de un cuerpo electoral; teniendo en cuenta, por cierto, que la mayoría integra, pero no consume, el pueblo soberano, y que las minorías opositoras o abstinentes también forman parte de él.

### ¿QUÉ QUEDA DEL PODER CONSTITUYENTE?

Allá cuando surgió, el poder constituyente originario semejaba una fuerza de la naturaleza. Se lo consideraba originario, inicial, fundador, extraordinario y temporal, supremo y popular.

No se justifica, pues, la división entre un poder constituyente “original” (cuando se ejerce en la etapa fundacional de un Estado) y “delegado” o “derivado” (cuando se ejerce para reformar la constitución existente). El poder constituyente, en su versión primigenia, es siempre original y soberano. El poder constituyente delegado o derivado, en cuanto es una nueva formulación de un viejo orden o, si se quiere, donde lo viejo autoriza a lo nuevo, no reviste originalidad ni soberanía y deviene, como una contradicción en los términos, una *potestas constituens constituta*. La voluntad originaria del poder consti-

40. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, L° I, cap. III.

tuyente primigenio se encuentra aquí regulada, y convertida, pues, en una competencia determinada por la constitución por reformar. *Surge de allí, para nuestra búsqueda de lo irregular, que el poder constituyente originario es irregular por esencia, mientras el poder constituyente delegado resulta irregular por accidente* (p. ej., si se excede en el plazo fijado a una convención para realizar la reforma).

Un largo proceso impulsado por el constitucionalismo clásico ha signado un tránsito de la *potestas constituens* pura y simple a la *potestas constituens constituta*, hasta el punto que puede decirse que la noción de poder constituyente originario ha ido perdiendo tanto autonomía conceptual como peso simbólico. El punto extremo de este desguace del poder constituyente originario se halla en el proceso de búsqueda de una “constitución” para la UE sobre el cual se ha hecho referencia más arriba: la constitución se convierte en un centón indigerible escrito por expertos para expertos. En el punto más bajo del prestigio y autoridad del otrora soberbio poder constituyente originario allí donde naciera, en la ecúmene latinoamericana se registra un renacimiento del poder constituyente invocado en toda su fuerza primigenia, con pretensiones fundantes. El jurista, que como el mochuelo de Minerva levanta vuelo cuando ya está oscuro, solo puede anotar por ahora esta importante circunstancia.

La noción de poder constituyente en sentido fuerte, originario, está ligada al *reconocimiento del principio de la soberanía del pueblo*. A la vez, su producto, la constitución, está ligada al *reconocimiento de los derechos fundamentales*, “derechos del hombre y del ciudadano” en su versión original<sup>41</sup>, denominados hoy, más genéricamente, *derechos humanos*. El poder constituyente crea una constitución, según el constitucionalismo clásico, con la finalidad de reconocer dogmáticamente aquellos derechos previos e imprescriptibles, conforme un principio de distribución, según el cual la libertad del individuo es ilimitada y la facultad estatal para invadirla, limitada. Ello se traduce en el principio básico de la interpretación *pro homine*: la interpretación más protectora de la persona, la más extensa en cuanto a sus derechos y la más restrictiva en cuanto a sus limitaciones. Junto a este principio de

41. Ver BANDIERI, Luis María, “Derechos del hombre y derechos humanos, ¿son lo mismo?”, *ED* 18-9-2000.

distribución, la constitución creada por el poder constituyente debe contemplar un principio de organización. Esto es, siguiendo la terminología de nuestro texto constitucional, junto a una parte “dogmática” debe haber una parte “orgánica”.

Los dos principios señalados, el de la soberanía del pueblo y el de los derechos humanos, están permanentemente en *tensión recíproca*. La modernidad, en cuanto a la comprensión de lo político, fue acuñada por esta tensión.

El constitucionalismo clásico reconocía en sus textos canónicos los “derechos del hombre y del ciudadano”, hoy llamados derechos humanos de “primera generación”, para asegurar al individuo ciertos ámbitos de no injerencia estatal (libertad de conciencia, libertad personal, libertad de opinión, inviolabilidad de la propiedad, etc.), en textos constitucionales destinados a regir dentro del territorio de un Estado determinado. Los “derechos sociales”, de segunda generación, fueron considerados al principio como un catálogo programático sin eficacia jurídica inmediata, llamados a tener, en muchos casos, una “eficacia simbólica”, en el sentido que da a esta expresión Andrés Botero Bernal, según ya referimos.

La idea de otorgarles una plena, directa y operativa eficacia jurídica, de manera de frenar y refrenar al gobernante ejecutivo, al legislador y también al constituyente, es reciente, y se impuso lentamente, ante el auge de los derechos fundamentales de “tercera generación”, o según otros de “cuarta generación”, esto es, derechos a la autorrealización personal. Su expansión horizontal y su efecto irradiante resultan hoy inexorables<sup>42</sup>.

En consecuencia, el poder constituyente, destituido de sus caracteres de originario y supremo, debe subordinarse a la constelación de los derechos humanos extendidos, que ya no resultan solo derechos subjetivos fundamentales, sino que, como señala muy bien Miguel Ayuso<sup>43</sup>,

42. La doctrina alemana ha acuñado las expresiones *drittwirkung der grundrechte* (tercer efecto –horizontal– de los derechos fundamentales) y *ausstrahlungswirkung* (efecto irradiante).

43. AYUSO, Miguel, *¿Ocaso o eclipse del Estado? Las transformaciones del derecho público en la era de la globalización*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2005, pág. 104 y sigs.

se entienden como valores objetivos fundamentales del humanismo moderno. La tensión entre el poder soberano popular, que se expresa en el poder constituyente, y los derechos humanos universales, se ha hecho sentir en casi todos los debates políticos durante los dos últimos siglos y, en nuestro tiempo, se ha resuelto en favor de los derechos humanos, que ponen un límite infranqueable a aquella soberanía popular y, por consiguiente, a la expresión del poder constituyente.

Se trata de dos procesos simultáneos, a saber:

- a) El de *constitucionalización progresiva del poder constituyente*.
- b) El de globalización de los *human rights*.

El primer proceso, que se desenvuelve desde los orígenes, reposa, como vimos, sobre la idea de que la constitución no resulta solamente un instrumento para establecer los órganos donde se expresan las funciones del Estado. No es solo, o fundamentalmente, “parte orgánica”, sino que sirve, primordialmente, para proteger los derechos subjetivos individuales (el derecho a tener derechos, la autodeterminación del individuo, la “parte dogmática” de la constitución).

Viene acompañada de una adaptación y transformación de la función de juzgar. Esto es, el pase de la judicación, del decir el derecho en el caso particular, a la jurisdicción, el “poder” judicial<sup>44</sup> y del nacimiento de un control de constitucionalidad de los actos del poder público y de las leyes, sea ya un control “difuso” por los jueces, sea un control concentrado en un órgano especial, el tribunal constitucional que, en la práctica actual, se van asemejando cada vez más.

De donde, el ejercicio del poder constituyente se subordina a reglas de forma y de fondo y deviene *poder constituyente delegado o derivado*, cuya función no es instituir (*institúere*, mantener firme, es el verbo latino de donde derivan “institución” y “constitución”) sino revisar. Es un poder constituyente que no puede “constituir”, despojado –como vimos– de su omnipotencia creadora.

44. Recuérdese, de todos modos, la famosa frase de Montesquieu: “[...] *des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle*”: “[...] de los tres poderes de los que venimos de hablar, el de juzgar es, de alguna manera, nulo”. *L’esprit des Lois*, L. XI. El ejercicio efectivo del poder de un tribunal depende del brazo o función ejecutiva.

Este proceso lleva como cortejo otros fenómenos concomitantes:

- Globalización de los valores fundamentales occidentales modernos, entendidos como universales y atemporales, y consecuente subordinación de los ordenamientos jurídicos nacionales a un orden jurídico global, lo que Kant llamó “derecho cosmopolítico”, *weltbürgerrecht*<sup>45</sup>.
- Transformación progresiva del derecho inter-nacional, o inter-estatal, destinado a regir los derechos y deberes de los Estados naciones en su mutua interrelación, en un derecho global, supranacional y supraestatal, cuyos sujetos activos son primordialmente los individuos y cuyos sujetos pasivos resultan los Estados, justificándose así el “derecho a la injerencia humanitaria” en los órdenes jurídicos nacionales y el establecimiento de una especie de jurisdicción universal (expansión global del Poder Judicial).

El corolario de estos procesos, como bien señala Eric Chauvin<sup>46</sup>, resulta la disolución de lo nacional en lo universal, de lo local en lo global y de lo democrático en lo humanitario. Se plantea así un nuevo *Nómos* del planeta cuyo *centro de gravedad no resulta ya el derecho constitucional estatal sino el **derecho global humanitario***.

Hay, pues, una legitimidad supraconstitucional colocada por encima del mismo poder constituyente. Constituida, básicamente, a modo de derecho natural sustituto<sup>47</sup>, por el derecho cosmopolítico donde se vuelcan los valores del humanismo moderno.

45. Ver KANT, *La paz perpetua*, sección 2ª, tercer artículo definitivo de la paz perpetua.

46. CHAUVIN, Eric, *La disparition du pouvoir constituant*, N° 26, Paris, Crisis, febrero 2005, pág. 18 y sigs.

47. Es notable, al respecto, que este derecho natural sustituto, encarnado actualmente en varias corrientes del neo-constitucionalismo, expresado en principios, postulados, proclamación de valores absolutos e intangibles, se abstrae de los textos constitucionales positivos, de los tratados internacionales o, al extremo, de la “costumbre internacional” (doctrina de la mayoría de la CSJN *in re* “Arancibia Clavel”, p. ej.) como cánones inmanentes contenidos en el derecho positivo, conformándose así un

Estamos ante una constitución dogmática universal, sin Estado, en trabajosa construcción. Ella es, hoy, la máxima regla constitucionalizadora de cualquier poder constituyente. La constitución puede ser planetaria. El poder constituyente siempre estará localizado. Corresponde, en su más alto registro, a la expresión de la voluntad de un pueblo, con autoridad para tomar una decisión fundadora de conjunto sobre el modo y la forma de organizar su propia existencia política. Ocurre que la noción misma de “pueblo”, como concepto político, se nos ha escapado y nadie sabe bien dónde está. En nuestro tiempo, la democracia se encuentra oscilando entre dos extremos igualmente perversos: o su ficción representativa a través del “partido único de los políticos” que perpetúa sus privilegios y prebendas o su ficción populista, con un demagogo que se arroga la palabra del pueblo, por medio del apoyo de masas clientelísticas arrojadas a la miseria y mantenidas en ella, que solo pueden sobrevivir por planes asistenciales, reducidas servidumbres. Los trastornos unidos a ambas formas degeneradas de la vida democrática que, ante todo, reducen al ciudadano a dato estadístico o código fiscal y desconocen por igual la libertad de participación en la construcción política de la morada común, tienden a conducir a situaciones de excepcionalidad, guerra civil y conflicto social profundizado.

La noción del “pueblo” –confundido con la “sociedad civil”– como una pluralidad de partidos, grupos, asociaciones, ONGs, personalidades famosas, que influyen en la formación de opiniones, corrientes o sensibilidades ha terminado por pulverizar la noción del “pueblo” político, por ahora inhallable. En la teoría que hemos examinado aquí, el pueblo ejercita el poder constituyente como un soberano con un poder fundador, que crea la constitución. Es –o debiera ser– un soberano productivo, no un soberano represivo. Es un legislador fundador y no un gobernante absoluto. Ese acto soberano de creación está en tensión con el instrumento que crea y no queda determinado, sujeto o limitado por él. Simplemente, desaparece una vez creado el

---

híbrido que no entra claramente en la ideología del positivismo, pero tampoco alcanza la dimensión iusnaturalista. Ver al respecto GRASSO, Pietro Giuseppe, *El problema del constitucionalismo después del Estado Moderno*, Madrid, Marcial Pons, 2005, pág. 50.

poder constituido, hasta que una nueva excepcionalidad vuelva necesaria su reaparición. En la reaparición del “pueblo” o, más bien, de los “pueblos”, paralelo a la resurrección de la noción de poder constituyente en sentido fuerte en nuestra ecúmene latinoamericana, sobresale la reivindicación identitaria, muchas veces en sentido disgregante. La identidad es una de las reivindicaciones de nuestro tiempo que se yergue, válidamente, frente a la ola globalizadora y uniformizadora con que culminó la modernidad. Pero las identidades deben funcionar como “identificaciones” dentro de la noción política y abrazadora de “pueblo”. De otro modo se exagera la guerra intestina y se colocan los países al borde de la fragmentación.

Pese a todos los límites que desde los primeros desarrollos del constitucionalismo clásico se establecieron, un “pueblo” como sujeto político siempre podrá reivindicar la decisión constituyente de cómo organizarse. El gran problema es que el sujeto “pueblo” se nos ha extraviado y no logramos por ahora encontrarlo.

### **BREVES CONCLUSIONES**

- El poder constituyente originario, en sentido fuerte, fue, es y será irregular por esencia.
- El poder constituyente derivado o delegado, en sentido débil, es irregular por accidente, y predominan las irregularidades en sentido formal antes que en lo sustancial.
- El ocaso del poder constituyente en sentido fuerte, como concepto autónomo y como portador de una constelación simbólica, tiene su origen en el oscurecimiento de la noción jurídico-política de “pueblo”.
- En nuestra ecúmene hispanoamericana se intenta un renuevo del poder constituyente en sentido fuerte a través de asambleas constituyentes que establecen una relación directa, con mediaciones institucionales meramente simbólicas, entre la masa y el líder, que encarnaría en sí la representación absoluta del pueblo.

# LA REPRESENTACIÓN POLÍTICA

ORLANDO J. GALLO<sup>1</sup>

## I. LA REPRESENTACIÓN COMO FICCIÓN Y COMO REALIDAD

Hace ya algún tiempo Pier Luigi Zampetti, Profesor de la Universidad de Trieste, se preguntaba si el sistema representativo habría llegado a su ocaso: "Las instituciones representativas parecían haberse convertido en fórmulas abstractas, incapaces de insertarse en la realidad viva y concreta de la experiencia"<sup>2</sup>.

La inquietud del profesor italiano, más allá del acierto en sus propuestas de solución, se origina en la pérdida de prestigio de las llamadas instituciones representativas, la desconfianza respecto de las mismas y la creciente insatisfacción en los electores por la conducta de sus elegidos.

El estudio de los problemas suscitados puede ser realizado desde distintos ángulos: uno de ellos es si es posible una auténtica representación política del modo en que fuera modernamente concebida, o si se está solamente ante una trasposición indebida de una figura propia del derecho privado al ámbito del derecho público y el otro ángulo es el de la función que se le asigna al sistema representativo en el orden político.

*El término y sus significados:* Una forma elemental y simple de explicar la representación política es la de conformarse con el sencillo

1. Abogado, UBA. Doctor en Derecho, Universidad Complutense de Madrid (1965). Profesor Titular Ordinario de D. Constitucional, UCA. Director del Posgrado en Derecho Constitucional, UCA. Director del Centro de Derecho Constitucional.

2. ZAMPETTI, Pier Luigi, *Del Estado Liberal al Estado de Partidos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 1969, pág. 15 y sigs.

razonamiento, acorde con la doctrina en boga sobre el fundamento del poder. Esto es: al ganar modernamente terreno la concepción de la soberanía popular como legitimante del poder político, en los estados extensos de nuestros días no puede el pueblo gobernar en forma directa como ocurría en las polis griegas y, por lo tanto, elige sus representantes y éstos se encuentran legitimados por esa elección y obran por ese mandato.

Simple explicación esta, insuficiente para establecer en profundidad cómo puede el electo representar a varios o al todo, no teniendo esa multiplicidad de electores unidad de voluntad como para ser representados.

La representación está cargada de una evidencia inmediata: trata de solucionar una ausencia con una presencia. Para ello se sostiene que es el pueblo quien se representa a sí mismo en los órganos representativos y se presume, a la vez, que subsiste entre ambos, representantes y representados, una identidad en la voluntad.

Jorge Vanossi, en el comienzo de su estudio sobre la representación política, anota que el término representación es multívoco, pues se alude con el mismo a distintos significados<sup>3</sup>. En realidad la multivocidad del término responde a la analogía que es propia de la mayoría de los términos políticos. Esa característica del concepto es la que ha llevado a confundir a la representación propia de nuestro estudio con la del mandato en el derecho privado.

Con los términos análogos se expresan realidades que son distintas, aunque guardan entre ellas una cierta proporción. Así se dice por ej.: de un rostro que es "sano", de un clima "sano", de un alimento "sano" o que un remedio es "sano". Con ello se significa al rostro que denota la salud, el clima que la favorece, el alimento que la beneficia o el remedio que la restaura. En el caso de la palabra "representar" ocurre algo parecido: el actor teatral puede representar con fidelidad un personaje, el pintor puede representar en la tela la imagen que existe en su mente o en la realidad y el diputado, al pueblo en su totalidad o bien al sector que lo ha elegido.

3. VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El misterio de la representación política*, Buenos Aires, Ed. América Actual, 1972.

En todas estas situaciones lo que se hace es tornar presente a alguien que sustancialmente no está. Así: en el derecho civil, quien se encuentra ausente se hace representar por alguien de confianza que pueda sustituirlo; el hijo representa al padre prefallecido en la sucesión de algún ascendiente, o el incapaz es representado por su curador o tutor.

Pero en el caso de la representación política, la cuestión tiene sus bemoles, tanto en la historia, como en la teoría política actual. Por ello la justificación de estas reflexiones.

### *a. La representación clásica y la moderna*

Hoy en día, el tema en estudio se ha transformado en un concepto liminar en materia constitucional; configurando el principio representativo, junto a los de legalidad y control, el núcleo del modo de organización del gobierno del Estado moderno.

Fueron las tres grandes revoluciones modernas, la inglesa de 1688, la norteamericana de 1776 y, con mayor carga ideológica, la francesa de 1789, las que ubicaron el concepto de representación al tope de los fundamentos del Estado. La doctrina de la soberanía popular y su derivación en las formas operativas de organización democrática llevaron al estudio y a la formulación del principio representativo con una intensidad anteriormente desconocida.

Ello no implica que la idea representativa fuese desconocida por lo menos en Occidente desde el Medioevo, sino que en la modernidad adquiere caracteres esenciales para la justificación del gobierno, al punto tal que muchos estudiosos llegan a negar que las representaciones anteriores a la Modernidad tuviesen efectivamente ese carácter<sup>4</sup>.

En el pensamiento griego, difícilmente se lograría encontrar un concepto equivalente y un término correspondiente al de representación. Lo mismo ocurrió en la Roma antigua: cuando las ciudades itálicas incorporadas a la República solicitaron algún modo de interven-

4. Así la mayoría del constitucionalismo decimonónico inspirado en las teorías políticas del s. XVIII.

ción en el gobierno, ya que pagaban impuestos y prestaban servicio en la guerra, no se acudió a esta idea de representación. Lo que hizo Roma fue premiar a las ciudades más fieles con un derecho de ciudadanía ficticio, integrando a esas tribus como si fuesen pertenecientes a la ciudad<sup>5</sup>.

Los romanos desarrollaron la idea representativa en el derecho civil. Así en las herencias los descendientes ocupaban el lugar del ascendiente prefallecido, representándolo; lo mismo ocurría en la representación del ausente mediante el mandato. Pero esta idea aplicada en el derecho civil no la encontramos en el orden político.

Con un sentido distinto, aunque con alguna significación análoga, existió en la veneración política como reflejo del culto religioso. Cuando las personas que vivían en lugares lejanos no podían venerar al César, se representaba su figura distante reproduciendo una imagen visible del personaje, para adorarlo o venerarlo como si estuviese presente.

Otro sentido distinto de representación lo encontramos en la Epístola de San Pablo a los Romanos, en la que parece darse inicio al concepto de Iglesia como cuerpo místico de Cristo, idea que transcurre durante toda la tradición de la Iglesia y que se encuentra cristalizada en la Encíclica "Unam Sanctam", de Bonifacio VIII (año 1302) y reafirmada varios siglos más tarde por Pío XII, en "Mystici Corporis Christi" (año 1943).

En realidad no es este concepto de raigambre teológica asimilable a la delegación de voluntad, como el que referíamos con anterioridad, sino que indica la personificación de la vida colectiva. Así como Cristo al asumir el pecado de Adán toma en su persona todos los pecados de la humanidad y los redime con su sacrificio; la Iglesia asume como cuerpo místico la unidad de todos los fieles.

Excede el límite de este trabajo el análisis siquiera sucinto de las fuentes teológicas y su proyección sobre la organización política, pero su enorme relevancia se destaca en textos que distan más de un siglo entre sí como el "Defensor Pacis", de Marsilio de Padua; el "De Con-

5. HOMO, León, *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al Imperio*, México, Ed. UTEHA, 1958, pág. 30 y sigs.

cordantia Cathólica”, de Nicolás de Cusa y la idea de la *Universitas Christiana* en el pensamiento de Dante Alighieri<sup>6</sup>.

De cualquier manera esta idea de Cuerpo Místico en la teología tiene la característica de prefigurar lo que fue después, aunque con otro sentido, la idea representativa en el liberalismo. Así como el conjunto de los creyentes con la autoridad del Papa configuran la unidad eclesial, los racionalistas encuentran la unidad del pueblo en la persona del representante

En la Edad Media se utilizó ese concepto con un sentido sustitutivo: las órdenes religiosas se reunían en sus capítulos con representantes de comunidades lejanas para deliberar sobre su gobierno.

En el orden político medieval las Asambleas se hacían con representantes de los distintos estamentos, aunque esa representación funcionaba de otra manera. Era una representación de intereses concretos de los estamentos ante el señor, lo que suponía un mandato imperativo explícito o implícito.

Modernamente se modifica esta teoría de la representación, con otra formulación: el representante lo es de toda la sociedad en su conjunto, no del elector o del lugar por el que es elegido. Basados en este criterio los modernos niegan como auténtica la posibilidad política de representación de intereses y de sectores sociales<sup>7</sup>.

En la tradición jurídica anterior a la Revolución Francesa, la representación tenía semejanza con la del mandato privado; un mandato imperativo, en el que el mandatario debía ceñirse a las instrucciones recibidas.

Con posterioridad y conforme a la doctrina propiciada por Sieyès, los diputados pasan a representar a toda la Nación y no solo a quienes los designaron. Son representantes muy singulares, que en lugar de cumplir la voluntad de quienes representan, engendran otra voluntad (la de la nación) actuando, para ello, libremente.

6. Vide: ACCARINO, Bruno, *Representación. Léxico de política*, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 2003, pág. 25 y sigs.

7. Vide: AYUSO, Miguel, “La representación política en la edad contemporánea”, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, Año I, 1995, págs. 85/110. Allí se efectúa un prolijo análisis de su evolución.

### *b. La moderna concepción representativa*

Los doctrinarios del siglo XVIII impulsan la nueva visión por la que el diputado no representa ya a sus electores, sino a la “voluntad general” de la nación entera, apartada y superior a la pluralidad de intereses individuales o sectoriales. Es el representante quien expresa la voluntad de la nación toda, y no la de los grupos concretos que condujeron a su elección.

En la teoría que engendró este tipo de mandato la función del representante es la de engendrar y expresar la voluntad de la nación toda. Se transforma por medio de la representación en unidad lo que es una diversidad.

Con rigor lógico, tal voluntad nacional no existe sino a partir del momento en que su representante la crea. La representación es creadora de la voluntad nacional. Del caos de la diversidad y los intereses contrapuestos, el representante es el demiurgo creador de una voluntad nacional unificada y unificadora.

La esencia de la representación política pasa a consistir fundamentalmente en dar presencia a un ser que, al no poder tener presencia en acto, tampoco lo tendría en potencia. Es un imposible lógico, por cuanto el representado no puede transferir lo que no puede poseer. Lo que es imposible tener en acto tampoco se tiene en potencia.

Esta idea se encuentra basada en la concepción del hombre y de la sociedad originada en el pensamiento nominalista. Ese pensamiento niega la sociabilidad natural del hombre. Ese hombre ingresa a la sociedad por su conveniencia, y para satisfacer su egoísmo. Hace su entrada a la sociedad individualmente adhiriendo al contrato como un paria. No ingresa progresivamente a través de la familia, de su grupo humano, territorial, de su trabajo, todos estratos intermedios a los cuales siempre de alguna manera se encuentra ligado.

Ese hombre, en un sentido esencial, no se encuentra ligado a ninguna cosa más que a sí mismo. La sociedad tampoco existe para el nominalismo, es una serie de relaciones que no tienen sustancia real. Cada hombre es un ser aislado y la sociedad es una ligazón de sucesivos contratos rescindibles que efectúan los hombres entre sí.

En realidad lo que ocurre en esta moderna concepción de la representación es que el “representante” no es quien invoca una volun-

tad, sino quien crea dicha voluntad, la que no existía con anterioridad, un representante sin representado; lo que nos lleva a afirmar que la representación moderna es, como dijera Bidart Campos, una ficción que se utiliza para justificar una concepción política pero que, como representación, es falsa. Para dicho autor la idea representativa es un artificio para hacer posible la invocación de que es el pueblo quien gobierna<sup>8</sup>.

También Kelsen sostuvo que la representación es pura ficción, aunque en las últimas ediciones de su obra atemperara un poco este criterio, sin desdecirse del mismo<sup>9</sup>.

Es que desde una perspectiva nominalista ello es lógico; si no se tiene por verdadera la existencia social, tampoco la misma puede ser representada. Francisco Javier Conde la plantea como una realidad deficiente, una realidad simplemente incoada, más bien de una posibilidad que de una realidad<sup>10</sup>.

Para García Pelayo es un concepto jurídico político totalmente distinto del concepto civil que nos viene del derecho privado, estableciendo una serie de distinciones entre uno y otro, pero que su justificación se encuentra “[...] en unas creencias situadas más allá del orden jurídico positivo y en virtud de las cuales éste cobra validez”<sup>11</sup>.

Múltiples autores han ensayado distintos razonamientos para explicar este arbitrio de la representación. Hauriou se refiere al representante como un agente de la conveniencia de aquellos que representa y, a la vez, necesario para la organización del Estado. Asimila el proceso de intervención del ciudadano en el sistema representativo a través de las elecciones, y las deliberaciones de las asambleas de los elegidos, con la liturgia. “Del mismo modo que las asambleas religiosas produ-

8. BIDART CAMPOS, Germán J., *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*, Buenos Aires, Ed. AbeledoPerrot, 1960, pág. 59.

9. KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y el Estado*, 2ª ed., México, UNAM, 1958.

10. CONDE, Francisco Javier, “La representación política”, en *Escritos y fragmentos políticos*, T. I, Madrid, Ed. Revista de Estudios Políticos, 1974, pág. 428 y sigs.

11. GARCÍA PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, Ed. Revista de Occidente, 1964, págs. 174/75.

cen efectos sacramentales, las ceremonias oficiales de culto del Estado producen efectos jurídicos"<sup>12</sup>.

Biscaretti di Ruffia apunta que la representación que se efectúa es la integral y genérica de todos los intereses políticos de la comunidad popular. En realidad se estarían representando intereses que el representante interpreta, pero que no le son transmitidos por el representado<sup>13</sup>.

Giovanni Sartori refiere que la sola elección no es suficiente para la representación pues para su existencia es necesario un condimento que podríamos llamar psicológico, que se manifiesta cuando el representante se siente representante y el representado, a su vez, se siente representado. Esta confianza es lo que hace posible que los representantes decidan problemas sobre los cuales los representados no tienen ninguna idea ni concepto previo. Claro está que tales ideas y conceptos previos de alguna manera les vienen insertos en el partido político de su preferencia, que es quien le propone el futuro representante. En esta relación de confianza se hace imprescindible introducir un nuevo actor mediador: el partido político, al punto tal que de la misma manera que no habría elección sin representación tampoco sin partido político habría estrictamente elecciones<sup>14</sup>.

En definitiva, si en el representado no puede existir unidad previa a la existencia del representante, la representación es una ficción. A lo sumo, conforme algunas explicaciones anteriormente referidas, puede ser conveniente para justificar ciertas concepciones políticas, pero en tanto que ficción, resulta riesgosa.

Así, por ejemplo, muchos autores coinciden en asociar la idea de representación con la de participación, por cuanto en la elección de aquel que elige al representante existe una intervención que hace presumir vocación política, pero ello implica desviar la explicación de la realidad de la representación. Si seguimos con el análisis de este criterio de explicación, de inmediato tenemos que estudiar el modo en que

12. HAURIUO, Maurice, *Derecho público y constitucional*, Madrid, Ed. Reus, pág. 226.

13. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo, *Derecho constitucional*, Madrid, Ed. Tecnos, 1973, pág. 299.

14. SARTORI, Giovanni, *Teoría de la democracia*, T. I, Cap. V, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

se realiza la elección y caemos en el análisis del acierto o desacierto del sistema electoral utilizado.

Esto nos pone de manifiesto que a medida que se avanza en el análisis para sostener la ficción de la representación, es necesario acudir a una complejidad de elementos. El primero de ellos es quiénes participan, el segundo es el instrumento a través del cual participan y el tercero es la importancia numérica relativa de cada voto (sistema electoral) y en última instancia la fidelidad del representante hacia las directivas del grupo político que lo ha propuesto, lo cual ya nos lleva a otro problema, cual es en qué medida el mandato recibido por el representante es imperativo o es libre<sup>15</sup>.

Vanossi, tratando de darle una mayor apariencia de realidad, efectúa una manifestación de fe republicana sobre el sistema, llamando así a su investigación sobre el particular: "El misterio de la representación política". Es bastante acertado dicho título, porque la subsistencia durante más de dos siglos de una concepción sin realidad científica, pero que ha sustentado durante ese tiempo tantos sistemas de gobierno, constituye una situación inexplicable y atrayente a la vez<sup>16</sup>.

### *c. Otras derivaciones de la representación política*

Cuando tomó vigor la concepción de la soberanía popular, todos los sectores políticos intentaron apropiarse del vocablo, adaptando su contenido, en desmedro de su adversario; así lo liberales niegan que el fenómeno de la representación haya realmente existido en su sentido sustancial antes del liberalismo y tachan de falsa la representación que existía en las cortes medievales; más tarde los bolcheviques consideraron que la única representación real era la del pueblo trabajador y explotado. El fascismo sostuvo que la representación real era la corporativa que reflejaba la multiplicidad de intereses existentes en la sociedad. Hoy se habla de democracia plebiscitaria o delegativa.

15. Vide DANA MONTAÑO, Salvador, *La representación política y sus garantías*, Buenos Aires, Ed. Víctor de Zavalía, 1971.

16. Ob. cit. nota 3.

La disputa encuentra obviamente origen en la concepción filosófica que orienta cada concepción del Estado y se traslada al modo de integrar su poder y de atender a la felicidad de sus integrantes. Así los defensores de la monarquía rechazaban las concepciones que aparecieron en el siglo XVIII por cuanto comprendían perfectamente que la representación concebida por estos pensadores entrañaba la caída de la monarquía.

La aplicación del sistema representativo halla su cenit en el órgano legislativo. El diputado elegido por una porción de personas se transforma en un representante de todo el pueblo y no en el de quienes lo eligieron. La consecuencia que emana de ese concepto de pueblo como totalidad hace a los constitucionalistas modernos calificar como no representativo el antiguo sistema de la medievalidad, pues el pueblo entero es quien debe estar representado y el simple representante de los estamentos o sectores sociales es un representante insuficiente y no puede con sus actos decidir el destino de todo el pueblo, aún cuando los estamentos representados fuesen varios. Esta concepción lleva a la consideración de que las instituciones medievales son solo “pre-representativas”, relevantes solo en cuanto contienen en germen el régimen del sistema representativo<sup>17</sup>.

La verdadera representación se identifica así con la representación parlamentaria; es en el parlamento donde están pluralmente elegidos los representantes de todo el pueblo; es, además, el principal de los órganos de gobierno de acuerdo con la concepción de la soberanía popular. Es decir, los parlamentarios están elegidos por todo el pueblo en su diversidad pero, elegidos, muestran la unidad del pueblo en toda su entereza; son quienes dan, a la vez, existencia política a la unidad que invocan. La representación es el medio mediante el cual el pueblo, habiendo adquirido unidad, manda sobre el pueblo como pluralidad<sup>18</sup>.

Obviamente toda esta cuestión arranca de la gnoseología nominalista: si conforme a ella no se pueden conocer las esencias y a lo que accedemos en nuestro conocimiento son solo a criterios provisorios

17. CONDE, Francisco Javier, ob. cit. nota 10, pág. 428.

18. CONDE, Francisco, ob. cit., nota 10, pág. 439.

que damos a lo que conocemos por nuestros sentidos, no podemos acceder a la verdad sino tan solo a conocimientos circunstanciales, a los que se llega mediante el diálogo o cambio de opiniones. Es éste el supuesto en que se basa todo el criterio inicial del racionalismo, aunque a veces no se formula explícitamente. Consiste en que la razón de las cosas se encuentra latente en sus titulares y de la libre pugna de las razones individuales emergería la razón universal, es decir, la verdad circunstancial y circunstanciada.

Por una virtud preestablecida, la concurrencia de opiniones conducía inexorablemente a tal circunstancial verdad. En virtud de esa armonía preestablecida emerge la razón universal, algo así como la mano invisible que pensara Adam Smith en el ámbito de la economía.

A esa verdad se le da forma de ley, y como es otorgada por el pueblo, le conduce a la felicidad, ya que no puede concebirse que el pueblo construya lo que le dañe; es él quien establece y garantiza sus derechos. La ley será así expresión de la razón universal.

Toda esta concepción llega con su fortaleza hasta nuestros días, resultando de alguna manera la simbiosis entre el pensamiento racionalista compatibilizado con el de Rousseau y formulado de modo práctico por Sieyès; porque si bien para Rousseau la voluntad general no podía transmitirse ni representarse, sí podía transmitirse el poder; de modo que ese poder transmitido podía mediante la discusión de sus representantes llegar a la formulación de la voluntad general interpretada como actualización de la razón universal<sup>19</sup>. La representación hace posible la unidad de una comunidad concreta y a su vez engendra la verdad existencial a la que normativiza jurídicamente.

Por ello cuando entra en crisis el Estado de Derecho liberal entra también en cuestionamiento todo el sistema representativo. En ciertos movimientos sociales contemporáneos, como los que inspiraron los totalitarismos de mediados del siglo XX, no se renegó de la representación, sino que se buscaron otros fundamentos. Por ejemplo, el representante como encarnación del sentir de la sociedad. Ya el representante no es la ratio que en conjunto accede a la verdad política, sino que es la encarnación y la expresión del espíritu del pueblo. Desaparece la

19. CONDE, Franciso, ob. cit., nota 8, pág. 431.

ratio del horizonte para tener su lugar la irracionalidad del sentimiento. Es el espíritu vital de la sociedad el que se expresa.

En sustancia la representación política consiste en dar presencia a algo que en sí mismo carece de presencia y se le da una fundamentación distinta según las circunstancias. Sociológicamente cuando las aspiraciones de una sociedad tienen como base solo la racionalidad, como el caso de la democracia liberal donde la razón universal es obtenida mediante el sufragio, su fundamento se encuentra en las mayorías; cuando se basa en las tradiciones, la historia y las costumbres, el fundamento se encontrará en el respeto y la continuación de esa tradición, como ocurre en el caso de las monarquías. En cambio, en los momentos revolucionarios o de grandes crisis, se recurre a las características salvíficas de quien sortea los obstáculos que condujeron a ella, la obediencia será también irracional y ese será el modo en que se asuma la representación.

#### *d. El eventual valor de la ficción representativa*

En definitiva el concepto representativo en el ámbito político es una ficción, ficción que ha servido durante dos siglos para justificar la soberanía del pueblo y el gobierno del pueblo.

No ha sido poca cosa, justo es decirlo, pero la primera es una proposición fundamentalmente ideológica para justificar un momento revolucionario, y la segunda solo es posible sostenerla mediante la ficción aquí analizada<sup>20</sup>.

El derecho se encuentra lleno de ficciones, esas ficciones son justificadas y encomiadas desde tiempos lejanos, pero todas ellas apuntan a proteger intereses rodeados por un halo de justicia. Así el “nasciturus” se considera persona como si hubiese nacido, y la ley le reconoce representación cuando tuviere bienes a adquirir por donación o herencia (Art. 63 y sigs., CC). El heredero se considera continuador de la persona del causante a los fines de adquirir sus derechos y responder por sus obligaciones (Art. 3279 y sigs. del CC). La ley se presume co-

20. Ver en este sentido BIDART CAMPOS, Germán, ob. cit. en nota 8, pág. 59 y sigs.

nocida por todos y la ignorancia de la ley no sirve a nadie de excusa para liberarse de su responsabilidad (Art. 29, CC).

Todos estos casos y muchos más son notorias ficciones aceptadas por el derecho, pero todos ellos parten de una realidad y se encuentran establecidos para aportar una ventaja o beneficio justo. Se da por nacido al que existe, pero aún no nació, a los fines de que no pierda sus derechos; no se da por nacido al que aún no ha sido concebido y, por consecuencia, no existe. En el caso de la herencia, para que el heredero se haga cargo de las deudas del causante, por lo menos hasta el monto de lo que recibe. Y en el caso de la ignorancia del derecho se protege la buena fe y el orden social.

En ninguno de los casos protegidos por el derecho la ficción se sostiene con un criterio meramente dogmático, sino para proteger un interés basado en una sustancia real y para sustentar un criterio de justicia.

En cambio, la ficción de representación surge de un dogma inverificable, el de la soberanía popular, y para sostener que es el pueblo quien gobierna a través de su representación o de la nación representada en su totalidad por cada diputado.

Como veremos seguidamente ello no solo se justifica por un criterio dogmático, sino que tampoco ha dado como fruto el mantenimiento del orden social o servido como elemento para frenar los excesos del poder del Estado, como trataremos de demostrar seguidamente.

## II. LA REPRESENTACIÓN EN LA DINÁMICA GUBERNATIVA

El profesor brasileño, Galvao de Sousa, en un destacable estudio distingue los significados y las funciones que suele tener la representación en el ámbito de la dinámica gubernativa, operando ella de modo muy diferente<sup>21</sup>.

A) *El poder como representante de la sociedad.* Una sociedad políticamente organizada está representada por quien ejerce el poder. Quien dice

21. GALVAO DE SOUSA, José Pedro, "La representación política", *Colección Prudentia Iuris*, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, Ed. Marcial Pons, 2011, pág. 37 y sigs.

sociedad, dice autoridad. Es la autoridad quien expresa el principio de unidad social y, en consecuencia, quien representa a la sociedad.

Ello ocurre en todas las sociedades, también en las que están fuera de la esfera del derecho público. Así representa el padre a su familia; el director o gerente de una sociedad, la representa; el presidente, monarca o primer ministro representa a la sociedad que dirige. Esos dirigentes actúan por la sociedad y la representan, los actos que ellos efectúan en nombre de ella no se le imputan a esas personas, sino a quienes son representados. El gobernante obliga a la sociedad entera o al ente que representa y sus actos obligan a dicho ente. Es que el poder es elemento indispensable de la sociedad política, sin poder la sociedad se disgregaría y ese mismo poder que le da unidad, la representa a través de quien lo ostenta.

B) *La representación de la sociedad ante el poder.* La representación de la sociedad ante el poder es la que establece la relación entre la sociedad y el poder; entre los gobernantes y los gobernados.

Así como el poder representa a la sociedad, la sociedad se representa ante el poder. El poder político significa unidad y la sociedad significa diversidad; diversidad de grupos, de funciones, de intereses, de necesidades, de aspiraciones.

Mediante esta representación el poder toma conocimiento de las necesidades, aspiraciones y reivindicaciones de sus miembros.

Existe una dicotomía entre gobernante y gobernados. Siendo ello así el gobernante, quien ejerce el poder, debe tener presente las necesidades de quienes integran la sociedad que el mismo representa. Aparece claramente aquí otro tipo de representación: la del que hace presente las necesidades de la sociedad ante quien la gobierna y representa a la sociedad.

Son éstos dos tipos diferentes de representación. En un caso la sociedad es representada globalmente como cuerpo político, en el segundo la sociedad se representa ante el gobernante poniendo de manifiesto la diversidad de sus necesidades.

C) *La representación en el poder.* Un tercer modo de representación es la representación de la sociedad en el poder. Es el caso del denominado gobierno representativo de la sociedad moderna y con el diseño na-

cido en el siglo XVIII. En él se toma la sociedad como una suma de individuos y si bien los representantes se fundan sobre la base de la elección, el poder no responde a sus anónimos representados sino a la nación en su totalidad, como acabamos de analizar.

El racionalismo dieciochesco no distinguió estos distintos tipos de representación o bien los dejó de lado. Es que el racionalismo iluminista tenía como integrante de la sociedad no al hombre real, sino a un ciudadano ideal. Aquél que estaba preocupado por el bien público y que lo prefería a su bien individual. Es tal individuo quien expresa con su voluntad el bien social, independiente de cualquier otro interés subjetivo, y cuya voluntad se aliena en la nación quedando de lado su interés personal. Impecablemente lo explica Burdeau en su ensayo sobre la democracia<sup>22</sup>.

El maridaje entre las concepciones de Rousseau sobre la voluntad general y la soberanía popular y la concepción de Sieyés sobre la representación de la voluntad nacional que el ciudadano integra hizo aparecer en el Estado moderno este tipo de representación; la representación del pueblo no ya ante el poder, sino en el poder. Es el pueblo quien gobierna a través de sus representantes.

La idea de asociar elementos componentes de la sociedad política para que participen de algún modo en el gobierno es muy antigua; en los reinos medievales el pueblo participaba; pero sus representaciones eran tan solo para hacerse oír o bien para dar el "exequator" a ciertas decisiones que le afectaban gravemente (el caso de las cargas impositivas). El representante lo era de los sectores o intereses que lo elegían y expresaba su voluntad a través del cumplimiento del mandato imperativo que le otorgaba su sector o estamento. La representación tradicional era la representación ante el poder.

En cambio, en la moderna concepción surgida a través de los doctrinarios del siglo XVIII, el diputado no representa a los electores, sino que representa a la nación entera. La función del representante no es expresar su propia voluntad ni la del grupo que contribuyó a su elección sino engendrar la voluntad de la nación o del pueblo todo.

22. BURDEAU, Georges, *La democracia. Ensayo sobre su historia y doctrina*, Barcelona, Ed. Ariel, 1960, Cap. III. El poder del pueblo, pág. 39 y sigs.

Esta concepción, al suponer a la nación como una e indivisible, susceptible de ser representada por quienes engendran su voluntad, excluye naturalmente a la pluralidad social. ¿Cuál será entonces el modo en que el individuo aislado, ese integrante multitudinario y anónimo de la sociedad, elija a quien engendrará la voluntad nacional? En un principio lo hizo a través de su estamento, sector o grupo territorial al que pertenecía; pero al irse disolviendo los estamentos y masificando la sociedad, se crearon paulatinamente agrupaciones que nuclearon a los electores conforme las orientaciones de su pensamiento. La representación termina implementándose contemporáneamente a través de los partidos políticos.

Cabe aclarar que los partidos políticos responden a una inclinación natural de la persona humana. El hombre se agrupa con sus semejantes por sus gustos, sus tendencias, sus aspiraciones, sus necesidades, etc. Pero esa originaria inclinación en la dinámica de la sociedad moderna produjo una metamorfosis a través de la cual, por un lado, los partidos se consolidan con su propia burocracia, cuadros estables y como modo de subsistencia de profesionales de la política y por el otro, los partidos monopolizan el modo de acceso a las candidaturas y al poder.

Se ha llegado así al estado de partidos en el cual la libertad del representante se ve restringida por la orden o directiva de la burocracia política del partido, volviéndose por otro camino al mandato imperativo.

El representante, teóricamente de toda la nación, pasa a serlo del partido que lo eligió, al cual le debe fidelidad y el que podría llegar a reclamarle el cargo que ocupa, y hasta excluirlo de la representación que ejerce.

Pero ello tiene otro riesgo. Toda la teoría constitucional moderna tiene como fundamento el resguardo y la defensa de la libertad, lo que se resume en el Artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano<sup>23</sup>.

23. Art. 16: "Toda sociedad que carece de una constitución escrita que consagre los derechos individuales y la división de poderes, carece de constitución" (traducción del autor).

El modo más claro de defensa implementado ha sido la división de Poderes y su sistema de frenos y contrapesos. Dentro de la división, el Poder Legislativo tiene como funciones hacer la ley y controlar al ejecutivo. El Congreso o Parlamento es el directo representante de la soberanía popular.

En el sistema parlamentario el jefe de gabinete es el líder de la mayoría parlamentaria, en el sistema presidencialista generalmente también lo es. En definitiva está en riesgo el control. Habrá control político por la cultura cívica de sustancia republicana del representante que ostenta la diputación, no por el sistema, el que, por el contrario, favorece la ausencia de control.

La otra tarea de la representación popular es la de gobierno a través de la sanción de la ley, pero en esta tarea se da la misma situación que con el control parlamentario. Los jefes partidarios se encuentran en el Ejecutivo y prácticamente la totalidad de las leyes tienen origen en él, sea en forma directa o indirecta. Los representantes del pueblo obedecen las directivas partidarias y las aprueban o desaprueban conforme al número que tenga su bloque político.

Ello explica la progresiva decadencia de los parlamentos en el tránsito ocurrido desde el Estado Liberal al Estado de Partidos. Ya las discusiones parlamentarias dejan de tener brillantez e importancia por cuanto han perdido su objeto de convencer a los otros representantes. Las decisiones son tomadas fuera del recinto por parte de los jefes partidarios de las distintas agrupaciones.

El diputado ya no decide por sí, estando sujeto a las directivas partidarias. En esta vuelta al mandato imperativo, el diputado puede llegar a ser expulsado en caso de desobediencia a la instrucción partidaria, si el sistema constitucional lo permite.

Cuando la nota ideológica es fuerte, la política se torna agresiva y aquel noble desprendimiento de los intereses personales a favor de los intereses nacionales que imaginaron aquellos que racionalmente crearon el sistema, se transforma a menudo en una cruda lucha por el poder de los partidos transformados en clientelas presididas por sus caciques que dominan el aparato partidario.

Naturalmente la misma situación se dio en las organizaciones políticas que sirven de canal entre el pueblo y el gobierno. Los partidos políticos ya no tienen la jerarquía ni tampoco sus dirigentes tienen

la excelencia de los de antaño. Una de las causas ha sido la masificación de la sociedad. La masa, como explicara Ortega y Gasset, no implica necesariamente cantidad, sino fundamentalmente pérdida de calidad<sup>24</sup>.

El hombre contemporáneo se encuentra progresivamente desarraigado del territorio ancestral que le ha dado nacimiento, del grupo al que pertenece, de los vínculos culturales con sus antepasados y sus contemporáneos. El hombre masa es más fácilmente captado por los eslóganes que por las ideas, cuya complejidad le aburre y cansa.

Basta ver en nuestra vida política cuáles son los grandes eslóganes propuestos por candidatos políticos de indudable atracción personal: “Otro país es posible”; “Sígueme, que no los voy a defraudar”; “Ella o vos, estamos con vos”; “Recuperemos la Ciudad”; etc.

El hombre masa no necesita complejos programas políticos, le bastan frases de las cuales intuye su bienestar a través de la atracción que le causa el eslogan.

En definitiva el partido político también progresivamente se ve invadido por el que sabe “vender” su imagen o sabe entrar en la mente del hombre masa a través de los medios de comunicación que le sirven de instrumento. Pueblo progresivamente amorfo y masificado; dirigentes políticos con mayor habilidad para el discurso que capacidad para el desarrollo de programas estratégicos, han transformado a la política en un campo de batalla donde lo importante es promover sus candidatos, cada vez más una “imagen” o ícono del mismo, que la persona real de que se trate, y, correlativamente, dificultar la tarea del opositor o dificultar su acceso al poder.

Esto ha fortalecido la necesidad de obediencia del representante del partido político en las esferas de gobierno; el mandato imperativo parece más ostensible que nunca. Aquel ciudadano que imaginaran los pensadores del siglo XVIII se ha ido masificando y los partidos políticos han perdido su impronta ideológica y sus dirigentes calidad política. La política se fue transformando en una nuda lucha por el poder y los partidos políticos en herramientas cuya posesión no es

24. Vide ORTEGA Y GASSET, *La rebelión de las masas*, EE.VV, passim.

negociable y es dominada férreamente por un grupo reducido de personas que deciden su acción y sus candidaturas<sup>25</sup>.

Los representantes de quienes ejercen el poder no representan a la nación toda como imaginaron los ideólogos que los concibieron, tampoco a quienes los eligieron ni a los factores reales de la sociedad, lo que crea un divorcio entre ellos, los partidos políticos y los representantes elegidos a través del sistema.

Ello ha traído como consecuencia una paulatina inautenticidad en la vida institucional. En definitiva, la ficción representativa no ha resultado útil a la forma republicana.

### III. UNA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA SIN PUEBLO

En la elaboración doctrinal formulada hacia fines del siglo XVIII el pueblo no elige representantes junto al gobierno. Elige representantes que deben gobernar.

El cambio que se produce a partir del siglo XVIII estuvo imperado también por razones históricas. Al irse consolidando la modernidad, las monarquías devinieron absolutas; se inició la violenta centralización caracterizadora del Estado moderno y las instituciones representativas sufren un desmedro. Vemos así que cuando se produce la explosión revolucionaria de 1789, los Estados Generales no habían sido convocados desde 1614. Más de ciento setenta años sin convocar a los representantes ante el poder.

Se había eclipsado la representación ante el poder en casi todas partes al establecerse las monarquías absolutas. Ellas no admitían la representación como aprobación y control de sus actos. La reacción que tomó la Asamblea General Francesa luego de convocada fue que, desde ese momento en adelante, los diputados dejen los "cahiers", representen a la nación entera y gobiernen junto al monarca.

25. Vide MICHELS, Robert, *Los partidos políticos. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas en la democracia moderna*, T. II, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1979, pág. 153 y sigs.

Ese fue el principio de la instalación de la representación en el gobierno y no ante el gobierno, que origina la inquietud y pérdida de prestigio de la representación y de los gobiernos de los que hablábamos al principio.

Sin embargo, en Inglaterra, la representación ante el poder subsistió de alguna manera y mediante lentas transformaciones se fue formando el sistema representativo con el carácter actual.

Inglaterra superó el absolutismo monárquico de un modo distinto al ocurrido en Francia. Tal es así que al mismo tiempo que Luis XVI convocaba a los Estados Generales que estaban en receso desde hacía más de ciento setenta años, las dos Cámaras del Parlamento inglés se reunían a deliberar, teniendo asegurada su preponderancia política desde 1688, luego de la llamada Gloriosa Revolución. En Inglaterra la nobleza feudal y la clase media se habían unido frente al poder real. El resultado fue una progresiva limitación de ese poder que fueron restringiendo poco a poco.

En cambio, en Francia, el monarca había estado cada vez más libre de limitaciones, imponiéndose a los señores locales que ya no podían poner frenos a su poder.

En el continente europeo las monarquías entraban en la era del absolutismo y las instituciones representativas se ahogaban en la isla. Éstas se iban vigorizando en transición hacia el régimen representativo. Todo ello contribuyó a dar al sistema británico un gran prestigio, el que alimentado por los escritores franceses que se inspiraron en él, hizo que Inglaterra fuese para el derecho público constitucional lo que Roma fue para el derecho civil.

Más tarde, cuando en Inglaterra se sustituye el mandato imperativo por el representativo, los representantes fueron elegidos por los burgos que, en definitiva, estaban formados por distintos sectores sociales, de modo tal que la idea de representar a la nación entera no se encontraba en la raíz de su elección, sino que eran electos y pertenecían a un determinado sector y estamento social respecto del cual se sentían tributarios.

En Inglaterra, cuna del constitucionalismo moderno, quien en realidad legisla no es el Parlamento, sino el gabinete. Ciertamente es que el gabinete es un reflejo del Parlamento, pero por su dinamismo y carácter no es el Parlamento. El Parlamento aprueba o rechaza, sugiere

o modifica, pero no legisla. El sistema de gobierno inglés nos muestra una dicotomía entre el Gabinete gobernante y el Parlamento representante de las necesidades de la diversidad de la población.

En cambio, el fundamento de la representación devenido de las ideas dieciochescas consagradas por la Revolución Francesa, y cuya impronta se siguió en los Estados no anglosajones, se ciñó con mayor rigor a las ideas “rationales” de la enciclopedia y la ilustración y, en consecuencia, se prescindió de la situación real del ciudadano elector. Al cabo del tiempo, el representante terminó reconociendo únicamente fidelidad al jefe del grupo al que le debe su inclusión en la lista para su elección. Recibe un mandato imperativo de ese grupo, pero no representa al pueblo que lo eligió.

En Argentina hemos visto desde hace algunos años diputados y senadores que votan decisiones legislativas que son claramente contrarias a los intereses de la región o la provincia que los elige. Legisladores que no pueden exhibirse públicamente en los lugares de donde son originarios.

En cuanto al procedimiento legislativo hemos conocido la práctica de las llamadas “leyes exprés”, que son sancionadas de modo relampagueante y casi sin discusión. Se ha utilizado para ello la prepotencia del número de legisladores que responden a un mandato imperativo de quienes manejan las listas de su inclusión.

El sistema representativo con los caracteres ideados por los hombres del siglo XVIII como garantía de buen gobierno y libertad, no solo en Argentina, sino en la mayoría de los países de régimen democrático, está llevando a un deterioro del prestigio de los cuerpos deliberativos y de la actividad política en general.

Es que aquella idea del ciudadano apartado de su realidad, considerado aisladamente del grupo, actividad o sector social al que pertenece, que ha inspirado al actual régimen representativo, ha resultado insuficiente para la autenticidad de la representación.

El pueblo que se invoca no está en realidad representado. Es una democracia sin pueblo.



# LA CONFORMACIÓN DE UN ESTADO UNITARIO

ROBERTO A. PUNTE<sup>1</sup>

## I. ORIGEN DUAL DE NUESTRA UNIÓN FEDERAL

La progresiva centralización y consiguiente constitución en nuestro país de un Estado unitario, aparece en primer término por desconstitucionalización progresiva, consistente en el vaciamiento de la forma “federal” o, si se quiere, de la “unión federativa” de nuestra Constitución, y su reemplazo por el unicato, o sea, el triunfo del mando unitario y centralizado.

Nuestra configuración estadual se fundó sobre una tradición bifronte, como bien advirtió Alberdi en los capítulos XVII a XX de *Las Bases*, al reseñar los precedentes en uno u otro de dichos sentidos, así como los luctuosos enfrentamientos y guerras civiles en que ninguno había podido primar en forma definitiva sobre el otro, concluyendo que no era posible ni un régimen unitario ni uno federal puros, y de ahí su fórmula mixta de unión federativa, como solución para el intrínquilis que planteaban las tradiciones encontradas de unidad y de localismo, con miras a un futuro de grandeza por construir.

Cabe repasar su reseña de los antecedentes unitarios coloniales, o sea, un solo territorio, con unidad de origen, costumbres e idioma, creencias y culto; sistema financiero y de gastos públicos centralizado;

1. Profesor en la Especialización en Derecho Constitucional. Posgrado, UCA. Ex Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional (1983/2009), Fac. de Derecho, UCA.

una legislación, civil, comercial y penal común; unidad administrativa, militar y judicial, todo dentro de una forma política única configurando un solo Estado, cuya capital era Buenos Aires. Durante los años de la emancipación coincidieron las creencias políticas, los principios republicanos, los sacrificios en la guerra y, luego de la independencia, los repetidos pactos de unión general donde el pueblo argentino *aparece fundido en un solo pueblo*, con sucesivos gobiernos generales, unidad diplomática externa o internacional y en los colores simbólicos de la República, en sus armas y escudo, la palabra “argentina” y “la unidad implícita, intuitiva que se revela cada vez que se dice sin pensarlo ‘República Argentina, territorio argentino, pueblo argentino, etcétera’”<sup>2</sup>.

En paralelo, otra tradición, emergente de la diversidad, las rivalidades provinciales, los largos interregnos de aislamiento e independencia local, las especialidades y diferencias de clima y suelo, las enormes distancias sin caminos, medios de comunicación y transportes, engarzada en la soberanía parcial que la revolución reconoció a cada provincia, sumada a las extensas franquicias municipales que ya venían de España, y, finalmente, “la imposibilidad de hecho para reducir sin sangre y sin violencia a las provincias o a sus gobernantes al abandono espontáneo de un depósito que, conservado un solo día, difícilmente se abandona en adelante: el poder de la propia dirección, la soberanía o libertad local”. Zorraquín Becú agregó su tesis sobre el localismo municipal emergente de las ciudades con Cabildos, como generadora de las nuevas provincias, lo que explica su comportamiento como “entidades administrativamente separadas, pero no políticamente independientes, pues [...] se llamaron provincias, es decir, partes de una nación y no Estados, como ocurrió en otros núcleos federales”<sup>3</sup>. El núcleo de su razonamiento se apoya en el hecho de que, de las catorce provincias originarias, trece surgieron a partir de ciudades con Cabildos, siendo Entre Ríos la única excepción, explicable por su naturaleza, precisamente aislada por las barreras naturales que

2. ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Cap. XVII, Buenos Aires, edición Plus Ultra, 1975, pág. 119.

3. ZORRAQUÍN BECÚ, Ricardo, *El Federalismo Argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1953, págs. 28/9.

le dan su nombre. En el actual territorio, solo el cabildo de Luján no dio lugar a una provincia nueva, y esto se explica también por la gran cercanía con Buenos Aires.

La sabia fórmula conciliatoria difundida por Alberdi se encontró en “una fusión parlamentaria en el seno de un sistema mixto que abrace y concilie las libertades de cada provincia y las prerrogativas de toda la Nación que resultan de la aplicación a los dos grandes términos del problema argentino –la Nación y la Provincia–, la fórmula llamada hoy a presidir la política moderna que consiste en la combinación armónica de la individualidad con la generalidad, del localismo con la nación, o bien de la libertad con la asociación [...]”.

Como fundamentara el historiador Víctor Tau Anzoátegui, en su obra sobre la formación de nuestro Estado federal<sup>4</sup>, este modelo mixto había devenido posible por una labor de progresiva decantación, con momentos de impulso impaciente y otros de casi imperceptible acostumbramiento, principalmente durante el largo gobierno de Juan Manuel de Rosas, cuyo pensamiento político quedó resumido en la carta de la hacienda de Figueroa, destinada a Quiroga, de fines de 1834, donde expresaba: “[...] el Gobierno Federal de la República Federativa no une a los pueblos federados: los representa unidos; no es para unirlos, es para representarlos unidos ante las demás naciones [...]”<sup>5</sup>.

4. TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, *Formación del Estado Federal Argentino –1820-1852–. La intervención del gobierno de Buenos Aires en los asuntos nacionales*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1965.

5. ROSA, José María, *Historia argentina*, T. 4, Buenos Aires, Ed. Oriente, 1974, pág. 213 y sigs.; *Historia de la Confederación Argentina*, T. I, Buenos Aires, A. Saldías-Eudeba, 1973, págs. 336/8; y LAFONT, *Historia de la Constitución Argentina*, T. II, Buenos Aires, Ed. FVD, 1953, págs. 135/6. El concepto “clásico” de constitución, tal como fuera tratado por Aristóteles en su *Política*, se refería tanto a la organización política de un Estado, como a los principios en que se asentaba la convivencia y el acceso y ejercicio de las funciones públicas. Así ocurría y así permanece la monarquía parlamentaria británica, sostenida por leyes dispersas, comenzando por el Bill of Rights de 1668, el Act of Settlement sobre el régimen sucesorio de la Corona (1700) y el derecho consuetudinario. Recogiendo esto, con el título “The english constitution”, Walter Bagehot escribió un clásico en 1867, en donde repasa las características principales del sistema británico: el Gabinete, la Monarquía, la Cámara de los Lores, los Comunes, el Ministerio. Cf. “La constitución inglesa”, *EIDial.com*, 7-3-2005, DC577.

## II. DESDE LA CONSTITUCIÓN DISPERSA HACIA LA VIGENCIA DEL TEXTO UNIFICADO DE 1853

Es sabido que, por otra parte, dos grandes corrientes de pensamiento debatieron sobre la conformación de los Estados en la primera mitad del siglo XIX. Por un lado, el racionalismo iluminista que se manifestó en su máximo esplendor en Francia y a partir de la revolución, por el intento racionalista de reorganizar desde sus cimientos la estructura y composición de la sociedad; cambiando calendarios, modas, leyes y costumbres; transformando la organización política y la administración; convirtiendo a paisanos y burgueses en “ciudadanos”, a la vez soldados de una nación en armas; pretendiendo reformar la Iglesia y sustituir la fe por la “diosa razón”, a partir de una inmovible creencia en la posibilidad ilimitada de la ingeniería social como creadora de reglas válidas de progreso para cualquier tiempo y circunstancia, o sea, sin considerar la idiosincrasia particular del pueblo, ni las limitaciones temporales o materiales. Todo ello configuró un impulso de tal fortaleza que pudo sobrevivir incluso a su agotamiento, fracaso y disolución política<sup>6</sup>.

Como reacción, aunque participando de la misma fe en el progreso indefinido, coexistieron las corrientes historicistas fundadas en una concepción orgánica de la vida social, entramada en tradiciones y valores ancestrales, de donde manaba la fuerza de la construcción cultural y política colectiva, actualizadas en cada etapa histórica.

Ambas corrientes pueden verse reflejadas en dos modos de enfrentar la cuestión constitucional. Por un lado, Inglaterra, y en menor medida Alemania, tomaron el modelo histórico, y fueron gradualmente modificando sus instituciones para adecuarlas a los cambios generales y a las necesidades de cada generación, así como las propias exigencias de la realidad social. Por el contrario, el modelo racionalista encontró su reflejo atenuado en la constitución norteamericana, pues si bien ésta partió de la realidad dada, a la vez apuntó a modificarla profundamente.

6. CATLIN, G. G., *Historia de los filósofos políticos*, Buenos Aires, Peuser, 1956.

Todos pecaban de optimismo, como lo demostraron luego las crisis y guerras del siglo XX, porque ni los árboles crecen hasta el cielo, ni los progresos en uno u otro campo guardan igual sincronía, y la evidencia personal e histórica es que todo avance requiere etapas de consolidación, otras de conservación y constantemente de reparación, pues la decadencia y la ruina de las obras humanas es una posibilidad tan próxima y potencialmente real, como la de su renovación y progreso.

Como cada uno es a la vez partícipe y tributario de su momento, su herencia, su formación y de las circunstancias que le tocan, ninguna de estas formas se dio aislada de influencias mutuas y esto es detectable en el pensamiento alberdiano, donde estas tendencias se entrelazan de modo sincrético, pues, si bien metodológicamente aparece situado en la matriz histórica, enfoca el futuro como algo susceptible de ser modificado por la voluntad política de los hombres y, en ese sentido, participa de los ideales que movían a los racionalistas. Su consigna "gobernar es poblar" entraña una profunda voluntad de transformación de lo dado, sin esperar ninguna lenta maduración, ni confiar en el genio del pueblo, sino, por el contrario, modificarlo por voluntad y conducción.

No obstante, encuentra conciliación entre ambas corrientes en esta fórmula de la Unión Federal, pues, aunque en el fondo piensa que la unidad es superior a la fracción, y en este sentido su federalismo surge más bien como concesión a la realidad que por convicción profunda, también se nutre de su experiencia antiburocrática y de la desconfianza respecto de cualquier poder excesivamente concentrado. Esta coexistencia de principios dispares que preconizara no solo revistió importancia desde el punto de vista de legitimar el fin de las guerras civiles, justificando incluso el sofocamiento de alzamientos y puebladas, sino que, por otra parte, permitió dar un marco general confiable que facilitó enormemente la transformación del país por vía de la masiva inmigración, y la también masiva llegada de capitales e inversiones.

Pero lo más valioso del sistema mixto estriba en la división de un poder en riesgo permanente de ser abusivo y sofocante. Ya se había visto con Rosas a cuánto podría llegarse por abuso de facultades extraordinarias sin contrapesos institucionalizados.

Este breve pantallazo de tales precedentes tiene por objeto resaltar que, como lo destacara Tau Anzoátegui, luego de la ruptura y estallido de la forzada unidad virreinal, fue durante el período de Rosas que se dio una germinación preconstituyente, al irse conformando un poder central del régimen confederal, superando la etapa meramente pactista, para tener unidad de acción ante el extranjero, una progresiva posibilidad de sistema único en cuanto a normas y el esbozo de un Poder Judicial centralizado, manifestado en algunos pocos casos como los producidos en ocasión del cruel asesinato de Quiroga y su comitiva, así como el mecanismo de renovaciones en la delegación de las facultades de representación exterior y otras extraordinarias, que por otra parte, fue el escape jurídico para legitimar el pronunciamiento de Urquiza.

Rosas, probablemente con la mejor convicción, abogaba por el asentamiento de una serie de precondiciones equivalentes a la conformación de una constitución histórica, similar al modo inglés, como previa a una constitución formal según el modelo norteamericano. Así se desprende de las reflexiones y advertencias contenidas en la carta a Quiroga redactada en la estancia de Figueroa por las que desechara cualquier fórmula racionalista. Transcribo el párrafo que citara incompleto más arriba: “El Gobierno general en una República Federativa no une los pueblos federados, los representa unidos: no es para unirlos, es para representarlos en unión ante las demás naciones: él no se ocupa de lo que pasa interiormente en ninguno de los Estados, ni decide las contiendas que se suscitan entre sí. En el primer caso solo entienden las autoridades particulares del Estado, y en el segundo la misma Constitución tiene provisto el modo cómo se ha de formar el tribunal que debe decidir. En una palabra, la unión y tranquilidad crea el Gobierno general, la desunión lo destruye; él es la consecuencia, el efecto de la unión, no es la causa, y si es sensible su falta, es mucho mayor su caída, porque nunca sucede ésta sino convirtiendo en escombros toda la República. No habiendo, pues, hasta ahora entre nosotros, como no hay, unión y tranquilidad, menos mal es que no exista, que sufrir los estragos de su disolución. ¿No vemos todas las dificultades invencibles que toca cada Provincia en particular para darse constitución? Y si no es posible vencer estas solas dificultades, ¿será posible vencer no solo éstas sino las que presenta la discordia de unas provincias con otras, discordia que se mantiene como acallada y dormida mientras

que cada una se ocupa de sí sola, pero que aparece al instante como una tormenta general que resuena por todas partes con rayos y centellas, desde que se llama a Congreso general?"

Pero, al mismo tiempo, fueran cuales fueren sus intenciones, se convirtió en el autor práctico de las precondiciones que hicieron posible la rápida institucionalización del país una vez despojado del poder. Que su gobierno fuera, entre tanto, el principal obstáculo para dicha organización, es una paradoja verdaderamente crucial para nuestra historia.

De ahí que no resulte incoherente sostener que Rosas fuera quien, al clausurar la anarquía –de ahí el honorífico título asignado de “restaurador de las leyes” discernido por la legislatura el 25 de enero de 1830–, resultara gestor de la unidad nacional, y por otra parte, a la vez, el impedimento para ella, y que se pueda así comprender que Urquiza, salido del seno del mismo confederalismo rosista, resultara el jefe capaz de asumir la etapa posterior, participando del impulso inicial muchos de los gobernadores en funciones. Si bien luego fueron principalmente antiguos unitarios quienes continuaron la etapa organizacional, también encontraron en gran parte determinadas las condiciones que los obligaban a actuar dentro del marco del poder compartido con las jefaturas locales, según la sabiduría dispuesta por la constitución mixta.

### III. EL MODELO UNITARIO

Pero, con similar método, hoy es posible analizar el estado actual de la República y reconocer los rasgos de una profunda modificación del Estado mixto heredado, en un camino de progresivo unicato.

En varias oportunidades el país ha tenido la opción de tomar una u otra vía. O sea, optar por profundizar el sistema mixto actuando de modo cooperativo las provincias, conformando regiones, poniendo en común esfuerzos, todo dentro del marco de un Estado federal ocupado por sus principales roles generales de defensa, seguridad, representación exterior, y ocupación racional de los territorios despoblados, incluido el mar. O el otro camino, el de la conformación de un poder central en que los gobernadores fueran meros delegados.

De los casi doscientos Estados hoy existentes solo veinticuatro tienen estructura federal, y de estos son menos aún los que siguen la fórmula de reserva de los poderes originarios en cabeza de las provincias; fórmula que, sin embargo, muestra su lozanía en los documentos centrales del alumbramiento de la Unión Europea, complementado por los principios de solidaridad, subsidiaridad y cooperación leal.

Pero, hoy por hoy, ya sea por copia de leyes extranjeras de origen unitario, o por la acumulación de facultades resultante de la prolongada invocación de emergencias, o por intemperancia con toda posibilidad de divergencia o debate, debe reconocerse que hay entre nosotros una firme tendencia unitaria en curso, fácilmente advertible en los principales indicadores de debilitamiento de las facultades locales y crecimiento de las centralizadas.

Esto es determinante pues el federalismo que fuera elemento fundante de nuestra República requiere fortaleza financiera y política en los gobiernos locales, ya que, siguiendo la regla de que *es bueno que el poder detenga al poder*, adiciona al fraccionamiento del poder estadual en funciones, ejecutivas, legislativa y judicial, su división territorial. Y, además, acerca el gobierno a los pueblos y a las familias concretas. En tal sentido, la antigua divisa “federación o muerte” se puede leer del modo parafraseado diciendo que la antifederación implica la muerte de la República, o, al menos, de la república fundada en 1853 y reafirmada en 1860.

Esto se manifiesta en varios campos significativos.

- Una fuerte presencia del gobierno central como principal agente de gestión y económico.

Desde el inicio institucional por vía de la cláusula del progreso del Artículo 67, inc. 16, hoy 75, inc. 18, se establecieron de modo centralizado grandes obras públicas como ferrocarriles, represas, puertos, rutas, puertos y aeropuertos, así como escuelas y universidades en provincias.

En 1853 se había encomendado al Gobierno central la ocupación de los territorios situados más allá de los límites móviles e imprecisos de las catorce provincias originarias. Como secuela los sucesivos gobiernos pudieron gobernar por casi cien años los extensos territorios nacionales donde se encontró gran parte de la nueva riqueza pe-

trolera, y el despliegue de las bases y regimientos militares determinó una fuerte presencia en todo el territorio.

Las guerras y crisis mundiales de la primera mitad del siglo XX reforzaron la planificación y el intervencionismo en extensas áreas, como el comercio exterior y la energía. Coadyuvaron los períodos de facto, y los prolongados Estados de Sitio y emergencia económica como generadores de hábitos de gobierno centralizado, sumado al desequilibrio de la concentración demográfica en torno de la Capital Federal<sup>7</sup>.

Recurrentemente creció el intervencionismo central a expensas de lo local. Esto es visible ahora en el control por vía de la aduana y el comercio exterior tanto de lo que se produce y podría exportarse desde distintos polos provinciales, como de lo que se requiere importar, ya sea para consumo, ya de bienes intermedios o básicos para integrarse a procesos productivos locales, ya de bienes terminados o tecnologías no disponibles por oferta nacional. El Estado central es el mayor empleador, y, a la vez, el gran dispensador de jubilaciones, pensiones y subsidios, generando situaciones de dependencia y poco disimulado vasallaje.

- La delegación por el Congreso y la asunción por el Ejecutivo de facultades extraordinarias por invocación de emergencia por tiempo que se ha convertido en indeterminado.

La palabra “emergencia” denomina situaciones de daño o dificultad imprevista, lo que emerge por sorpresa es algo que estaba oculto y surge generando un aprieto o necesidad urgente. En la vida colectiva existen emergencias provocadas por la naturaleza como terremotos, incendios, inundaciones, epidemias o epizootias; en lo personal los accidentes y las catástrofes; en el ámbito de la convivencia pública, hambrunas, guerras, atentados, conflictos institucionales, enfrentamientos por el poder.

Para conjurarlos, el mundo antiguo conoció la institución romana de la dictadura romana, y ahora, en el derecho constitucional comparado, los estados de prevención y alarma, el Estado de Sitio; la ley

7. BIDEGAIN y otros, *Curso de derecho constitucional*, Tomo V, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2001.

marcial; en los antecedentes patrios la entrega de facultades extraordinarias y la suma del poder público. En todas las regulaciones de gobierno, existen institutos previstos para superar etapas críticas que requieren restricciones especiales a los derechos de las personas, para remediarlos e impedir excesos peores.

Desde antiguo, nuestra Corte perfiló los requisitos propios de la emergencia, siguiendo el precedente norteamericano en "Home Building", que recordó en el fallo "Bustos"<sup>8</sup>: Debe existir una situación fáctica de emergencia, a su vez, reconocida por el Congreso. Para superar los hechos críticos facultades de proporcionalidad: las facultades y los medios que se instrumenten invocándolas deben ser razonables, imbuidas por un fin público del bien común, y, dada su excepcionalidad, limitadas temporalmente. A esto se suma un quinto recaudo, propio de los Tratados: información a los organismos internacionales y Estados parte de los Convenios (Pacto de San José, Art. 27, inciso 3º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 4º, inciso 3º) tanto de la declaración de emergencia como de su cese. La noción de finalización de la emergencia como acto formal se encuentra claramente establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En primer término, está prohibido que la restricción se haga "en mayor medida que la prevista", lo que implica prohibir su extensión indebida en el tiempo, más allá de las circunstancias que le dieron origen. Tal es así que la Convención establece como obligación de los Estados parte el informe de "la fecha en que se haya dado por terminada la suspensión" de las garantías. Y está reglado que "las restricciones permitidas de acuerdo con esta Convención al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidos" (Art. 30); lo que, de nuevo, aparece como una restricción a la tentación del uso de facultades extraordinarias después que hayan cesado las estrictas razones de su otorgamiento.

Los autores de doctrina, operadores del derecho, jueces o legisladores coinciden en que la restricción razonable causada por la ca-

8. Fallos: 327 (3):4495, citas de Fallos: 243:449 y 467.

tástrofe de que se trate debe terminar al cesar las razones que dieron lugar a la misma. Más aún, las medidas que pueden tomarse en el curso de la suspensión de garantías por restricción de los derechos son aquellas pertinentes para que la emergencia se acabe lo antes posible.

Sin embargo dicho carácter “limitado” ha sido tergiversado por la sanción de sucesivas leyes de prórroga. O sea: la Primera Emergencia, Leyes Nros. 23.696/23.982, se remonta a 1989/1991; y la década siguiente concluyó en la Segunda Emergencia, durante la gestión de De la Rúa, a fines de 1999 (Ley N° 25.344 y DR N° 1.116/2000). Por la reciente y más que escueta Ley N° 26.729, el Congreso ha prorrogado otra vez por dos años hasta el 31 de diciembre de 2013 la Tercera Emergencia, iniciada el 7 de enero de 2002, por Ley N° 25.561, en cuyo mérito se pesificaron luego las obligaciones por el Decreto N° 214, etc. (ratificado por la Ley de Presupuesto N° 25.725/2003). Debe tenerse presente que aún subsisten los plazos y juicios de la Primera y Segunda Emergencias, respectivamente de 1989/91 y 2000; y que la Tercera, que había sido dictada inicialmente por un año, fue luego invariablemente prorrogada –primero por la Ley N° 25.820, hasta el 31 de diciembre de 2004, y luego, sucesivamente, por las Leyes Nros. 25.972, 26.077, 26.204, 26.339, 26.456, 26.563 y, por último, hasta el 31 de diciembre de 2013, por la Ley N° 26.729. Por eso, la técnica de legislar dentro de marcos de emergencias sostenida por más de veinte años ha sido funcional a la desconstitucionalización del régimen federal y a la consolidación de facultades de gobierno centralizadas<sup>9</sup>.

- La directa intervención del poder central en la elección de autoridades locales.

Otro serio avance unitario es el desuso del viejo Artículo 105, hoy devenido 122. De acuerdo con su venerable y hoy desatendido texto, las provincias “se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas. Eligen sus gobernadores, sus legisladores y demás funcionarios de provincia sin intervención del Gobierno Federal”.

9. “Sobre las emergencias y su esperado final”, *EIDial.com*, 17-11-2004. “La Ley N° 26.563 y una nueva prórroga de los ya diez años de suspensión de los derechos y garantías constitucionales bajo invocación de emergencia”, *EIDial.com*, 5-3-2010.

Esta es una norma que de algún modo se tiene por secundaria, como un trasto inevitable pero ignorado, ante el avance del centralismo<sup>10</sup>. Existe una larga lista de causas por las cuales se ha ido debilitando en nuestro país el federalismo. Entre ellas se contaron en su momento los gobiernos de facto, y también la constitución de grandes partidos nacionales de conducción centralizada, que por tal razón implicaban que una toma de decisiones en la cabeza del partido, o a través de su líder, incidían directamente sobre los gobiernos locales. Al comentar dicha norma, María Angélica Gelli cita el fallo de la Corte Suprema en el caso “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Provincia de Santa Fe”, en donde se puso de resalto que “la autonomía institucional significa que en la elección de gobernadores, legisladores y funcionarios cada provincia posee una potestad que no depende ni puede ser igualada por ningún otro poder. Esta potestad de darse sus constituciones y sus autoridades dentro de una esfera propia y exclusiva, reconocida y garantizada por la Constitución Nacional, les asegura su existencia como unidades políticas con los atributos de la autoridad pública que ejercitan por medio de órganos elegidos por ellos sin intervención del poder central. Esto en primer lugar hace al orden institucional en cuanto a que en la medida en que estén resguardados los recaudos de los Artículos 5° y 6°, las provincias se desenvuelven con total autonomía tanto en la configuración de sus instituciones, como en la designación de candidatos a ocupar los respectivos cargos”<sup>11</sup>.

Ahora bien, esto se había reforzado en 1860 por la expresa postura del Estado de Buenos Aires, que al incorporarse a la Confederación exigió precisamente un resguardo mayor de su autonomía, derogando entre otras normas de 1853 la facultad del Congreso de revisar las constituciones provinciales o de legislar en materia de prensa (Art. 32).

Ejemplos de esta intervención fueron las candidaturas “testimoniales” de 2009, en que fueron forzados gobernadores, intendentes y

10. “El olvidado Art. 122 de la Constitución Nacional y un caso en México”, *ED*, Suplemento de Derecho Constitucional, 17-11-2005. EDCO 2005-702. “Las elecciones provinciales y el olvidado Artículo 122 de la Constitución Nacional”, *ElDial.com*, 6-11-2006.

11. Constitución Argentina comentada, dirigida por Daniel SABSAY y Pablo MANILI, Buenos Aires, Ed. Plus Ultra, comentario al Artículo 121 por María Angélica Gelli.

otros titulares de cargos previamente electos con mandatos en curso a que se presentaran como candidatos de modo “testimonial”, para cargos que luego nunca asumieron, y esto como parte de una estrategia electoral del gobierno central. No es del caso aquí debatir si quienes hicieron eso tuvieron fallas éticas o normativas, siendo bastante claro que fueron de ambos tipos; sino de marcar el quebrantamiento institucional que los hizo posibles. El principio de reserva del Artículo 19, según el cual se puede hacer todo lo que no está prohibido, está, como todos los demás derechos, sujeto a las reglas de razonabilidad, pues “textualmente” no se encuentra prohibido ni robar ni matar, sino que se prevé un castigo para ello. Del mismo modo hay muchas acciones que no están textualmente “prohibidas”, pero que surgen del contexto notorio y de la interpretación sistémica de las normas que se aplican. Durante 2013 se ha asistido a una dura retracción del giro de fondos nacionales a las provincias, entre ellas la de Buenos Aires, que pretendieron poner límites a las candidaturas locales impuestas desde el gobierno central.

- Impacto del desequilibrio demográfico del conurbano respecto del país en combinación con el voto directo por presidente, vice y senadores.

Este desequilibrio, ya advertido hace décadas por Ezequiel Martínez Estrada, en *La cabeza de Goliath*, resulta de lo cuantitativo. De acuerdo con el censo y el padrón de 2011, entre la Capital y el conurbano se concentran más de 13.000.000 de personas, o sea el 33% de la población, y si se suma el resto de la provincia de Buenos Aires se llega al 46,1% del padrón total de electores, o sea casi la mitad del país concentrado en esta región; esto significa un enorme desnivel electoral respecto de la totalidad, desparramado en 22 jurisdicciones, lo que, potenciado en el sistema de elección directa de las máximas autoridades, arroja un claro resultado de debilidad política de las restantes provincias respecto de esta concentración de poder social y económico<sup>12</sup>.

12. Fuente INDEC. “Total del país. Población total y variación intercensal absoluta y relativa por provincia o jurisdicción. Años 2001-2010”.

La representación por partidos en el senado y el mal funcionamiento del pensado equilibrio por un “tercer senador”.

Cuando se reformó el Artículo 54, estableciendo que el Senado se compone por tres senadores por provincia y por la CABA, elegidos en forma directa, correspondiendo dos bancas al partido político con mayor número de votos y la restante al que le siga, se introdujo una profunda distorsión del sistema, que se agrava si los partidos políticos están desarticulados y no son las instituciones que se imaginaban como correlato imprescindible de este cambio, y además, interfiriendo el poder central en las elecciones locales. Suma de incidencias que arrojan una combinación deletérea para el Senado como cuerpo, y que colisiona con el texto y el espíritu de la reforma de 1994, que era, por el contrario, “afianzar el carácter democrático de la representación provincial, impidiendo que solo se oiga la voz del oficialismo”, intención hoy desvirtuada por alteraciones reales que tornaron inviable el carácter provincial de la representación del Senado. Debe recordarse que según el Artículo 44, que no fue modificado, los diputados son por la nación y los senadores “por las provincias”, pero esto que ha quedado completamente desvirtuado y contradictorio con el texto del nuevo Artículo 54. Sin embargo, en las provincias de Buenos Aires, Salta, Chaco, San Juan y San Luis, los tres senadores representan con diferentes siglas al FPV y al justicialismo, lo que demuestra la ruptura del diseño constitucional, y un funcionamiento real que convierte al Senado en una sombra de las decisiones mayoritarias del Ejecutivo y la Cámara de Diputados.

- El notorio incumplimiento del mandato constitucional de reorganizar la coparticipación federal (lo que además obligaría a una profunda revisión del opresivo fiscalismo).

Existe una flagrante falencia institucional en el cumplimiento de las mandas contenidas en la reforma de 1994, en cuanto que debía regularse un nuevo sistema de coparticipación, que a su vez fuera funcional al cumplimiento de los altos objetivos del progreso económico y social contenido en los incisos 18 y 19 del Artículo 75. De acuerdo con la cláusula transitoria sexta, que estableció 1996 como fecha, estamos diecisiete años en mora. La Ley N° 24.309 de convocatoria de la reforma de 1994 incorporó el tema dentro del capítulo “Fortalecimiento del

Federalismo”, lo que permite advertir que su incumplimiento forma parte de su debilitamiento, puesto que, sin adecuado financiamiento, no puede haber gobierno, ni nacional ni local. Alberdi, en *Sistema económico y rentístico*, sintetizó de este modo: “[...] luego que se organiza un gobierno es menester formarle un tesoro [...] pues ambos son hechos correlativos que se suponen mutuamente”<sup>13</sup>.

La pérdida de poder político local se manifiesta en que el giro automático ha devenido cuasi discrecional, con apropiación forzada de nuevos recursos por el gobierno central, mientras la inflación consume los “viejos”. Como muestra, el caso de la retención del 15% destinado al ANSES que debió haber cesado en 2008 al eliminarse las AFJP y que sin embargo subsiste. De un teórico 57,66% de la recaudación se había comprometido un piso del 34%, incluyendo el resultado del comercio exterior, pero este no se ha cumplido oscilando entre el 22 y el 24%<sup>14</sup>.

- Son muchas las nuevas normas y reglas que han venido fortaleciendo las tendencias prounitarias.

Muchas veces sin clara comprensión o voluntad de sus autores, reformas y nuevas reglas van consolidando el tramado unitario. Por ejemplo en el ámbito de los Códigos, el dictado de las normas regulando el trabajo, incluso el doméstico, ha redundado en una expansión significativa de los poderes administrativos y de policía de los organismos nacionales. Lo mismo ocurre con la extensión del Sistema Nacional de Seguridad Social, y con el control nacional de la producción de energía y del comercio exterior. Coadyuva igual tendencia manifestada en las sentencias normativas o pretorianas de la Corte Suprema, invocando aplicación de los tratados internacionales, los que han llevado a que se expanda la órbita del poder central, mal llamado en esto “federal”. La unitaria Ley N° 26.522 de “Regulación de los servicios de comunicación audiovisual”, ampliamente invasiva de facultades locales, muestra des-

13. ALBERDI, Juan Bautista, *Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, Buenos Aires, Edición La Cultura Argentina, 1921, pág. 24.

14. “Tendencias y problemas sobre el camino fiscal del federalismo exitoso”, *ElDial.com*, DCF35, 3-10-2008.

de sus fundamentos (nota al Art. 1º) el uso de fuentes de países unitarios, que son en el mundo mayoría, desconociendo que gran parte de esos servicios (cable-FM) caerían dentro del derecho administrativo provincial o de los municipios con derecho a autonomía (Arts. 121-123, CN)<sup>15</sup>.

#### IV. LA PROGRESIVA CONSOLIDACIÓN DE UN RÉGIMEN UNITARIO NO ES UN HECHO INOCUO E IMPLICA UNA GRAVE RUPTURA REVOLUCIONARIA

Al analizar la estructura material de las normas constitucionales, como “orden real de conductas de reparto que tienen ejemplaridad”, o sea que tienen *vigencia* y provocan *seguimiento*, Bidart Campos abordó el tema de la des-constitucionalización. Es que si bien alguna pérdida de vigencia de normas, como pudo ocurrir con la que requería autorización del Congreso para que el presidente saliera de la Capital; o la que afectó la creación del juicio por jurados, podían formar parte tolerada de cambios consuetudinarios, otras solo pueden calificarse de revolucionarias, máxime si afectan lo que definía como “cláusulas pétreas”. Tanto la república representativa como el federalismo caben dentro de esta última categoría, de modo que la conducta modificatoria rompe la medida de los hechos descriptos y amenaza dañar en lo que aún falta la legitimidad constitucional derivada que se ha recibido<sup>16</sup>.

Cuando la Constitución expresa en el Artículo 22 que el pueblo no gobierna ni delibera sino a través de sus representantes, está reforzando el carácter pétreo del sistema representativo, y todas las reglas constitucionales configuran una suerte de “letra chica” del mandato del presidente, los senadores y diputados, y los mismos jueces, que se integra, en consecuencia, de modo fundamental con sus deberes de aplicación, cumplimiento y respetuosa obediencia de esos principios constitucionales inderogables.

15. “Una ley unitaria”, *ElDial.com*, Suplemento de Derecho Constitucional, 2-11-2009.

16. BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1972, págs. 284/286.

Cuando, desde una situación de poder, se usa la fuerza del cargo para incumplir estas obligaciones de respeto a la Constitución, o para enriquecerse a costa del erario público, se incurre en la conducta de ruptura de la debida observancia de la Constitución prescrita en el Artículo 36, y esto es una conducta inescindiblemente ligada al quebrantamiento de los juramentos de cumplimiento fiel que corresponden a la legítima asunción de las potestades constitucionales, y al derecho a su legítimo desempeño.

Esto es así puesto que el Artículo 67 expresa que Senadores y Diputados prestarán al asumir juramento de “obrar en todo en conformidad a lo que prescribe la Constitución”. Los Jueces de la Corte han jurado “desempeñar sus obligaciones, administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución” (Art. 112), y, el Presidente, desempeñar dicho cargo “con lealtad y patriotismo, y observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación Argentina” (Art. 93). Un antiguo autor expresa: “El juramento es el más fuerte vínculo con que puede ligarse un hombre a decir la verdad o a cumplir su palabra, porque quien lo quebranta, no solamente falta a la persona a quien se obligó, sino también al mismo Dios, a quien invocó como testigo de la sinceridad de su promesa o aserto”<sup>17</sup>. Es que “todo el que contrae una obligación debe cumplirla y si además de contraerla con el Estado, la contrae moralmente con la Patria, debe cumplirla so pena de sufrir las sanciones correspondientes” por su mal desempeño<sup>18</sup>.

En el famoso fallo “*Marbury vs. Madison*”, base de todo el sistema judicial de contralor de la constitucionalidad, el juramento fue especialmente valorado por los jueces de la Corte Suprema de USA. Dijo entonces –1803– Marshall en su voto: “El juramento del cargo judicial impuesto por el Congreso ilustra sobre la cuestión: ¿Por qué motivo jura un juez desempeñar sus deberes de acuerdo con la Constitución si esa Constitución no fuera una norma obligatoria para su gobierno?

17. ESCRICHE, D. Joaquín, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, París, Garnier Hermanos, 1890.

18. *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tº XVII, pág. 504. Nota suscripta por el Dr. C. A. A. Meneses.

Si no la cumpliera sería una hipocresía [...] una solemne burla. Siendo la Constitución ley suprema, toda ley (o acto) repugnante a la Constitución es nulo y los tribunales así como los demás poderes están obligados por ese instrumento”<sup>19</sup>.

En conclusión, por imperio de sus deberes y juramentos deben quienes ejercen poderes públicos cumplir con toda la Constitución, incluso los artículos menos leídos o peor aprendidos, evitando profundizar la degradación del federalismo y la concomitante construcción más o menos abierta de un Estado unitario en su reemplazo.

19. MILLER y otros, *Constitución y poder político*, T. I, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1992, pág. 14.

# CONSENSUALISMO Y DERECHOS HUMANOS EN EL MAGISTERIO DE BENEDICTO XVI

## Un aporte para la interpretación realista de los derechos humanos<sup>1</sup>

CARLOS G. ARNOSSI<sup>2</sup>

*“[E]s un hecho que los derechos humanos no se pueden comprender  
sin presuponer que el hombre,  
en su mismo ser, es portador de valores y de normas que  
hay que descubrir y reafirmar, y no inventar  
o imponer de modo subjetivo y arbitrario”<sup>3</sup>.*  
(S. S. Benedicto XVI)

1. Este breve artículo consiste –más allá de algunos retoques– en la comunicación leída en las VI Jornadas Internacionales de Derecho Natural “Ley Natural y Consenso”, organizadas por la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y la Pontificia Universidad Católica de Chile, en la sede de la primera, durante octubre de 2010. Agradezco los comentarios de Luciano Laise a una versión previa de este trabajo.

2. Abogado, graduado con Diploma de Honor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” (UCA), alumno de la Especialización en Derecho Constitucional y doctorando en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad. Es Profesor Asistente de Derechos Humanos y Secretario del Centro de Derecho Constitucional en la antedicha Casa de Estudios, en donde también se ha desempeñado como Profesor Asistente de Introducción al Derecho.

3. *Discurso del Santo Padre Benedicto XVI a los miembros de la Comisión Teológica Universal*, 1º de diciembre de 2005 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

## I. INTRODUCCIÓN

Después de la Segunda Guerra Mundial, con la conformación de la Organización de las Naciones Unidas y demás organismos internacionales se pretendió dar una respuesta a futuros ataques contra la persona humana a través de la constitución de una serie de instrumentos internacionales que fueron poco a poco conformando el derecho internacional de los derechos humanos, rama del derecho hoy en pleno auge luego de más de sesenta años de vida.

Las diversas cosmovisiones encarnadas en los Estados que participaron en el proceso de negociación de los instrumentos de derechos humanos<sup>4</sup> fueron un obstáculo no menor en el proyecto de lograr instrumentos jurídicos internacionales de carácter vinculante. El gran problema fue –y sigue siéndolo– el reconocimiento del fundamento de los DD. HH. Frente a esta dificultad han surgido a lo largo de más de seis décadas diversas justificaciones de estos derechos. De todas las posibles justificaciones propuestas, parece haber triunfado la consensualista.

La cuestión del fundamento no es menor, ya que como ha dicho Benedicto XVI, “[l]os derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales”<sup>5</sup>. También Eugenio Bulygin ha reconocido la importancia de este tema al escribir:

“El problema de los derechos humanos no solamente se ha convertido en nuestra época en un tema central de la discusión teórica, en la que participan activamente representantes de diversas disciplinas (juristas, filósofos, politólogos, etc.); desde el punto de vista de la política se trata de una cuestión sumamente actual, cuya importancia práctica difícilmente pueda ser exagerada”<sup>6</sup>.

4. En adelante, DD. HH.

5. *Discurso de Su Santidad BENEDICTO XVI a la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Nueva York, 18 de abril de 2008 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

6. BULYGIN, Eugenio, “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, *Doxa* 4, Alicante, 1987, pág. 79.

En el campo del derecho constitucional, con el advenimiento del neoconstitucionalismo<sup>7</sup>, los derechos humanos han pasado a ocupar un lugar privilegiado, desde el cual se proyectan con fuerza a todas las ramas del derecho. Este avance de los derechos humanos sobre el ámbito jurídico en general y constitucional en particular tiene uno de sus orígenes mediatos en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando se afirmó: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”, si bien los revolucionarios franceses “probablemente estaban lejos de comprender de forma cabal el significado de su afirmación”<sup>8</sup>.

Respecto de esta influencia iushumanista en el derecho constitucional, explica Cristóbal Orrego:

“El uso de la noción de derecho subjetivo se comienza a extender a partir de Europa, en el siglo XVI, aunque el sentido subjetivo del *ius* ya era prominente en Occam, y estaba implícito, aunque secundariamente, en algunas fuentes del derecho canónico y del derecho romano precedente. En el caso de los derechos subjetivos más altos

7. Sobre este tema, ver el certero artículo de DIP, Ricardo, “Os direitos humanos do neoconstitucionalismo: direito natural da pós-modernidade?”, en *Aquinate* N° 17, Brasil, 2012, págs. 13-27. ([http://www.aquinate.net/revista/edicao\\_atual/Artigos/17/C.Aq.17.Art.Dip.pp.13-27.pdf](http://www.aquinate.net/revista/edicao_atual/Artigos/17/C.Aq.17.Art.Dip.pp.13-27.pdf), consultado el 3-12-2012). También son de utilidad los siguientes trabajos publicados en nuestro país: BANDIERI, Luis María, “Notas al margen del neoconstitucionalismo”, *El Derecho. Serie Especial Constitucional*, Buenos Aires, 19-4-2011, y del mismo autor, “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XXI”, en PALAZZO, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios de derecho constitucional con motivo del Bicentenario*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, págs. 34-51; VIGO, Rodolfo L., “Neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico como teorías no positivistas (coincidencias y diferencias)”, *El Derecho*, Buenos Aires, 17-2-2012; SANTIAGO, Alfonso, “Neoconstitucionalismo”, Sesión privada del Instituto de Política Constitucional del 3 de abril de 2008, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, <http://ancmyp.org.ar/user/files/02neoconstitucionalismo.pdf> (consultado el 3-12-2012); y GALLO, Orlando J., “¿Activismo o metamorfosis de la función judicial?”, en PALAZZO, Eugenio Luis (Dir.), *Estudios...*, ob. cit., págs. 413-437.

8. AYUSO, Miguel, “¿Hay un poder constituyente?”, en Ayuso, Miguel (Editor), *El problema del poder constituyente. Constitución, soberanía y representación en la época de las transiciones*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pág. 139.

(i.e., los derechos naturales o humanos), su lugar subordinado en la argumentación jurídica y en el razonamiento práctico en general resultaba patente porque su aplicación requería siempre de leyes que establecieran sus contornos más definidos y que configuraran las respectivas obligaciones. Esta situación comienza a cambiar cuando los tribunales supremos o constitucionales y, en algunas jurisdicciones, incluso todos los tribunales ordinarios, comienzan a aplicar directamente la Constitución o los derechos fundamentales. Entonces la apelación a los derechos humanos comienza a servir para dejar sin efecto normas imperativas o prohibitivas específicas, esto es, para cancelar obligaciones definidas mediante la apelación a derechos abstractos. El fenómeno ha sido explosivo y ha operado en dos direcciones. Por una parte, ha convertido la Constitución escrita en norma directamente aplicada en concurrencia con las leyes ordinarias, y, por ende, en un instrumento para anularlas –la norma inconstitucional no vale, ya en general, ya en el caso– o para darles una interpretación acorde con la visión constitucional –política– de los jueces. Así se habla de la *juridificación de la Constitución*, pues la Norma Suprema constituye derecho aplicable por sí mismo, sin necesidad de la mediación de leyes aplicadoras. Por otra parte, como otra cara de la misma moneda, las mismas normas subconstitucionales y todas las áreas del derecho, que antes existían con relativa autonomía dentro del marco político provisto por la Constitución, han comenzado a configurarse mediante normas de creación doctrinal o jurisprudencial basadas en los principios, valores y normas de jerarquía constitucional, entre los cuales sobresalen los derechos esenciales reconocidos o garantizados por los textos constitucionales. Así se habla de la *constitucionalización del derecho*<sup>9</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que, cuanto más se han inflado las declaraciones relativas a los derechos del hombre, el respeto a los seres humanos ha ido decreciendo, en una relación inversamente proporcional.

9. ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, “Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, N° 2, Santiago de Chile, 2010, pág. 312.

Tampoco puede obviarse en la observación de la realidad cotidiana de Iberoamérica la existencia de presuntos derechos que podríamos llamar “inhumanos”, los cuales son propuestos como derechos fundamentales, como p. ej., el seudo derecho al homicidio prenatal<sup>10</sup>, al “matrimonio” entre personas del mismo sexo u otras iniciativas que con el pretexto de defender y promover los DD. HH. atentan contra el mismo ser humano que dicen proteger. También con la “bandera” de los derechos humanos se violan normas fundamentales del derecho constitucional y del derecho internacional –en ocasiones del mismo derecho internacional de los derechos humanos–, instalándose un *neopunitivismo*<sup>11</sup>.

Este escenario que observamos tiene que ver con que la aplicación de una norma o conjunto de normas referido a un “derecho humano” puede ser de tal o cual manera concreta dependiendo –en parte– de la interpretación respecto de sus fundamentos, puesto que éstos echan luz sobre la naturaleza y finalidad de la norma y del derecho subjetivo en cuestión, ayudando al legislador nacional o internacional y al operador jurídico. He aquí la trascendencia del tema para el aludido derecho internacional de los derechos humanos, y también para el derecho constitucional actual<sup>12</sup>.

Ahora bien, el problema del fundamento de los derechos humanos podría tratarse tanto desde una perspectiva sistemática como desde el pensamiento de alguno de los tantos autores relevantes que han escrito al respecto. Nosotros acudiremos para una aproximación a esta cuestión al pensamiento de Benedicto XVI, porque como sostiene Limodio, “el tema que hoy se denomina ‘derechos humanos’ encuentra mayor sustento en una doctrina como la de la Iglesia, que preten-

10. Tomamos este término de SCALA, Jorge, “Homicidio prenatal posmoderno”, *El Derecho. Serie Especial Política Criminal*, 2-6-2010.

11. Acerca de la cuestión ver, entre otros, SABELLI, Héctor E. y SANTIAGO, Alfonso (h.), *Tiempo, Constitución y ley penal. Los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley penal. Relación con la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad. Su crisis en la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008.

12. Ver TOLLER, Fernando M., “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en CIANCIARDO, Juan (Coordinador), *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006, pág. 134.

de una fundamentación antropológica, ontológica y ética que resulte suficiente”<sup>13</sup>, y –además– porque Joseph Ratzinger ha sido una de las personalidades más relevantes del orbe en los últimos años. Por ello, nos limitaremos en esta ocasión a las enseñanzas del Romano Pontífice emérito, dejando de lado cuestiones de gran importancia respecto de una teoría de los derechos humanos con base realista, como por ejemplo el problema del título jurídico<sup>14</sup>, es decir, la razón o el fundamento más inmediato por el cual determinada persona es titular de un poder jurídico o bien de un deber jurídico correlativo<sup>15</sup>, o la cuestión de si existen o no reales conflictos de derechos.

## II. EL CONSENSUALISMO Y EL FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

El consensualismo en materia de DD. HH.<sup>16</sup> sostiene que el fundamento de éstos se encuentra en el consenso, desvinculando a estos

13. LIMODIO, Gabriel, “Una doctrina permanente”, *El Derecho*, Buenos Aires, 12-5-2008, pág. 2.

14. Sobre la olvidada importancia del título jurídico en materia de derecho constitucional y derecho de los derechos humanos, ver nuestra nota, “Acerca de una sentencia del Tribunal Constitucional del Perú”, *El Dial. Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 2-5-2011, [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), apartado VI “La igualdad y el olvido del título jurídico”.

15. Esta caracterización del título jurídico la tomamos fundamentalmente de SOAJE RAMOS, Guido, *El concepto de derecho. Segunda Parte. Examen de cada una de las acepciones principales de la palabra “derecho”. El título. El poder jurídico*, Buenos Aires, Instituto de Filosofía Práctica, 1980, pág. 1 y sus destacados discípulos, HERNÁNDEZ, Héctor Humberto, *Derecho subjetivo. Derechos humanos. Doctrina solidarista*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2000, pág. 92 y LAMAS, Félix Adolfo, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1991, págs. 344-345, y su magisterio oral reiterado, quienes coinciden en lo fundamental, con ciertas variaciones. También han tratado el tema del título jurídico otros autores de prestigio internacional como el canadiense Louis Lachance, el mendocino Carlos Ignacio Massini Correas (en numerosos trabajos) y el español Javier Hervada, por mencionar solo a algunos de los más relevantes.

16. Una descripción y crítica del consensualismo en esta materia puede encontrarse en MASSINI CORREAS, Carlos I., “Consensualismo y derechos humanos”, en *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1994, 2ª edición.

derechos de las nociones clásicas de *ley natural*, *naturaleza*, *derecho natural* o *derechos subjetivos naturales*. Este error consensualista podría encontrarse en dos vertientes distintas: la primera (consensualismo  *puro* o  *teórico*), más radical, no admite otro fundamento de los DD. HH. que el mero consenso; y la segunda (consensualismo  *práctico*) reconoce la existencia de un fundamento previo al consenso, adscribe a algún tipo de iusnaturalismo<sup>17</sup> pero pretende sortear las diferencias entre las distintas cosmovisiones en orden a lograr un sistema eficaz de protección de los derechos fundamentales de la persona humana, y para ello postula al acuerdo práctico como la mejor manera de evitar estas diferencias. Es decir, en materia de DD. HH., el consensualismo  *teórico* es una doctrina que niega a dichos derechos un fundamento más allá del consenso, el  *único* fundamento posible sería el consenso, mientras que el consensualismo  *práctico* reconoce la existencia de un fundamento mediato no consensual pero en la práctica omite esa verdad acerca de la base de los derechos y hace hincapié en el acuerdo práctico como fundamento inmediato de los DD. HH.

Como muestra del “consensualismo práctico” expondremos algunas afirmaciones del muy difundido filósofo Jacques Maritain en su libro  *El hombre y el Estado*.

Maritain comienza el capítulo de dicha obra referido a los DD. HH. afirmando que “[l]os hombres mutuamente opuestos en sus concepciones teóricas pueden llegar a un acuerdo práctico sobre una lista de derechos humanos”<sup>18</sup>, y sostiene que “sería absolutamente fútil buscar una  *justificación racional* común”<sup>19</sup> de esos derechos.

El mismo autor, en idéntico capítulo del mismo libro, y solamente unas páginas más adelante, escribe que “[c]on respecto a los derechos humanos, lo que más importa a un filósofo es la cuestión de sus fundamentos racionales”<sup>20</sup>, y acto seguido afirma correctamente:

17. Respecto de los diversos iusnaturalismos ver SOAJE RAMOS, Guido, “Diferentes concepciones de derecho natural”, en MASSINI CORREAS, Carlos I. (compilador),  *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1996, págs. 321-346.

18. MARITAIN, Jacques,  *El hombre y el Estado* (traducción castellana de  *Man and the State*, por Manuel Gurrea), Buenos Aires, Club de Lectores, 1984, pág. 93.

19. Ídem, págs. 93-94.

20. Ídem, pág. 98.

“El fundamento filosófico de los derechos del hombre es el derecho natural”<sup>21</sup>. Esta postura<sup>22</sup> ha sido expresamente seguida nada menos que por uno de los más grandes maestros del derecho constitucional argentino e iberoamericano, Germán J. Bidart Campos<sup>23</sup>.

El mencionado filósofo francés no niega que sea importante reconocer la auténtica justificación de los derechos, pero piensa que esta búsqueda puede resultar un obstáculo para la concreción del acuerdo. Como se ve, Maritain es exponente de un consensualismo “práctico”, toda vez que él reconoce teóricamente un fundamento suprapositivo de los DD. HH.<sup>24</sup>.

### III. EL MAGISTERIO DE BENEDICTO XVI EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Desde la encíclica *Pacem in terris* del Beato Juan XXIII, el Magisterio Pontificio ha decidido aceptar el término “derechos humanos”, decisión que el paso del tiempo dirá si fue acertada o no<sup>25</sup>. Esta aceptación se debe a que, en el siglo XX –y en el siglo XXI también– la Iglesia Católica se ha erigido como *la* defensora de la ley natural. Sorpresivamente, la Iglesia ha debido poner gran parte de sus energías en defender cuestiones que hacen a lo más básico del orden natural. Es así que los Papas se dirigirán en numerosos

21. *Ibidem*.

22. Para una breve crítica a esta postura *maritainiana* ver GENTILE, Francesco, *Inteligencia política y razón de Estado* (traducción castellana de *Intelligenza politica e ragion di Stato*, por María de Todos los Santos de Lezica y María Natalia Bustos de Lezica), Buenos Aires, EDUCA, 2008, capítulo II. También el trabajo de BASSET, Úrsula Cristina, “La universalidad de los derechos humanos, ¿sigue siendo tal?”, *La Ley*, Buenos Aires, 2009-A-839-846, y HERNÁNDEZ, Héctor H., *Derecho subjetivo...*, ob. cit., págs. 295-296.

23. Cf. BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, pág. 98.

24. Luciano Laise adopta una interpretación relativamente benévola respecto de esta postura del pensador francés en una interesante monografía hasta el momento inédita: “Repensando el ‘acuerdo práctico’ de J. Maritain”.

25. Sobre la inconveniencia del uso de dicho término ver HERNÁNDEZ, Héctor H., ob. cit., pág. 297.

documentos a “todos los hombres de buena voluntad”, sean o no católicos. Por ello, los últimos pontífices han elegido usar en numerosas oportunidades el término “derechos humanos”, pero sin perder tiempo en identificarlos como derechos subjetivos naturales<sup>26</sup>. A continuación veremos que el Obispo de Roma emérito ha continuado esta línea, profundizada oportunamente por su inmediato predecesor.

Como ha señalado en su momento Úrsula Basset<sup>27</sup>, en los discursos de Benedicto XVI dirigidos a embajadores y presidentes, el ex Vicario de Jesucristo no ha dejado de afirmar que los DD. HH. pertenecen a toda persona humana, por fundarse en su dignidad. En algunos de estos discursos hay referencias a la ley escrita en los corazones de los hombres, al afirmar que la universalidad del fundamento de los DD. HH. “es cognoscible racionalmente, por las personas de ‘recto sentir’”. La citada profesora Basset continúa su análisis y explica que, cuando dicho Romano Pontífice ha tenido como auditorio a su grey, “con insistencia aparece el tema de la fundamentación de los derechos humanos. Esta fundamentación se refiere unas veces a la ‘dignidad humana’, y otras a la ‘naturaleza humana’ o incluso a la ‘persona’”, es decir, al hombre por ser tal, a su esencia, considerando también que “el fundamento de los derechos humanos debe ser ‘estable’ y ‘objetivo’, y no relativista. Es objetivo, porque supone el conocimiento

26. Ha explicado el Cardenal Tarcisio Bertone: “Cuando el Magisterio de la Iglesia habla de los derechos humanos no se olvida de fundarlos en Dios, fuente y garantía de todos los derechos, ni tampoco se olvida de enraizarlos en la ley natural. La fuente de los derechos no es nunca un consenso humano, por notable que sea” (“Los derechos humanos en el Magisterio de Benedicto XVI”, conferencia dictada en Madrid, el 5 de febrero de 2009, disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/secretariat\\_state/card-bertone/2009/documents/rc\\_seg-st\\_20090205\\_madrid\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/secretariat_state/card-bertone/2009/documents/rc_seg-st_20090205_madrid_sp.html), consultado el 8-1-2013). Dejamos para otra ocasión la discusión acerca de si los llamados “derechos humanos” y los “derechos subjetivos naturales” son exactamente lo mismo.

27. BASSET, Úrsula Cristina, “Aproximación al tratamiento de los derechos humanos en el magisterio de S. S. Benedicto XVI”, comunicación a las III Jornadas de Derecho Natural, “La función de los jueces en el Estado constitucional democrático”, Neoconstitucionalismo y derecho natural, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2007.

de una verdad sobre la ‘persona’ y su ‘naturaleza’ (y su ‘dignidad’). Como puede percibirse, Benedicto XVI no ha dejado de lado la necesaria referencia a la naturaleza humana, y por ello ha explicado que uno de los motivos por los que la paz peligra es la “indiferencia ante lo que constituye la verdadera naturaleza del hombre. En efecto, son muchos en nuestros tiempos los que niegan la existencia de una naturaleza humana específica, haciendo así posibles las más extravagantes interpretaciones de las dimensiones constitutivas esenciales del ser humano. También en esto se necesita claridad: una consideración ‘débil’ de la persona, que dé pie a cualquier concepción, incluso excéntrica, solo en apariencia favorece la paz. En realidad, impide el diálogo auténtico y abre las puertas a la intervención de imposiciones autoritarias, terminando así por dejar indefensa a la persona misma y, en consecuencia, presa fácil de la opresión y la violencia”<sup>28</sup>.

No resulta difícil comprender la fuerza de estas afirmaciones: el negar la verdadera naturaleza del hombre impide tanto la paz verdadera y cristiana como la paz comprendida –como suele entenderse hoy en la mayoría de los ámbitos– como ausencia de conflictos armados; el no tener en cuenta la verdad sobre el ser humano deja a éste indefenso.

También alertó el entonces Papa que si los DD. HH. “se basan en una concepción débil de la persona, ¿cómo evitar que se debiliten también ellos mismos? Se pone así de manifiesto la profunda insuficiencia de una concepción relativista de la persona cuando se trata de justificar y defender sus derechos. La aporía es patente en este caso: los derechos se proponen como absolutos, pero el fundamento que se aduce para ello es solo relativo. ¿Por qué sorprenderse cuando, ante las exigencias ‘incómodas’ que impone uno u otro derecho, alguien se atreviera a negarlo o decidiera relegarlo? Solo si están arraigados en bases objetivas de la naturaleza que el Creador ha dado al hombre, los derechos que se le han atribuido pueden ser afirmados sin temor de ser desmentidos”<sup>29</sup>.

Continuó Benedicto haciendo referencia a la necesidad de no desvincular a los deberes de los derechos, y sostuvo que “[ú]nicamente

28. *Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la Jornada Mundial de la Paz 2007*, 1º de enero de 2007, n. 11 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

29. Ídem, n. 12.

aclarando estos presupuestos de fondo, los derechos humanos, sometidos hoy a continuos ataques, pueden ser defendidos adecuadamente. Sin esta aclaración, se termina por usar la expresión misma de 'derechos humanos', sobreentendiendo sujetos muy diversos entre sí: para algunos, será la persona humana caracterizada por una dignidad permanente y por derechos siempre válidos, para todos y en cualquier lugar; para otros, una persona con dignidad versátil y con derechos siempre negociables, tanto en los contenidos como en el tiempo y en el espacio"<sup>30</sup>.

El ex Soberano del Estado de la Ciudad del Vaticano siguió con sus lúcidas reflexiones, llegando a afirmar sobre la Declaración Universal de 1948 que "[s]e considera dicha Declaración como una forma de *compromiso moral asumido por la humanidad entera*. Esto manifiesta una profunda verdad sobre todo si se entienden los derechos descritos en la Declaración no simplemente como fundados en la decisión de la asamblea que los ha aprobado, sino en la naturaleza misma del hombre y en su dignidad inalienable de persona creada por Dios. Por tanto, es importante que los Organismos Internacionales no pierdan de vista el fundamento natural de los derechos del hombre. Eso los pondría a salvo del riesgo, por desgracia siempre al acecho, de ir cayendo hacia una interpretación meramente positivista de los mismos. Si esto ocurriera, los Organismos Internacionales perderían la autoridad necesaria para desempeñar el papel de defensores de los derechos fundamentales de la persona y de los pueblos, que es la justificación principal de su propia existencia y actuación"<sup>31</sup>.

Más aún, profundizando sus enseñanzas sobre la materia, y durante el discurso referido al sesenta aniversario de la Declaración de la ONU, quien fue la cabeza visible de la Iglesia manifestó que "[e]stos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones"<sup>32</sup> y también que

30. *Ibidem*.

31. *Ídem*, n. 13.

32. *Discurso de Su Santidad Benedicto XVI a la Asamblea General de las Naciones Unidas*, Nueva York, viernes 18 de abril de 2008. Disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va) y también en *El Derecho*, 12-5-2008, págs. 3 y 4, con comentario de LIMODIO, Gabriel, "Una doctrina permanente" (págs. 1-2).

“[a]rrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos”<sup>33</sup>.

El ex sucesor del Príncipe de los Apóstoles continuó diciendo que “el respeto de los derechos humanos está enraizado principalmente en la justicia que no cambia, sobre la cual se basa también la fuerza vinculante de las proclamaciones internacionales”<sup>34</sup>.

A fines de 2008, en una alocución recordatoria de la Declaración de 1948, Benedicto XVI reafirmó la vinculación entre los derechos fundamentales, la naturaleza humana y la ley natural, como así también el reconocimiento de Dios como fundamento. Así ha explicado:

“Desde siempre, la Iglesia reafirma que los derechos fundamentales, más allá de la diferente formulación y del distinto peso que pueden revestir en el ámbito de las diversas culturas, son un dato universal, porque está inscrito en la naturaleza misma del hombre”.

Y a continuación dijo: “La ley natural, escrita por Dios en la conciencia humana, es un común denominador a todos los hombres y a

---

Si bien los pronunciamientos del papa Francisco exceden los límites de este trabajo, y todo estudio respecto del reciente Magisterio del Pontífice reinante sería apresurado, es interesante citar el siguiente fragmento, a los efectos de mostrar una incipiente continuidad con las enseñanzas benedictinas:

“[...] Pero hay otra pobreza. Es la pobreza espiritual de nuestros días, que afecta gravemente también a los países considerados más ricos. Es lo que mi Predecesor, el querido y venerado papa Benedicto XVI, llama la ‘dictadura del relativismo’, que deja a cada uno como medida de sí mismo y pone en peligro la convivencia entre los hombres. Llego así a una segunda razón de mi nombre. Francisco de Asís nos dice: Esforzaos en construir la paz. Pero no hay verdadera paz sin verdad. No puede haber verdadera paz si cada uno es la medida de sí mismo, si cada uno puede reclamar siempre y solo su propio derecho, sin preocuparse al mismo tiempo del bien de los demás, de todos, a partir ya de la naturaleza, que acomuna a todo ser humano en esta tierra”.

(Discurso del Santo Padre Francisco al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede, viernes 22 de marzo de 2013. Disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

33. *Ibídem*.

34. *Ibídem*.

todos los pueblos; es una guía universal que todos pueden conocer. Sobre esa base todos pueden entenderse. Por tanto, en última instancia, los derechos humanos están fundados en Dios creador, el cual dio a cada uno la inteligencia y la libertad. Si se prescinde de esta sólida base ética, los derechos humanos son frágiles porque carecen de fundamento sólido [...]. Así, pues, no ha de cesar el compromiso común de promover y definir mejor los derechos humanos, y se debe intensificar el esfuerzo por garantizar su respeto”.

En su encíclica *Caritas in Veritate*, el entonces Sumo Pontífice de la Iglesia Universal ha enseñado que es necesario el rescate de la noción de deber por sobre la de derecho subjetivo, señalando que “es importante urgir una nueva reflexión sobre los *deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales éstos se convierten en algo arbitrario*”. También habló de la existencia de una reivindicación de “presuntos derechos, de carácter arbitrario y superfluo, con la pretensión de que las autoridades públicas los reconozcan y promuevan”, mientras que por otro lado se violan los verdaderos derechos<sup>35</sup>. Se puede observar aquí que

35. BENEDICTO XVI, *Caritas in Veritate*, n. 43. Transcribimos a continuación el párrafo completo, que es valiosísimo:

“En la actualidad, muchos pretenden pensar que no deben nada a nadie, si no es a sí mismos. Piensan que solo son titulares de derechos y con frecuencia les cuesta madurar en su responsabilidad respecto al desarrollo integral propio y ajeno. Por ello, es importante urgir una nueva reflexión sobre los *deberes que los derechos presuponen, y sin los cuales éstos se convierten en algo arbitrario*. Hoy se da una profunda contradicción. Mientras, por un lado, se reivindican presuntos derechos, de carácter arbitrario y superfluo, con la pretensión de que las estructuras públicas los reconozcan y promuevan; por otro, hay derechos elementales y fundamentales que se ignoran y violan en gran parte de la humanidad. Se aprecia con frecuencia una relación entre la reivindicación del derecho a lo superfluo, e incluso a la transgresión y al vicio, en las sociedades opulentas, y la carencia de comida, agua potable, instrucción básica o cuidados sanitarios elementales en ciertas regiones del mundo subdesarrollado y también en la periferia de las grandes ciudades. Dicha relación consiste en que los derechos individuales, desvinculados de un conjunto de deberes que les dé un sentido profundo, se desquician y dan lugar a una espiral de exigencias prácticamente ilimitada y carente de criterios. La exacerbación de los derechos conduce al olvido de los deberes. Los deberes delimitan los derechos porque remiten a un marco antropológico y ético en cuya verdad se insertan también los derechos y así dejan de ser arbitrarios. Por este motivo, los deberes refuerzan los derechos y reclaman que se los defiendan

–contra todo individualismo– el ex Siervo de los Siervos de Dios hizo énfasis en los deberes. Como enseña Lamas: “[...] el *primum datum* de la vida jurídica –como en la moral en general– no es el poder sino el deber; ello es así, porque el fin, tanto del derecho como de la moral, es el bien común, que es un fin del cual surge un deber incondicionado”<sup>36</sup>.

En la misma encíclica, refiriéndose al mal –*peste*<sup>37</sup>, según Pío XI– del laicismo, Benedicto XVI afirmó que por privar a los derechos humanos de su fundamento trascendente se corre el riesgo de que estos derechos no sean respetados<sup>38</sup>.

Posteriormente, el mismo Sumo Pontífice retomó estas enseñanzas en un discurso durante su viaje a Chipre en 2010<sup>39</sup>. En esta oportunidad recordó sus palabras a la Asamblea General de las Naciones Unidas, y acto seguido enseñó que es necesaria la fundamentación de la ley positiva en los principios de la ley natural, diciendo: “[...] la promoción de la verdad moral en la vida pública requiere un esfuerzo constante para fundamentar la ley positiva sobre los principios éticos de la ley natural. Esta exigencia, en el pasado, fue considerada como algo evidente; sin embargo, la corriente positivista en las teorías legales contemporáneas está pidiendo la recuperación de este axioma

---

y promueva como un compromiso al servicio del bien. En cambio, si los derechos del hombre se fundamentan solo en las deliberaciones de una asamblea de ciudadanos, pueden ser cambiados en cualquier momento y, consiguientemente, se relaja en la conciencia común el deber de respetarlos y tratar de conseguirlos. Los gobiernos y los organismos internacionales pueden olvidar entonces la objetividad y la cualidad de ‘no disponibles’ de los derechos. Cuando esto sucede, se pone en peligro el verdadero desarrollo de los pueblos. Comportamientos como éstos comprometen la autoridad moral de los organismos internacionales, sobre todo a los ojos de los países más necesitados de desarrollo. En efecto, éstos exigen que la comunidad internacional asuma como un deber ayudarles a ser ‘artífices de su destino’, es decir, a que asuman a su vez deberes. *Compartir los deberes recíprocos moviliza mucho más que la mera reivindicación de derechos*”.

36. LAMAS, Félix Adolfo, *La experiencia...*, ob. cit., págs. 320-321.

37. Pío XI calificó así al laicismo en la encíclica *Quas Primas*, quizás el más importante documento pontificio en materia social.

38. Cf. BENEDICTO XVI, *Caritas in Veritate*, n. 56.

39. BENEDICTO XVI, “Tres caminos para realizar la verdad moral en política” (discurso en encuentro con las autoridades civiles y el cuerpo diplomático en el palacio presidencial de Nicosia, Chipre), en *L’Osservatore Romano*, edición semanal en lengua española, domingo 13 de junio de 2010, pág. 6.

fundamental. Individuos, comunidades y Estados, sin la guía de verdades morales objetivas, se volverían egoístas y sin escrúpulos, y el mundo sería un lugar más peligroso para vivir”.

Más recientemente, y durante un discurso en el cual el ex Obispo de Roma –entre otras cosas– criticó expresamente una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>40</sup>, afirmó: “Sobre todo en Occidente, se encuentran lamentablemente muchos equívocos sobre el significado de los derechos del hombre y los deberes que le están unidos. Los derechos se confunden con frecuencia con manifestaciones exacerbadas de autonomía de la persona, que se convierte en autorreferencial, ya no está abierta al encuentro con Dios y con los demás y se repliega sobre ella misma buscando únicamente satisfacer sus propias necesidades. Por el contrario, la defensa auténtica de los derechos ha de contemplar al hombre en su integridad personal y comunitaria”<sup>41</sup>.

Poco tiempo antes, el hasta hace poco Vicario de Cristo se había expresado del siguiente modo: “[...] Tampoco es justo codificar de manera subrepticia falsos derechos o libertades, que, basados en una visión reductiva y relativista del ser humano, y mediante el uso hábil de expresiones ambiguas encaminadas a favorecer un pretendido derecho al aborto y a la eutanasia, amenazan el derecho fundamental a la vida”<sup>42</sup>.

#### IV. ACERCA DE LAS ENSEÑANZAS DE BENEDICTO XVI

Estas consideraciones pontificias importan la necesidad de entender los llamados DD. HH. desde su fundamento, incluso por aquellos organismos internacionales que se proclaman los defensores de dichos derechos. La claridad del Magisterio de Benedicto XVI no deja lugar a

40. Caso “Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) c/ Costa Rica”. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 noviembre de 2012, Serie C, N° 257.

41. BENEDICTO XVI, *Discurso del Santo Padre Benedicto XVI al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede*, 7 de enero de 2013 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

42. BENEDICTO XVI, *Mensaje de Su Santidad Benedicto XVI para la celebración de la XLVI Jornada Mundial de la Paz*, 1° de enero de 2013 (disponible en [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

dudas: el desligar a estos derechos de la naturaleza humana conlleva necesariamente el fracaso de las declaraciones e instituciones que dicen defenderlos. Y el entonces Sucesor de Pedro fue más allá: introdujo la vinculación del hombre con Dios. Y si bien la dignidad humana es mencionada por numerosas declaraciones de derechos, el ex Papa aclaró que cuando el Magisterio habla de dignidad hace referencia a la *verdadera* dignidad humana, lo cual excluye una interpretación que lleve a oponer ser humano a sociedad política. Tampoco puede dejarse de lado que el papa Ratzinger vinculó la interpretación positivista con la pérdida de la autoridad de los organismos internacionales como “defensores de los derechos fundamentales”, implicando también que, al dejar de lado el orden natural, estos entes supranacionales abandonarían la justificación de su misma existencia. Podemos agregar nosotros que con las injusticias en materia de respeto a la vida humana y al matrimonio no solo toleradas sino muchas veces promovidas por importantísimos organismos internacionales, se hace patente la deslegitimación de dichos entes<sup>43</sup>. Es interesante destacar que Benedicto XVI ha enseñado que la fuerza vinculante de los instrumentos internacionales que refieren a los derechos del hombre debe surgir de esa “justicia que no cambia”, es decir *lo justo natural* o *derecho natural*<sup>44</sup>, el cual tiene como causa ejemplar a la ley natural<sup>45</sup>. Volvemos también a esa frase que elegimos para comenzar este trabajo, en la cual el entonces líder de la Iglesia Católica afirmó que los derechos del hombre *no se pueden comprender* sin tener en cuenta la naturaleza del ser humano.

43. Respecto de las Naciones Unidas y de la Sociedad de las Naciones, hace ya varias décadas ha escrito Félix Lamas que “se han mostrado constitutivamente incapaces de promover la paz y la justicia”. LAMAS, Félix Adolfo, *La concordia política (vínculo unitivo del Estado y parte de la justicia concreta)*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1975, pág. 34. El mismo autor realizó un balance sobre la cuestión en su obra, *Los principios internacionales. Desde la perspectiva de lo justo concreto*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1989, págs. 121-128.

44. Ver ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo 7, y SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 57, a. 2.

45. Sobre la distinción entre *ley natural* y *derecho natural* recomendamos la lectura de HERRERA, Daniel Alejandro, “Derecho natural y ley natural”, *Prudentia Iuris XXI-XXII*, Buenos Aires, enero-diciembre 1989, págs. 53-71.

Restableciendo la conexión entre la verdad sobre el hombre y los derechos fundamentales se combatirá, también, la concepción liberal-individualista de los derechos subjetivos, la cual, basándose en el mito del “estado de naturaleza”, concibe derechos preexistentes a la comunidad política, que se encuentran en oposición a ella y al fin común que ella persigue. Vale la pena recordar que el predecesor del papa Benedicto, Beato Juan Pablo II, defendió en diversas ocasiones los derechos de la comunidad política.

Seis décadas después de la Declaración de 1948, el ex Primado de Italia categóricamente rechazó la actitud de esquivar al fundamento. Debemos tener en cuenta que estas reflexiones pontificias responden no solo a un estudio teórico del tema, sino también a una constatación de lo ocurrido durante más de medio siglo en el ámbito internacional.

Si Benedicto XVI insistió constantemente –incluso ante auditorios no católicos– en el fundamento de los DD. HH., olvidando el “acuerdo práctico”, parecería ser que es porque reconoce la ineficacia del llamado derecho internacional de los derechos humanos como instancia autosuficiente, y porque se propone plantear una serie de criterios válidos universalmente para aquello que considera una recta comprensión e interpretación de los derechos humanos. Es que si lo justo positivo es aquello que depende del acuerdo de los hombres, los DD. HH. –de aceptarse el acuerdo práctico como fundamento– no serían derechos subjetivos naturales<sup>46</sup>. Y al no ser naturales, no podría plantearse su universalidad. Lo ha reconocido el profesor decididamente *no iusnaturalista* Laporta: “[...] si admitimos el rasgo de universalidad entonces tenemos que sacar los derechos humanos fuera del sistema jurídico positivo. Porque, en efecto, no hablamos de derechos que unos tienen y otros no tienen en función del sistema jurídico en que vivan. Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que

46. Siguiendo a Lamas, sostenemos que el derecho o *lo justo* se verifica de manera análoga en el objeto terminativo de la conducta justa, en la norma jurídica y en la facultad jurídica, poder jurídico o derecho subjetivo. De este modo, es posible hablar de un derecho subjetivo natural como algo justo por naturaleza. Cf. LAMAS, Félix Adolfo, “Dialéctica y derecho”, *Circa Humana Philosophia* N° III, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos “Santo Tomás de Aquino”, 1998, págs. 54-56.

los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo [...]”<sup>47</sup>.

También lo ha reconocido otro *no iusnaturalista* como Bulygin: “Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles [...]”<sup>48</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Podemos sintetizar la enseñanza de Benedicto XVI en lo siguiente: los DD. HH. no pueden depender del consenso, y solo en la medida en que se recuperen y sean verdaderamente tenidas en cuenta por las autoridades políticas las nociones de *naturaleza humana*, *ley natural*, *derecho natural* y *derechos subjetivos naturales* podrá garantizarse –al menos de un modo muy superior al actual– el auténtico respeto por la persona humana, que la Teología católica<sup>49</sup> reconoce creada a imagen y semejanza de Dios.

47. LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa* 4, 1987, pág. 32.

48. BULYGIN, Eugenio, art. cit., pág. 84.

49. No olvidemos que Joseph Ratzinger ha sido un prestigioso teólogo y que la cosmovisión católica es el marco teórico dentro del cual Benedicto XVI ha desarrollado sus enseñanzas.

# EL NEOCONSTITUCIONALISMO EN LA REFORMA DEL CC Y COM.: EL PROTAGONISMO DEL JUEZ EN EL ESTADO DE DERECHO Y EL PROBLEMA DEL MÉTODO DE PONDERACIÓN

DÉBORA RANIERI DE CECHINI<sup>1</sup>

## PLANTEO DEL PROBLEMA

Una atenta lectura del “Título Preliminar” del Anteproyecto del Código Civil y Comercial y sus Fundamentos presentado por la Comisión integrada por los Dres. Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento del Decreto presidencial N° 191 / 2011, muestra una cuestión relevante para la Teoría general del derecho desde el punto de vista ius-filosófico: que tal reforma integral colocará a nuestro ordenamiento jurídico privado en la vía de la llamada “constitucionalización del derecho”<sup>2</sup>.

1. Abogada y Doctoranda (UCA). Prof. Con Dedicación Especial en la Facultad de Derecho (UCA). Prof. Titular de Historia de la Cultura en UCA y UCES. Prof. Titular de Introducción al Derecho y Formación del Pensamiento Jurídico-Político (UCA). Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas (Instituto de Bioética), del Centro de Derecho Constitucional e Instituto de Derecho Eclesiástico (UCA) y de la Corporación de Abogados Católicos. Secretaria de Redacción de la Revista *Prudentia Iuris* (UCA).

2. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, en *Derecho mayor*, Temuco, Nro. 3, octubre de 2004, págs. 47-63.

La expresión “neoconstitucionalismo”, utilizada por primera vez por la jurista italiana Susanna Pozzolo<sup>3</sup>, ha significado principalmente un modo de interpretación jurídica realizada por el juez<sup>4</sup> caracterizada por la fundamentación de la decisión judicial en “principios” que se traducen superiores a las normas y que, al considerarse como valores morales positivizados, regulan directamente las controversias particulares. A su vez, el mejor modo de interpretar esos principios ha sido encontrado en el modelo de la “ponderación” que se aplica a cada caso particular en base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

La doctrina ha mostrado cómo este neoconstitucionalismo, además de afectar al derecho público constitucional, incidió en todas las ramas del derecho, especialmente el derecho privado, denominándose en tal ámbito el proceso de “constitucionalización del derecho privado” al que expresamente adhiere el proyecto de reforma del CC manifestado en los Fundamentos<sup>5</sup>. Aunque algunos han considerado de manera optimista este modelo, en el sentido de valorarlo como una superación del positivismo o una cuasi-vuelta al iusnaturalismo, sin embargo, ha sido pasible de numerosas críticas y cuestionamientos respecto a la incidencia en la estructura del Estado de Derecho dado que la ley va cediendo protagonismo a la jurisprudencia y la sustitución del legislador por el juez genera un nuevo método jurídico que toma distancia de la racionalidad del derecho y de la seguridad jurídica al abrir la posibilidad de una mayor discrecionalidad del sentenciante<sup>6</sup>.

3. Cf. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, texto traducido al castellano y publicado en *Doxa* 21-II, 1998, págs. 339-353.

4. En sus inicios esta interpretación fue llevada a cabo por los jueces de los Tribunales Constitucionales pero paulatinamente se ha ido extendiendo a un modo hermenéutico de los jueces en general.

5. Una completa y clara explicación sobre las ideas fundamentales del neoconstitucionalismo puede verse en ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIII, N° 1, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, julio 2010, págs. 79-102.

6. El Dr. Roberto Punte señala en este sentido en una editorial que “por este camino, se suelen seleccionar arbitrariamente del inmenso anaquel de opiniones que circulan por el mundo, aquellas que más le convienen al sentenciante, según su opi-

Nuestro objetivo en el presente texto es analizar cómo se ha diseñado tal *neoconstitucionalismo* en el proyecto de reforma y cuáles serían las problemáticas jurídicas que ya se estarían asomando en tal configuración. Seguiremos entonces el siguiente recorrido.

En primer lugar, analizaremos la nueva estructura de fuentes del derecho que contempla el proyecto, teniendo en cuenta los fundamentos dados sobre el Título Preliminar, tratando de entender cuál será el cambio fundamental que se operará respecto al CC vigente, especialmente en el lugar que ocupará la Constitución Nacional como fuente del derecho privado.

En segundo lugar, nos detendremos en el análisis de los orígenes del modelo de Estado Constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de mitad del siglo pasado y en cierta doctrina que le sirvió de inspiración. Así, entonces analizaremos cómo surgió el denominado neoconstitucionalismo, cuyos pilares han sido la constitucionalización del derecho privado (*drittwirkung der grundrechte*), caracterizado como la “irrupción” de los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales.

En tercer lugar, analizaremos en el derecho y doctrina iusprivatista, tanto nacional como extranjera, las vías de constitucionalización que, siguiendo a Corral Talciani, se denominan vías reformadora, indirecta o hermenéutica y directa<sup>7</sup>. Analizaremos cuál de estas vías ya

---

nión sobre el caso”, PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, *El Dial*, Suplemento de Derecho Constitucional, 12 de septiembre de 2012 (CC3OSE).

7. Consideramos apropiada la doctrina que considera que este proceso de constitucionalización admite grados, así por ejemplo se ha señalado que “se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Hay que subrayar, sin embargo, que el de constitucionalización es un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado”, COMANDUCCI, P., “Constitucionalización y teoría del derecho”, Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 23 de agosto de 2005, disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

se ha operado en el derecho civil nacional y cuáles expresamente incorporará el futuro Código.

En cuarto y último lugar, indicaremos las destacadas problemáticas señaladas por la doctrina en lo atinente a la constitucionalización del derecho privado, principalmente en los siguientes aspectos: mayor riesgo de inseguridad jurídica, textura abierta de los derechos fundamentales entendidos como valores, la contraposición entre derechos fundamentales y autonomía de la voluntad, el aumento de la judicialización de controversias de derecho privado, preponderancia del rol judicial en el Estado de Derecho y, por último, las dificultades del método de ponderación judicial.

## 1. LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARGENTINO

El proyecto de reforma incluye un Título Preliminar consignando en los fundamentos que su necesidad se basa en el presupuesto de que “el Código es el centro del ordenamiento jurídico referido al derecho privado”<sup>8</sup>, por lo que allí “deben consignarse las reglas generales de todo el sistema”<sup>9</sup> y “es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un *sistema de fuentes complejo*”<sup>10</sup>.

De este modo, el Título Preliminar contiene una cantidad de conceptos jurídicos relevantes para todo el derecho privado<sup>11</sup> y justamente dos de ellos, el atinente a las fuentes del derecho y el relativo a su

8. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 10.

9. *Ibíd.*, pág. 10.

10. *Ibíd.*, pág. 10 (el resaltado es nuestro).

11. Respecto al Título Preliminar se ha señalado que “no es un capítulo previo o introductorio sino que su función es la de aportar reglas que confieran una significación general a todo el articulado [...] sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas”, LIMODIO, G., “Luces y sombras del Título Preliminar”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, Buenos Aires, El Derecho, 2012, pág. 55.

interpretación, son los que presentan un cambio significativo comparado con el Código de Vélez.

La delimitación de aquellas fuentes que se consideran relevantes para un ordenamiento jurídico no es un tema menor ya que el término “fuente del derecho”<sup>12</sup> es empleado para indicar los actos o hechos de los cuales las normas que regulan la producción jurídica hacen derivar la creación, la modificación o la derogación de principios y reglas, o sea de disposiciones o normas, susceptibles de valer como “derecho” en el ámbito de un determinado ordenamiento jurídico.

Antes de señalar cuál será esa futura estructura de las fuentes y su interpretación, conviene señalar otra cuestión previa y que aunque no analizaremos aquí reviste importancia: consiste en el planteo sobre la pertinencia de que una ley de derecho común regule las fuentes del derecho, cuestionamiento realizado recientemente por la doctrina nacional<sup>13</sup>.

En tal sentido el Dr. Rodolfo Vigo ha señalado que lo tratado en el Título Preliminar ha sido “reivindicado en la actualidad por el derecho constitucional y por la Teoría del derecho”<sup>14</sup>, áreas del derecho que se han ocupado con mayor profundidad del problema de las fuentes y su interpretación, por lo que la mezcla realizada en el proyecto porta “cierta ambigüedad o falta de claridad”, advirtiendo ya un problema señalado por Pérez Luño que lo ha denominado como “el desbordamiento de las fuentes del derecho”<sup>15</sup>.

Del mismo modo, el Dr. Eugenio Palazzo recientemente se ha preguntado si “¿resulta pertinente que una ley de derecho común

12. Cf. V. CRISAFULLI, V., “Fonti del diritto (dir. cost.)”, voz de la *Enciclopedia de diritto*, XVII, Milán, Giuffrè, 1968, pág. 925.

13. Sobre esta cuestión en el derecho privado italiano ver CESARINI-SFORZA, W., *Il diritto dei privati* (1929), Milano, Giuffrè, 1963.

14. VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 63. El Dr. Vigo cita allí a los constitucionalistas Lucas Verdú y Alessandro Pizzorusso. Cf. un valioso análisis detallado sobre la problemática de las fuentes en la actualidad en PIZZORUSSO, A., “La producción normativa en tiempos de globalización”, en *ReDCE*, Año 6, Núm. 11, enero-junio/2009, págs. 231-317, disponible en [http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/10\\_PIZZORUSSO.pdf](http://www.ugr.es/~redce/REDCE11pdf/10_PIZZORUSSO.pdf).

15. VIGO, R., “Comentarios...”, ob. cit., pág. 6.

regule las fuentes del derecho, o debería hacerlo una ley de carácter federal?"<sup>16</sup>, para responder párrafos siguientes que no advierte "inconvenientes en que la Constitución o una ley federal establezcan pautas para las restantes fuentes del derecho interno, con la salvedad [...] de que no pueden resultar irrazonables"<sup>17</sup>. Por ello considera que "si bien el tema de las fuentes del derecho pertenece a la teoría general, y su regulación en cuanto a las emitidas por el Estado y a los mecanismos de aceptación de las acordadas con otros Estados, al derecho constitucional, corresponde destacar que numerosas ramas del derecho poseen fuentes específicas, y que en algunas de ellas la importancia de las distintas fuentes comunes es diferente a lo que ocurre en otras"<sup>18</sup>.

Sin embargo, coincidimos con De Castro y Bravo, para quien "la inclusión o exclusión de una fuente jurídica, el cambio en el orden establecido, constituye una alteración política de la organización social. Tienen auténtico carácter constitucional, porque significa señalar cuáles son los poderes a los que se confía la voluntad normativa creadora"<sup>19</sup>.

Por eso se ha señalado respecto a la pretendida reforma que "se está asistiendo a la demolición de un vasto edificio jurídico, elaborado a lo largo de los años por los autores, abogados, docentes y doctrinarios, la jurisprudencia de los tribunales, los fallos plenarios, los fallos de la Corte Suprema, los dictámenes de la Procuración General y del Tesoro, o sea, los precedentes, todos los cuales se refieren sin duda a artículos con diferentes numeraciones a las del futuro [...] Lo que habrá de nuevo que reinterpretar para ver si se aplican o no se aplican respecto de normas que tienen contextos absolutamente diferentes"<sup>20</sup>.

16. PALAZZO, E., "Apuntes sobre las fuentes y las ramas del derecho ante el título preliminar del Proyecto de Código Civil y Comercial", *El Derecho*, jueves 20 de septiembre de 2012, págs. 1-4.

17. Así precisa: "La Constitución puede establecer los alcances de la jurisprudencia constitucional, y aún ciertos límites a la costumbre", *ibíd.*, pág. 3.

18. *Ibíd.*, pág. 4.

19. DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, T. I, Madrid, Civitas, 1949, pág. 333.

20. PUNTE, R., "Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial", *ob. cit.*

De allí, más allá de la pertinencia o no de que un Código de derecho privado realice una ordenación de las fuentes del derecho para esa área del ámbito jurídico, conviene analizar el cambio que se producirá de ser aprobado el proyecto y especialmente de qué modo se entenderán los “valores” en la futura constitucionalización del derecho privado.

## **1.1. El Código Civil de Vélez Sársfield**

### *1.1.1. El Estado de Derecho y el principio de legalidad*

Desde el punto de vista metodológico, la primera diferencia que surge entre ambos Códigos es el modo de ordenar el sistema de fuentes.

Así, el de Vélez Sársfield introdujo dos “Títulos Preliminares”, el I “Sobre las leyes” y el II “Sobre el modo de contar los intervalos del derecho”, a través de veintinueve artículos en los cuales la clasificación y definición de las fuentes correspondía a un sistema formalista del derecho, cuya máxima expresión es la teoría positivista.

De este modo, los dos Títulos Preliminares del Código de Vélez se refieren a la ley como fuente central y casi exclusiva del derecho<sup>21</sup>, colocando a los contratos<sup>22</sup>, a las leyes extranjeras<sup>23</sup>, a los principios de leyes análogas<sup>24</sup>, a los principios generales del derecho<sup>25</sup>, a los usos y costumbres<sup>26</sup> y a las convenciones particulares<sup>27</sup> como fuentes secundarias del derecho y, por ende, en un nivel inferior a la ley<sup>28</sup>.

21. Cf. Arts. 1º a 11 del CC de Vélez.

22. Cf. Art. 12 del CC de Vélez.

23. Cf. Art. 14.

24. Cf. Art. 16.

25. Cf. Art. 16.

26. Cf. Art. 17.

27. Cf. Art. 21.

28. “En el Código de Vélez se habla de derecho como sinónimo de ley”, LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, ob. cit., pág. 58.

Así, como se ha señalado<sup>29</sup>, la idea de ley como norma única o máxima<sup>30</sup> estaba unida a tres conceptos fundacionales del derecho moderno: el de soberanía de Estado, el de monopolio del uso de la fuerza y el de la autosuficiencia del derecho. De este modo se perfiló el denominado “Estado de Derecho”, según el cual no hay poder por encima del derecho, el poder del Estado es la única garantía del derecho y todo el derecho se encuentra en el derecho positivo. La ley aparecía entonces como la expresión de la voluntad del Estado, excluyente, en principio, de toda otra fuente.

Por otro lado, esta preeminencia de la ley otorgaba una garantía no desdeñable para el derecho: la seguridad jurídica. Al respecto se ha señalado que “esta masa normativa tiene una ventaja práctica: suele gozar de un tipo de publicidad que, al menos, brinda a sus destinatarios alguna certeza en su identificación. Lo que no es poco”<sup>31</sup>.

El “Estado de Derecho” justamente había otorgado preeminencia a un valor: “[...] la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos”<sup>32</sup>. Ahora bien, el Estado de Derecho fue adquiriendo, con el correr de los siglos, diferentes formas<sup>33</sup>, siendo una de ellas la forma liberal cuyo punto central fue ocupado por el principio de legalidad que expresó “la idea de la ley como

29. Cf. RUSSO, E. A., “La jurisprudencia como fuente del derecho”, *La Ley*, 1-1-2002, pág. 36.

30. Como ha señalado un catedrático del derecho constitucional de la Universidad de Pisa, “en la época de mayor desarrollo de la ideología de la codificación, que en el área del ‘civil law’ resultó netamente preeminente [66], se enfocó a la ‘ley’ con un papel casi exclusivo frente a las demás formas de producción normativa, reduciéndose todas las demás fuentes a un papel subordinado”, PIZZORUSSO, A. M., “La producción normativa en tiempos de globalización”, en *ReDCE*, Año 6, Núm. 11, enero-junio/2009, pág. 266, disponible en [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

31. GUIBOURG, R. A., “Teoría general del derecho. Fuentes del derecho”, *La Ley*, 1-1-2003, pág. 119.

32. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2005, 1995, pág. 21. Este autor ha desarrollado una precisa descripción del pasaje del Estado de Derecho al Estado Constitucional en las páginas 21 a 45.

33. Se ha señalado que el Estado de Derecho, carente de contenidos, ha servido tanto para fundamentar un Estado liberal como uno totalitario. Cf. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ob. cit., págs. 22-23.

acto normativo supremo e irresistible”<sup>34</sup>. De este modo, el Estado de Derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho.

Conviene recordar además que el positivismo jurídico entendido como “ciencia de la legislación positiva” que conformó el trinomio Estado de Derecho-principio de legalidad-concepto de ley, presupuso una situación histórica concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Se redujo así todo lo perteneciente al mundo del derecho a lo dispuesto por la ley, concibiendo incluso a la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, ya sea como una simple exégesis o como “una simple y pura búsqueda de la voluntad del legislador”<sup>35</sup>.

Sin embargo, el principio de legalidad aún en pleno desarrollo del Estado de Derecho no fue pacífico en su acaecer judicial. De allí que ya los mismos códigos decimonónicos preveían el recurso a otras fuentes del derecho para interpretar la ley<sup>36</sup>.

De allí que el principio de legalidad para su concreción necesitó de un modo interpretativo. La cuestión sobre la “interpretación de la ley o del derecho” ha constituido siempre un gran escollo para la teoría y filosofía del derecho ya que, como ha señalado Massini Correas, “es una verdad casi universalmente aceptada que, en el necesario proceso de determinación, aplicación o concreción del derecho, existe un inevitable momento interpretativo [...] se encuentra siempre una cierta actividad interpretativa, es decir, de determinación del significado de un texto jurídico-normativo”<sup>37</sup>. Ahora bien, justamente el CC de Vélez estableció en su Artículo 16 una regla interpretativa que ha sido

34. *Ibíd.*, pág. 24.

35. *Ibíd.*, pág. 33.

36. “Ninguna norma, por más meticulosa en su regulación, podrá por sí sola proveer todos los supuestos; más aún, en muchos casos su interpretación literal en atención al caso concreto conspirará contra los propios fines que se tuvieron en miras al sancionarla”, COSSARI, L. N., “Lagunas legales y analogía”, *La Ley*, 2012-C, pág. 1254.

37. MASSINI CORREAS, C. I., *Filosofía del derecho. Tomo III: El conocimiento y la interpretación jurídica*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2008, pág. 211.

muy analizada por la doctrina, especialmente en lo atinente a los principios generales del derecho. Veamos en qué consiste.

### *1.1.2. La regla de interpretación de la ley en el Artículo 16 CC y los principios generales del derecho*

El Artículo 16 del CC de Vélez establece: “Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los *principios de leyes análogas*; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los *principios generales del derecho*, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

De este modo, si las palabras de la ley o su espíritu son insuficientes para su interpretación, los principios generales del derecho se convierten en guía interpretativa de la ley, elemento que parecería romper con el modelo positivista al otorgar carácter de fuente a un elemento “extralegal”<sup>38</sup>.

Según la doctrina, “los principios generales del derecho son aquellos juicios de valor, anteriores a la formulación de la norma positiva, que se refieren a la conducta de los hombres en su interferencia intersubjetiva, que fundamentan la creación normativa y legislativa o consuetudinaria”<sup>39</sup> y han sido considerados como “auténticas normas jurídicas en cuanto a su esencia misma”<sup>40</sup> o “formulación de normativa primaria”<sup>41</sup> e incluso han sido valorados como “la piedra angu-

38. Respecto a este Artículo 16 del Código Civil se ha señalado que “contiene un claro mandato para los magistrados: No hay excusa para dejar de juzgar y donde el imperfecto ‘sistema’ normativo no prevé la solución del caso, será el juez quien la provea, ya por vía de la analogía, ya por los principios generales del derecho ‘teniendo en consideración las circunstancias del caso’”, VALDEZ, M. P., “Justicia por analogía”, *La Ley* 2002-F, pág. 988.

39. DÍAZ COUSELO, J. M., *Los principios generales del derecho*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1971, pág. 79.

40. RUIZ, J. M., “Los principios generales del derecho”, *La Ley*, DJ 1998-1, pág. 316.

41. FERREIRA RUBIO, D. M., *La buena fe, el principio general en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo, 1984, nota 3, pág. 37.

lar del derecho [...] proposiciones verdaderas, capitales, originarias o previas a algo"<sup>42</sup>.

De allí que los principios generales del derecho han sido considerados como "las principales verdades prácticas, de una serie de otras, que les siguen constituyendo un sistema [...] pueden describirse como el conjunto de verdades jurídicas nacidas en el mismo derecho y dotadas de poder generativo para que sigan naciendo otras verdades jurídicas en el mismo derecho"<sup>43</sup>.

Según lo recordado en los *Fundamentos* de la reforma que analizamos la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "[...] la regla de interpretación prevista en el Artículo 16 excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno"<sup>44</sup>.

En tal sentido el Dr. Gabriel Limodio ha destacado que "en doctrina, y desde hace poco más de dos décadas, el tema ha adquirido singular importancia, sobre todo aceptando que los principios jurídicos proponen un ámbito integrativo del ordenamiento jurídico"<sup>45</sup>.

También se caracterizó a los principios generales del derecho como "aquellas ideas directrices que han adquirido a través de su proyección teleológica la función práctica de principios reguladores del comportamiento humano y organizadores de las instituciones jurídicas, son las que constituyen el fundamento lógico y axiológico de los sistemas normativos parciales comprendidos en un orden jurídico positivo cualquiera y respectivamente subsumibles en ellos"<sup>46</sup>.

42. PUY MUÑOZ, F., *Sobre los principios generales del derecho*, Bilbao, Deutso, 1989, pág. 441. También se ha señalado que "suele recurrirse a ellos ante la ausencia de una solución normativa expresa o para reforzar alguna decisión judicial", GUIBOURG, R., "Teoría general del derecho. La interpretación", *La Ley*, 1-1-2003, pág. 131.

43. AYUSO TORRES, M., "Los principios generales del derecho en el nuevo derecho constitucional. Una visión problemática", en LAMAS, F. (coord.), *Los principios y el derecho natural en la metodología de las ciencias prácticas*, Buenos Aires, Educa, 2002, pág. 122.

44. Fallos: 312:257, cit. en *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 11.

45. LIMODIO, G., "Luces y sombras...", ob. cit., pág. 58.

46. SMITH, J. C., "Carácter, función y relatividad de los principios generales del derecho", *La Ley*, 1981-D, pág. 1203.

Sin embargo, la naturaleza jurídica de estos principios no ha sido considerada de modo uniforme por la doctrina ya que existen al abordar el tema de los principios generales del derecho dos posturas claramente diversas: una positivista y la otra de carácter iusnaturalista<sup>47</sup>.

Así para la primera postura –la positivista– estos principios surgen del derecho positivo<sup>48</sup>, mientras que para la segunda postura en los mismos se encuentra el origen del orden jurídico, son de “una existencia anterior y superior a los diversos y varios ordenamientos concretos”<sup>49</sup>, es decir que los mismos se encuentran radicados fuera del ordenamiento positivo vinculándose con la idea del derecho natural<sup>50</sup>.

Según Ricardo Lorenzetti la cuestión “de saber si los principios son los valores del derecho natural o bien se encuentran en el derecho positivo vigente, o constituyen un producto histórico [...] este tema ha disminuido en su importancia [...] De modo que una lectura minuciosa de las fuentes de creación jurídica da la impresión de que queda poco en el derecho natural o en la historia o en la naturaleza de las cosas que no esté incorporado de alguna manera en el lenguaje normativo”<sup>51</sup>.

47. Cf. RUIZ, J. M., “Los principios generales del derecho”, ob. cit., pág. 316. Pueden encontrarse en este enfoque a FERREIRA RUBIO, D. M., ob. cit., nota 3, pág. 31; BORDA, G., *Tratado de derecho civil*, Parte General, T. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, nota 2, pág. 116; DÍEZ PICAZO - GUILLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, vol. 1, Madrid, Tecnos, pág. 167; DÍAZ COUSELO, J. M., ob. cit., nota 1, págs. 72-74; RIVERA, J. C., *Instituciones de derecho civil, parte general*, T. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, pág. 131, sostiene que los principios generales pueden tener cabida en ambos conceptos –derecho positivo o derecho natural– y BORGA, E. E., “La naturaleza de los principios generales del derecho”, en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, año IV, Nº 8, t. IV, enero-julio 1962, pág. 398.

48. ESSER, J., *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Barcelona, Bosch, 1961, cit. en RODRÍGUEZ BOENTE, S., *Los principios generales del derecho*, Univ. Santiago de Compostela, 2008, pág. 49.

49. TORRES LACROZE, F., *Manual de introducción al derecho*, Buenos Aires, La Ley, 1967, pág. 150 y AFTALIÓN, E.; GARCÍA OLANO, F., *Introducción al derecho*, Buenos Aires, El Ateneo, 1939, pág. 559 y sigs.

50. BORDA, G., ob. cit., nota 1, pág. 116.

51. LORENZETTI, R., *Las normas fundamentales de derecho privado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1995, nota 5, págs. 259-260. Similar discusión se ha dado en la doc-

Sin embargo, si nos remitimos a la fuente del Artículo 16 citada por el mismo Vélez Sársfield en la nota respectiva, el Artículo 7º del Código Civil austríaco, de 1812, textualmente expresaba: “No pudiendo ser resuelto un caso, ni por las palabras ni por el sentido natural de una ley, deberá estarse a los casos semejantes resueltos en las leyes y tomarse en consideración los fundamentos de otras leyes análogas. Si no obstante el caso jurídico permanece dudoso, deberá decidirse de acuerdo con los principios *naturales* del derecho teniendo en cuenta las circunstancias reunidas y meditadamente apreciadas”. Por ello se ha señalado que “como se ve, esta norma remite expresamente en los casos de duda insuperable a los principios naturales del derecho a los que la doctrina más difundida ha identificado con los principios del derecho natural”<sup>52</sup>.

Si bien esta cuestión sobre los principios generales del derecho excede el objetivo de nuestro presente trabajo, consideramos oportuno señalar entonces que el sistema legalista y formal en cuanto al sistema de fuentes en el Código de Vélez establecía como regla de interpretación de la ley el recurso a los principios generales del derecho, fuente que no ha sido considerada del mismo modo por la doctrina

---

trina italiana: “En torno al problema de la interpretación de la ley, de las lagunas del derecho positivo y de las fuentes de éste, la opinión de los juristas italianos se ha dividido en dos tendencias que, dando ambas supremacía al texto legal, buscan, sin embargo, con distinta doctrina abrir un camino renovador a la jurisprudencia, discutiendo a propósito del Art. 3º (Tít. prel.) del Código Civil italiano el alcance de los conceptos ‘analogía’ y ‘principios generales del derecho’, y si estos principios han de ser los del derecho positivo patrio o el derecho natural, así como la ‘naturaleza de los hechos’ (equidad) como fuente de derecho”, MÉNDEZ CALZADA, L., “Rol de la jurisprudencia entre las fuentes subsidiarias de derecho en la legislación argentina”, *La Ley on line*, Año 6, Nº. 1360, 18 de agosto de 2010.

52. SMITH, J. C., “Carácter, función y relatividad de los principios generales del derecho”, ob. cit., pág. 1205. Este autor ha señalado agudamente respecto a las dos interpretaciones sobre los principios que “la controversia examinada [...] se origina sin duda en la errónea suposición de que en las áreas objetivas del conocimiento jurídico subyace un dualismo ontológico. Dualismo que si bien no es frontalmente reconocido, es al menos configurado a través de las consideraciones parciales que aquellas direcciones hacen de una misma realidad”, *ibíd.*, pág. 1206.

especializada<sup>53</sup> pero que obtendrá aún mayor relevancia en el esquema del proyecto actual e incluso se planteará la misma disyuntiva con otra fuente análoga<sup>54</sup>: los valores jurídicos que serán objeto de nuestro análisis.

## **1.2. El Título Preliminar del proyecto de reforma del CC y Com.**

### *1.2.1. La distinción entre ley y derecho*

El proyecto de CC incluye un único Título Preliminar subdividido en cuatro capítulos: 1. Derecho, 2. Ley, 3. Ejercicio de los derechos y 4. Derechos y bienes, repartidos a lo largo de dieciocho artículos. Pero la diferencia no es solamente metodológica o de división de temas ya que tal cambio de división y clasificación implica una reforma en la concepción jurídica de base.

53. Así por ejemplo la cuestión central ha sido planteada por Camilo Tale al señalar que “los jueces para decidir, aunque utilicen recursos del sistema legal, necesitan introducir criterios externos de selección o preferencia que al fin y al cabo son los que determinan la norma a aplicar, norma que el sistema legal de suyo puede no dar [...] lo mismo sucede para el caso de valernos de principios generales del derecho. ¿A cuál principio recurrir para colmar el vacío legal, si dos principios generales del derecho argentino llevan cada uno a soluciones contrarias?”, TALE, C., “El derecho ‘a veces’ no es lo que las leyes dicen”, *La Ley* 2003-C, pág. 1492.

54. La analogía entre principios generales del derecho y valores jurídicos ha sido mostrada por la doctrina que al analizar el Art. 16 del CC hace referencia a los valores. Así, por ejemplo, se ha señalado que “el juez es llamado a decidir aun cuando la cuestión civil no pueda resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley; y es allí donde de modo manifiesto como elaborador de la norma (sentencia) debe apelar a la historicidad, nutrirse de los hechos, de los valores, recurrir al elemento sociológico y axiológico para insertarlo en el normativo [...] Las normas a través de los hechos concretan valores que reflejan, en definitiva, la historia que arrastra la comunidad, lo que la sociedad es”, SIMARI, V., “La historicidad del derecho en la respuesta del juez frente a la laguna”, *La Ley, Sup. Act.* 4-9-2008, pág. 1.

En primer lugar, el proyecto distingue la “ley” del “derecho como sistema”<sup>55</sup>, advirtiendo que “una identificación entre ambos no es admisible en el estadio actual de la evolución jurídico-filosófica”<sup>56</sup>.

Esta distinción ha sido considerada beneficiosa por la doctrina. Así, por ejemplo, se ha señalado que “parece un acierto frente a la estructura originaria del Código Civil que la asimilaba”<sup>57</sup> y que “merece tenerse en cuenta la teoría de las fuentes del derecho que sustenta el proyecto desplazando del lugar privilegiado en el que estaba en el siglo XX a la ley positiva [...] es esta una cuestión que no se distinguía en el Código de Vélez, en el cual se habla de derecho como sinónimo de ley, quizá sin advertir con toda intensidad su implicancia”<sup>58</sup>.

Sin embargo, la misma doctrina que ha elogiado la distinción entre derecho y ley concuerda en cuestionar cierta incoherencia en la redacción en general del proyecto. Así, según Rodolfo Vigo, “en el articulado no aparece asumida (esa distinción) claramente [...] en el capítulo supuestamente dedicado al derecho termina hablándose solo de la ley y su interpretación”<sup>59</sup>.

Por otro lado, como veremos en los apartados dedicados a las otras fuentes del derecho, también se ha advertido sobre los proble-

55. La concepción del derecho como sistema es atribuida al filósofo Hart y ha sido desarrollada por la doctrina en los últimos treinta años, la cual ha mostrado ciertas problemáticas a las que nos referiremos cuando analicemos el método de ponderación. Cf. HART, H. L. A., *El concepto de derecho*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1963, pág. 3 y sigs.; y MORESO, J. J. y NAVARRO, P. E., *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, CEC, 1993, pág. 21 y sigs.

56. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 12. A continuación de esta afirmación colocan como ejemplo al Código Civil italiano, el cual establece una parte general en la que coloca el Capítulo 1, “Delle fonti del diritto” y el Capítulo 2, “Dell’ applicazione della legge in generale”.

57. “Resumen Ejecutivo”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 18.

58. LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, ob. cit., pág. 58. En igual sentido el Dr. Vigo ha afirmado que “la distinción entre derecho (capítulo 1) y la ley (capítulo 2) parece un acierto frente a la estructura originaria de Código Civil que las asimilaba”, VIGO, R., “Comentarios al capítulo 1...”, ob. cit., pág. 61.

59. VIGO, R., “Comentarios al capítulo 1...”, ob. cit., pág. 65.

mas reales que podrían seguirse ante una ley que se considera desvalorizada frente a otras fuentes, especialmente el rol otorgado a la jurisprudencia, ya que “semejante responsabilidad en manos de los jueces reclama una muy clara y sólida preparación científica, prudencial y ética, pues el riesgo de la discrecionalidad es que degenera en arbitrariedad y el reductivismo del derecho a la jurisprudencia”<sup>60</sup>. Desarrollaremos la cuestión de la jurisprudencia como fuente más adelante.

Además respecto al “derecho” se han señalado dos cuestiones: por un lado, la pregunta sobre ¿cuál sería la distinción entre ley y derecho dado que en el articulado del proyecto se los termina usando indistintamente?<sup>61</sup>, y, por otro lado, ¿cuál es el concepto de derecho que implícitamente entienden los redactores?, dado que no lo han definido en los artículos. De allí que, como ha señalado el Dr. Gabriel Limodio, la lectura de los aspectos valorativos que se realizan en los Fundamentos “demuestra que a pesar de que en algunos puntos, por ejemplo cuando se refiere al derecho, no se inclina por una definición, propone un nuevo paradigma para la sociedad civil”<sup>62</sup>.

En tal sentido Zagrebelsky ha señalado que la distinción entre *ius* y *lex* se ha convertido en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias: así, la *ley* expresa los intereses, las intenciones y los programas de los grupos políticos mayoritarios; mientras que los *derechos* se consideran inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como “patrimonio jurídico” de sus titulares, independientemente de la ley<sup>63</sup>.

60. *Ibíd.*, pág. 65. En tal sentido, el Dr. Félix Lamas ha señalado recientemente en el Seminario del Doctorado en Ciencias Jurídicas (UCA, 7 de septiembre de 2012) que la “ley siempre es razón sin pasión mientras que la sentencia del juez es razón con ‘pasión’”, por lo que se sigue que la ley, causa ejemplar y eficiente del derecho, debe ser revalorizada frente al peligro de la arbitrariedad del juez.

61. “La distinción entre derecho (capítulo 1) y la ley (capítulo 2) parece un acierto frente a la estructura originaria del Código Civil que las asimilaba, aunque en el desarrollo de los artículos de ambos capítulos esa distinción queda en buena medida diluida”, VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1...”, *ob. cit.*, pág. 63.

62. LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, *ob. cit.*, pág. 55.

63. Cf. ZAGREBELSKY, G., “La separación de los derechos respecto de la ley”, en *El derecho dúctil...*, *ob. cit.*, págs. 47-51.

Por último, la expresión “el derecho es un sistema” dista mucho de tener un significado unívoco<sup>64</sup>, identificándose al menos dos sentidos con esa expresión. Por un lado, puede referirse a un uso teórico u ontológico según el cual el derecho de cualquier comunidad política estaría formado no por un conjunto inconexo de normas jurídicas, sino por un conjunto unitario o estructurado de normas, donde éstas, además, presentan algún tipo de relación entre sí, mereciendo el conglomerado formado por ambos elementos, la denominación de “sistema jurídico”<sup>65</sup>.

Del otro lado, la noción de sistema es básicamente una herramienta o instrumento metodológico según el cual el material normativo constitutivo de un orden jurídico tiene que ser reconstruido en términos de “sistema” consistiendo en la reconstrucción teórico-conceptual de un material identificado previamente como “derecho”<sup>66</sup>. Pero también esta concepción presenta problemas y paradojas, particularmente “los vinculados a la distinción entre la pertenencia de las normas a un sistema jurídico y su aplicabilidad y también a la identificación de las normas jurídicas a las que asignar uno u otro atributo”<sup>67</sup>. De allí que la confusión en el ordenamiento de las fuentes del derecho es un problema que también se presenta en esta idea del derecho como sistema al que adscribe el proyecto de reforma.

De este modo, el capítulo 1 dedicado al “Derecho” regula las fuentes y aplicación (Art. 1º), la interpretación (Art. 2º) y el deber de resolver del juez (Art. 3º); luego el capítulo 2 dedicado a la “Ley” establece el ámbito subjetivo (Art. 4º), la vigencia (Art. 5º), el modo de

64. Cf. PEÑA FREIRE, A. M., “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas”, en COMANDUCCI, P. y GUASTINI, R. (a cura di), *Analisi e diritto*, 2001, págs. 193-230, disponible en [http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi\\_2001/9penafreire.pdf](http://www.giuri.unige.it/intro/dipist/digita/filo/testi/analisi_2001/9penafreire.pdf).

65. Cf. GARZÓN VALDÉS, E. y LAPORTA, F. J., *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1966, pág. 161.

66. Cf. CARACCILO, R., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, CEC, 1988, pág. 11.

67. PEÑA FREIRE, A. M., “Los sistemas jurídicos y la aplicabilidad de sus normas”, ob. cit., pág. 194.

contar los intervalos en derecho (Art. 6º), la eficacia temporal (Art. 7º) y el principio de inexcusabilidad (Art. 8º).

### 1.2.2. Fuentes y aplicación del derecho: el Artículo 1º del Proyecto

El Dr. Ricardo Lorenzetti ha señalado que el Código ha perdido centralidad y se ha ido desplazando progresivamente porque “las bases axiomáticas para el razonamiento legal están situadas en un sistema que excede al Código y que debe ser desentrañado por el intérprete mediante un proceso de identificación de fuentes y de normas fundamentales”<sup>68</sup>.

De este modo entonces, junto a la ley como fuente del derecho, coloca a otras fuentes que considera dentro del capítulo 1 sobre “Derecho”, fuentes que terminarían siendo más protagonistas que la ley ya que, como veremos, constituirá la nueva regla de interpretación. Así, aunque el capítulo se refiere al derecho, el Artículo 1º establece que los casos que este Código rige deben ser resueltos *según las leyes que resulten aplicables* (confusión entre ley y derecho como indicáramos en el párrafo anterior).

En los *Fundamentos* se aclara que la interpretación de la ley deberá “recorrer a todo el sistema de fuentes”<sup>69</sup>, de allí que abiertamente la ley pasa a ser tamizada en su protagonismo por las nuevas reglas de interpretación.

El Artículo 1º establece que la interpretación de las leyes aplicables “debe ser conforme con la Constitución Nacional<sup>70</sup> y los tratados en los que la República sea parte”<sup>71</sup>. Esta explícita mención a la

68. LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 35.

69. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 14.

70. “[...] la codificación se origina en el derecho continental europeo, y este tarda en reconocerle a la Constitución fuerza normativa: se la consideraba más un documento político [...] Nuestra codificación civil responde al molde continental europeo, y en su regulación de las fuentes [...] ha respetado ese modelo”, PALAZZO, E., “Apuntes sobre las fuentes...”, ob. cit., pág. 3.

71. Cf. Art. 1º del Proyecto de Reforma.

Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial implica la “constitucionalización del derecho privado” que por su complejidad abordaremos detalladamente en los apartados siguientes, siendo el tema central de nuestra investigación.

### *1.2.3. La Constitución Nacional como fuente del derecho civil en el derecho comparado*

Antes de analizar el origen de esta constitucionalización del derecho privado y cómo lo instrumentará el proyecto de reforma, conviene que nos detengamos en la regulación de las fuentes en los códigos civiles del derecho comparado, es decir, advertir si los códigos de derecho privado civil de otros Estados incluyen entre sus fuentes de manera expresa a la Constitución Nacional.

Respecto a la legislación europea, el Código Civil italiano<sup>72</sup> establece en el Artículo 1º las fuentes del derecho privado en el siguiente orden: 1) las leyes<sup>73</sup>, 2) los reglamentos, 3) las normas corporativas<sup>74</sup> y 4) las costumbres. Luego, el Artículo 12 regula la interpretación de la ley estableciendo que “al aplicar la ley no puede otorgársele otro sentido que el dado en las mismas palabras de la ley, en conexión con el mismo tipo de leyes y con la intención del legislador. Si una controversia no puede resolverse con una disposición precisa, se deben tener en cuenta disposiciones que regulan casos similares o materias análogas; en caso de permanecer la duda, se debe decidir según los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado”. No hay mención expresa entonces sobre la Constitución.

72. El Código Civil italiano fue aprobado el 16 marzo 1942 y la última reforma se realizó en el año 2000.

73. Aquí el inciso remite al Art. 117 de la Constitución italiana, el cual establece que “la potestad legislativa es ejercitada por el Estado y las regiones con respeto a la Constitución”.

74. Esta fuente ha sido derogada en 1944.

El Artículo 1º del Código Civil español<sup>75</sup> establece que “las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre<sup>76</sup> y los principios generales del derecho”<sup>77</sup> (inc. 1). Respecto a las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales, “no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado” (inc. 5); y respecto a la jurisprudencia que “complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho” (inc. 6).

El Artículo 3º establece que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas” (inc. 1) y que “la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales solo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita” (inc. 2). Nuevamente no hay mención expresa de la Constitución Nacional como fuente del derecho civil.

El Título Preliminar del Código Civil francés<sup>78</sup> solo menciona a la ley<sup>79</sup> y aún en la última reforma de 2004 la Constitución Nacional no es mencionada de modo expreso.

75. El Código Civil español fue aprobado en 1889.

76. El inc. 3 establece que “la costumbre solo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre”.

77. El inc. 4 establece que “los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

78. El Código Civil francés ha sido sancionado en 1804 y ha sufrido numerosas reformas desde entonces. En lo atinente al Título Preliminar su reforma corresponde a 2004.

79. El Título Preliminar se compone de seis artículos en los que establece la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes en general.

Si nos dirigimos a la legislación comparada en Latinoamérica, vemos que el Código Civil de la República Oriental del Uruguay<sup>80</sup> contiene en su Título Preliminar, en veinte artículos, todo lo atinente a la ley y respecto a su interpretación el Artículo 16 establece que “cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso” y el Artículo 17 expresa: “[...] cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su sanción”. Ninguna mención expresa nuevamente a la Constitución Nacional.

Del mismo modo, el Título Preliminar del Código Civil chileno<sup>81</sup> regula solamente la ley y respecto a su interpretación establece que “cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento” (Art. 19); luego, “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal” (Art. 20). Ninguna mención nuevamente a la Constitución Nacional.

El Título Preliminar del Código Civil de Perú<sup>82</sup> también regula la fuente principal, la ley y en caso de deficiencia de la misma, el Artículo 8° establece que “los jueces deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Sin embargo, en el Artículo 10 referido a los “vacíos de la ley” se inserta una regulación novedosa y afín con el neoconstitucionalismo al ex-

80. Su última reforma fue realizada en 2006.

81. Su última actualización ha sido realizada en el año 2000.

82. Promulgado en julio de 1984.

presar que “la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Constitucional y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación”.

El Código Civil de Colombia<sup>83</sup> establece en el Artículo 1º que reúne las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles, las cuales “son aplicables en los asuntos de la competencia del gobierno general con arreglo a la Constitución”; luego el Artículo 4º define la ley como “declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional”. Sin embargo, al regular la interpretación de la ley, el Artículo 32 establece que “se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Por último, el Código Civil de México<sup>84</sup> regula como fuente principal la ley y el Artículo 19 establece que “las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales del derecho”. Tampoco hay referencia sobre la Constitución Nacional.

Este breve recorrido por los códigos del derecho comparado nos permite comprender la innovación que el proyecto de reforma introduce al colocar expresamente a la Constitución como fuente del derecho privado. Si bien su no mención en otros códigos no implica que tales ordenamientos jurídicos no hayan adoptado también la constitucionalización del derecho privado, no podíamos dejar de pasar por alto esta diferencia importante en el catálogo de las fuentes y su interpretación por parte del proyecto de reforma<sup>85</sup>.

83. Sancionado en 1887, cuya última reforma se realizó en 2003. Sobre el proceso de constitucionalización en Colombia ver SIERRA GUTIÉRREZ, A., “Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas”, en *Justicia Juris*, Vol. 7, N° 1, enero-junio 2011, págs. 117-127.

84. Sancionado en 1928.

85. Una de las transformaciones derivadas del proceso de constitucionalización de los sistemas jurídicos es la multiplicación del impacto de la Constitución en la praxis jurídica y política, SEOANE, A., “La transformación de los sistemas jurídicos

## 2. LOS ORÍGENES DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

### 2.1. *La Ley Fundamental de Bonn (1949) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán: el Caso "Lüth"*

El 23 de mayo de 1949 (a cuatro años de finalizada la Segunda Guerra Mundial), se sancionó la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, conocida como Ley Fundamental de Bonn<sup>86</sup>, cuyos rasgos esenciales consistieron, por un lado, en una fuerte salvaguardia de la Constitución, a través tanto de la prohibición de restringir los derechos fundamentales como de la limitación para cambiarla, y, por otro, en la intervención del Poder Judicial en el control de los poderes estatales<sup>87</sup>.

La doctrina ha señalado que esta Constitución significó un cambio respecto al modelo constitucional decimonónico ya que –según las textuales palabras del jurista alemán, Konrad Hesse– “no apareció únicamente como una ley que determinó las competencias, procedimientos y delimitaciones, sino también como la proclamación de un sistema de valores o de un sistema cultural sin el cual nadie puede vivir, tiene el significado de una base espiritual del nuevo Estado”<sup>88</sup>.

Esto es lo que la doctrina ha denominado como el abandono de la perspectiva formal de la Constitución para convertirse en un conjunto de valores, principios, derechos y directrices que guían la vida jurídica

---

contemporáneos y los orígenes del neoconstitucionalismo”, *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pág. 314.

86. La *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania*, del 23 de mayo de 1949, sufrió cincuenta y dos revisiones desde aquella fecha, siendo la última revisión del 28 de agosto de 2006. Cf. *Ley Fundamental de la República Federal*, traducción al castellano realizada por Editorial Bundestag, Berlín, 2009.

87. La razón de ser de este diseño constitucional puede comprenderse por el mismo contexto histórico en que se originó. Se ha señalado que esta Constitución trató de evitar los errores de la Constitución de Weimar de 1919, por lo que se fortalecieron órganos supremos federales, excluyéndose así toda posibilidad de un sistema presidencial. Cf. “La Ley Fundamental de Bonn en su 40 aniversario. El jurista alemán Konrad Hesse analizó su evolución y problemática”, *Boletín Informativo* N° 182, agosto-septiembre 1988, págs. 42-46.

88. *Ibíd.*, pág. 43.

y política. Así, la nueva orientación del Estado de Derecho “significó el paso del Estado Formal al Estado Material, del Estado Liberal al Estado Social, del Estado Legislativo al Estado Judicial”<sup>89</sup>.

De este modo, el Artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn estableció el fundamento central de dicha constitución: los derechos fundamentales. Así, antes de enumerar cada uno de estos derechos, expresó tres ideas centrales<sup>90</sup>:

(1) *La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*

(2) *El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*

(3) *Los derechos fundamentales vinculan a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial como derecho directamente aplicable.*

Ahora bien, la doctrina ha señalado que “no cabe duda de que un factor esencial, tal vez el más decisivo para el éxito de la Ley Fundamental, fue la interpretación que le ha dado el Tribunal Constitucional Federal alemán a través de su jurisprudencia. Por medio de sus sentencias que han resuelto recursos de amparo o cuestiones de inconstitucionalidad de leyes, este tribunal ha dado vida y vigor a los derechos fundamentales y a los principios rectores del Estado”<sup>91</sup>.

De allí que, si bien el contenido de este Artículo 1º ha sido considerado como el origen del nuevo Estado de Derecho Constitucional, será sin duda tiempo después donde se inicie ese proceso de cambio cuando el Tribunal Constitucional Federal Alemán interprete el Cód-

89. SEOANE, A., “La transformación de los sistemas jurídicos contemporáneos y los orígenes del neoconstitucionalismo”, *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pág. 313.

90. Cf. *Ley Fundamental de la República Federal*, traducción al castellano realizada por Editorial Bundestag, Berlín, 2009, pág. 14.

91. ELSNER, G.; HUBER, R. y STEINER, Ch., “Prólogo”, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schawabe*, Berlín, Konrad-Adenauer, 2009, pág. 18. “La Constitución ha experimentado una gran evolución por medio de las sentencias dictadas por el Tribunal Federal de garantías constitucionales”, “La Ley Fundamental de Bonn en su 40 aniversario. El jurista alemán Konrad Hesse analizó su evolución y problemática”, ob. cit., pág. 46.

go Civil alemán a la luz de la Ley Fundamental de Bonn en el *leading case* “Lüth”<sup>92</sup>, sentencia que se basó a su vez en la doctrina alemana, especialmente Dürig, respecto a la interpretación de tal Artículo 1<sup>o</sup>.

Antes de detallar los argumentos vertidos en la sentencia, nos detendremos brevemente en los hechos<sup>93</sup>.

En los años cincuenta, en Alemania, Erich Lüth<sup>94</sup>, presidente de una organización privada de prensa en Hamburgo, había llamado públicamente, ante productores y directores de cine, al boicot de la película *Unsterbliche geliebte*<sup>95</sup>, dirigida por el actor y director de cine, Veit Harlan<sup>96</sup>, argumentando que dicho director había sido en la época nacionalsocialista un difusor de películas al servicio de la ideología de ese régimen. El productor de la película solicitó una medida cautelar ante el Tribunal de Hamburgo a través de la cual pretendía se prohibiese a Lüth continuar con el boicot, especialmente dirigido a propietarios de teatros y compañías distribuidoras de películas.

El Tribunal local hizo lugar a la demanda fundándose en el Artículo 826 del Código Civil alemán, según el cual “quien, de modo contrario a las buenas costumbres, cause daños dolosamente a otro, está obligado a la reparación del daño”. Así, decidió condenar “al demandado, so pena de prisión o multa (que deberá ser determinada judicialmente), a: 1. Abstenerse de solicitar –a los dueños de los teatros

92. Sentencia BVerfGE 7, 198 (Lüth) (en adelante citaremos “Caso Lüth”).

93. Para un detallado recorrido sobre los hechos del caso y sus circunstancias históricas, cf. WESEL, U., *Der Gang nach Karlsruhe. Das Bundesverfassungsgericht in der Geschichte der Bundesrepublik*, Manchen, Blessing, 2004. En castellano Cf. CRUZ, L. M., *La Constitución como orden de valores*, Granada, Comares, 2005.

94. Erich Lüth (1902-1989) fue un escritor y director de cine alemán, nacido en Hamburgo que también se dedicó a la política.

95. Traducida al inglés como “Immortal beloved” y al castellano como “La dinastía indomable”.

96. Veit Harlan (1899-1964) nació en Berlín. “By 1937, Joseph Goebbels had appointed Harlan as one of his leading propaganda directors. His most notorious film was *Jud Süß* (1940), which was made for anti-semitic propaganda purposes in Germany and Austria. In 1943 it received UFA’s highest awards. Karsten Witte, the film critic, provided a fitting appellation for Harlan calling him ‘the baroque fascist’. Harlan made the Reich’s loudest, most colorful and expensive films”, RENTSCHLER, E., *The ministry of illusion: nazi cinema and its afterlife*, Harvard University Press, 1996, pág. 167.

alemanes y distribuidores de películas– que no incluyan dentro de su programación la película *Unsterbliche geliebte*, producida y distribuida en el territorio alemán por las demandantes. 2. Abstenerse de incitar al público alemán a no ver esa película. El Tribunal Estatal considera que la expresión del recurrente constituye una invitación al boicot contraria a las buenas costumbres”<sup>97</sup>.

Contra esta sentencia, Lüth interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, el cual anuló la sentencia anterior. Tres fueron los argumentos que nos interesa resaltar conforme a nuestro estudio:

En primer lugar, el Tribunal al plantear la cuestión debatida en doctrina respecto a si la ley civil puede interpretarse a la luz de la Constitución (la denominada constitucionalización del derecho), o en otras palabras, si los derechos fundamentales, además de tener garantía frente a las acciones gubernamentales<sup>98</sup>, pueden ser amparados en las relaciones entre particulares (la denominada eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales)<sup>99</sup>, advierte que debe

97. “Lüth”, en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schawabe*, ob. cit., pág. 203.

98. “Sin duda alguna, los derechos fundamentales se encuentran destinados a asegurar en primer lugar la esfera de libertad de los individuos frente a las intervenciones de los poderes públicos; son derechos de defensa de los ciudadanos en contra del Estado. Ello se desprende de la evolución espiritual de la idea de los derechos fundamentales, así como de los acontecimientos históricos que llevaron a la incorporación de los derechos fundamentales en las constituciones de cada uno de los Estados. Este sentido tienen también los derechos fundamentales contenidos en la Ley Fundamental, la cual –al anteponer el capítulo de derechos fundamentales dentro de la Constitución– quiso resaltar la prevalencia del ser humano y de su dignidad frente al poder del Estado. Corresponde también con esta concepción el hecho de que el legislador hubiera garantizado un recurso legal especial para la protección de esos derechos –el recurso de amparo– exclusivamente en contra de actos del poder público”, Lüth.

99. El Tribunal da cuenta de esa discusión doctrinaria explicando: “La cuestión fundamental de si las normas de derechos fundamentales pueden tener efectos sobre el derecho civil y cómo deben entenderse esos efectos en particular, es un asunto ampliamente discutido en la doctrina (sobre el estado actual de las opiniones véase recientemente a LAUFKE, en *Escritos en honor de Heinrich Lehmann*, T. I, 1956, pág. 145 y sigs., y DÜRIG, en *Escritos en honor de Nawiasky*, 1956, pág. 157 y sigs.). Las posiciones más extremas en esa discusión se basan de una parte en la tesis de que los derechos fundamentales se

expedirse al respecto siendo consciente de que tomará posición por primera vez<sup>100</sup>.

Así entonces consideró que el contenido jurídico de los derechos fundamentales que se encuentran en el texto constitucional *debe servir de guía de interpretación* para todas las controversias entre particulares sobre derechos y deberes en el caso de las *normas de conducta del derecho civil*. Agregó dos notas importantes: que el Código Civil, siendo anterior a la Ley de Bonn, deberá estar en concordancia con la Constitución, es decir, deberá dársele una *nueva interpretación* al mismo Código; luego aclara que seguirá interpretándose y aplicándose el derecho civil, “aún cuando su interpretación deba apegarse al derecho público, es decir, a la Constitución”.

Nació así la constitucionalización del derecho privado (*drittwirkung der grundrechte*)<sup>101</sup> o denominado por el mismo Tribunal como “punto de irrupción” de los derechos fundamentales en el derecho civil.

En segundo lugar, para fundamentar tal decisión argumentó con una serie de afirmaciones que podrían considerarse el núcleo filosó-

---

dirigen exclusivamente en contra del Estado, y de la otra, en la idea de que los derechos fundamentales –al menos, algunos de ellos y en todo caso los más importantes– son válidos también en el tráfico jurídico privado y frente a cualquier persona”.

100. “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal existente hasta ahora no ha podido tomar partido por ninguna de estas dos posiciones extremas”, Lüth.

101. “[...] el juez debe examinar, merced al mandato constitucional, si las disposiciones materiales del derecho civil aplicadas han sido influenciadas por los derechos fundamentales en la forma descrita; si esto es así, entonces tendrá que tener en cuenta para la interpretación y aplicación de esas disposiciones las modificaciones al derecho privado que de allí se originen. Éste es el sentido también de la vinculación del derecho civil a los derechos fundamentales (Art. 1º, párrafo 3 de la Ley Fundamental). Si omite esos criterios, y su sentencia deja por fuera esa influencia del derecho constitucional sobre las normas del derecho civil, violaría entonces no solo el derecho constitucional objetivo, debido a que desconoce el contenido de la norma que contempla el derecho fundamental (como norma objetiva), sino que además, como portador del poder público, violaría con su sentencia el derecho fundamental, a cuyo respeto tiene derecho constitucional el ciudadano, aun respecto del poder jurisdiccional. En contra de una sentencia de esta clase –sin perjuicio de la impugnación del error en las instancias civiles– se puede acudir al Tribunal Constitucional Federal, por la vía de un recurso de amparo [...]”, Lüth.

fico-jurídico del neoconstitucionalismo: la Ley Fundamental no es un ordenamiento de valores neutral<sup>102</sup> sino que, en su capítulo sobre derechos fundamentales, “ha establecido un *orden de valores objetivo*”. ¿Cuál sería ese orden de valores? Continuó afirmando: “[...] la *dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad* (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho”<sup>103</sup>.

Así es como irrumpió el concepto de Constitución como orden objetivo de valores en cuya cúspide se hallaría la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

De allí que considere tales derechos de orden público, en el sentido de “principios que, en aras del bien común, deben ser obligatorios también para la configuración de relaciones jurídicas entre particulares y, por tanto, prevalecen sobre la voluntad de los particulares”. ¿Cuál sería el fundamento de este orden de valores?; lo expresó el mismo Tribunal al afirmar que se encuentra en “la totalidad de las *concepciones axiológicas que el pueblo –en un determinado momento de su desarrollo cultural y espiritual– ha alcanzado y fijado en su Constitución*”. Inaugura así el carácter intrínsecamente cambiante de tal orden de valores.

En tercer lugar, a esta nueva estructura o sistema jurídico era necesario facilitarle un método de interpretación, dado que aquí se debería compatibilizar el artículo del CC alemán que sanciona a aquel que por su accionar dañase a otro y la libertad de opinión en cabeza de Lüth. La misma sentencia instrumentará el método de interpreta-

102. Advertir que todas las argumentaciones jurídicas en torno a la neutralidad estatal quedarían borradas expresamente.

103. De allí que “este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura. Éste influye, por supuesto, también al derecho civil; ninguna disposición del derecho civil puede estar en contradicción con él, todas deben interpretarse en su espíritu. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desarrolla en el derecho privado a través de las disposiciones que predominan directamente en medio de ese campo del derecho”, Lüth.

ción expresando que “el derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (*un des droits les plus précieux de l’homme*, de conformidad con el Artículo 11 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del *orden estatal democrático y libre*, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital [...] En cierto sentido es el *fundamento de toda libertad* [...] De ese significado fundamental de la libertad de opinión para el Estado democrático liberal se origina el que *no sería consecuente*, como punto de partida de ese sistema constitucional, *que toda relativización del alcance material de ese derecho fundamental se dejara a la ley ordinaria* [...] interpretarse de modo tal que el especial contenido de valor de ese derecho deba llevar en una democracia liberal a que se garantice, en todo caso, una *presunción básica a favor de la libertad de expresión* en todos los ámbitos [...] Por consiguiente, los juicios de valor, que tienen por objeto causar un efecto espiritual, y que, principalmente, buscan convencer a otros, se encuentran protegidos por el Artículo 5º, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental; la protección del derecho fundamental se relaciona, en primer lugar, con las opiniones propias de quien las expresa, que se expresan en un juicio de valor, mediante el cual se busca causar un efecto sobre otros [...] La expresión de una opinión, así entendida, esto es, en su puro efecto espiritual, es, como tal, libre; pero cuando a través de ella se perjudica un bien jurídico, protegido legalmente, de un tercero, cuya protección prevalece sobre la libertad de opinión, entonces no se podrá permitir esa intervención por el hecho de que se dé a través de la expresión de una opinión”.

Se requiere, por consiguiente –y aquí aparece el método que analizaremos en último puesto–, una “ponderación de los bienes jurídicos”. “El derecho a expresar opiniones debe ceder frente a los *intereses de superior rango de un tercero*, y que puedan resultar violados con el ejercicio de la libertad de opinión. La existencia de tales intereses supremos en cabeza de un tercero se debe establecer con base en todas las circunstancias del caso [...]”.

Así concluyó entonces que “con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal *ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al*

*derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Artículo 5º, párrafo 1, frase 1 de la Ley Fundamental. Por consiguiente, se revoca la sentencia apelada”.*

Nació de este modo la constitucionalización del derecho privado, especialmente en una de sus vías: la aplicación directa de la Constitución a las relaciones estrictas de derecho civil privado y la ponderación de bienes jurídicos dando primacía a la Carta Magna por encima del Código Civil e incluso adaptando a éste a los nuevos valores o principios constitucionales.

Robert Alexy, uno de los principales defensores del neoconstitucionalismo, señaló tres consecuencias más importantes del “Caso Lüth”<sup>104</sup>. En primer lugar, que los derechos fundamentales no solo tienen el carácter de reglas sino también de principios. En segundo lugar, que los valores o principios no valen únicamente para la relación entre el Estado y el ciudadano, sino mucho más allá de eso, para todos los ámbitos del derecho, lo cual lleva a un efecto de “irradiación de los derechos fundamentales” sobre todo el sistema jurídico, los derechos fundamentales se vuelven ubicuos. En tercer lugar, dado que los valores o principios tienden a colisionar, solo queda el camino de la ponderación de bienes a cargo del juez. Este último aspecto, el de la ponderación, es para Alexy el concepto capital frente al tradicional método de subsunción<sup>105</sup>, tema que veremos a la hora de analizar las críticas a la *constitucionalización* del derecho privado en el punto 4.

## 2.2. La doctrina alemana

La defensa de la concepción de la *Constitución como orden objetivo de valores*, concebida como fundamento válido de todas las áreas del

104. Cf. ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 11, enero-junio 2009, pág. 3.

105. *Ibid.*, pág. 3.

derecho y enraizada en la persona humana, se ha atribuido a Günter Dürig.

Se ha considerado a Dürig<sup>106</sup> como el inventor del “sistema de valores” (*wertsystem*) de los derechos fundamentales, noción de la que –según vimos– se sirvió el Tribunal Constitucional a partir del “Caso Lüth”. Así este autor realizó un exhaustivo análisis del Artículo 1º de la Ley Fundamental de Bonn, comenzando con un párrafo significativo:

“En la conciencia de que la *vinculatoriedad* y la *fuerza obligatoria* de una Constitución también y en última instancia solo puede fundarse en *valores objetivos*, el legislador constitucional, una vez que la referencia a Dios como el origen de todo lo creado no pudo ser mantenida, ha hecho *profesión de fe en el valor moral de la dignidad humana*. Mediante tal asunción del valor moral de la dignidad humana en la Constitución positiva, este valor se ha hecho al mismo tiempo [...] valor jurídico, de manera que su consideración jurídica (reconocidamente difícil, pero no inusual) es mandato jurídico-positivo”<sup>107</sup>.

Luego continúa Dürig explicando que lo que en el Artículo 1º se ha recogido es “el más alto principio constitutivo de todo derecho objetivo”<sup>108</sup>, estableciéndose la “base para un completo sistema de valores”<sup>109</sup>. Como es difícil fundar en la enunciación de ese solo valor todo un sistema de pretensiones, dicho valor se ha desplegado y subdividido en los derechos fundamentales particulares, por obra

106. Dürig nació en 1920 en Breslau, fue oficial profesional del ejército alemán y en la guerra resultó gravemente herido. Tras la guerra estudió Derecho y en 1954 llegó a Profesor de Derecho Constitucional en Tübingen. Falleció en 1996. Cf. GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en MANTILLA ESPINOSA, F. (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009.

107. DÜRIG, G., *Kommentierung der Artikel 1 und 2 Grundgesetz*, München, Beck, s.a. –2003–, Artículo X, apartado Y, nota marginal x, cit. en GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, ob. cit., pág. 201.

108. M-D. Art. 1º Abs. I, nm. 4.

109. M-D. Art. 1º Abs. I, nm. 5.

del apartado II del Artículo 1º. Eso tiene dos consecuencias: esos derechos fundamentales poseen valor puramente declarativo en el texto constitucional, pues son emanación de ese valor dignidad reconocido en el primer enunciado de la Constitución; y, porque surgen de la dignidad, y solo por eso, tales derechos tienen un contenido necesario. El apartado III de ese Artículo 1º “actualiza” dichos derechos humanos como “derechos fundamentales”, convirtiéndolos en “derechos públicos subjetivos”, pero “sin quitarles su contenido preconstitucional”. Cuando el Artículo 19 de la Constitución fija la obligación de respetar en todo caso el “contenido esencial” de esos derechos, se está dando forma positiva a esa “decisión valorativa previa”: la de entender que esos derechos anteceden al Estado mismo y a todo derecho positivo y que, por ello, no pueden ser objeto de disposición previa por el Estado.

De este modo, el desarrollo de los derechos fundamentales produjo su “irradiación” sobre todo el ordenamiento jurídico implicando “la interpretación y aplicación del derecho ordinario de conformidad con los derechos fundamentales. Estos inciden de ese modo sobre el derecho privado y logran cierta eficacia en las relaciones entre particulares”<sup>110</sup>.

Como ha señalado Aldunate Lizana, la afirmación de los preceptos sobre derechos fundamentales realizada por el Tribunal y doctrina alemanes hizo que dejaran de constituir la base para fundar reglas de deber ser y pasaran a considerarse un orden objetivo de valores produciéndose así “una revolución copernicana” desde la perspectiva que cumplen los textos normativos en el sistema de fuentes: las leyes dejarán de ser consideradas como un llamado al juez a disciplinar su proceso argumental, sino “como definiciones de lo valioso, que, una vez asumidas como tales, dejan en libertad de acción al juzgador”<sup>111</sup>.

110. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Teoría y realidad constitucional en Alemania”, en *UNED*, núm. 1, 1er. semestre 2008, pág. 200.

111. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 82.

### 2.3. *La cuestión sobre la distinción entre derecho público y privado*

En primer lugar, el Artículo 1° establece que la interpretación de las leyes aplicables “debe ser conforme con la Constitución Nacional<sup>112</sup> y los tratados en los que la República sea parte”<sup>113</sup>. Esta explícita mención a la Constitución Nacional y su interpretación jurisprudencial implica la “constitucionalización del derecho privado”.

Nos detendremos aquí en una cuestión discutida hace tiempo por la doctrina y que se encuentra directamente vinculada: la problemática sobre la distinción cada vez más difusa entre derecho público y privado.

Atento a que una de las premisas de la constitucionalización del derecho privado consiste en que la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos –pertenecientes al ámbito del tradicional derecho público– se aplican de modo directo especialmente a través de las sentencias de los jueces para regir las relaciones entre particulares –reguladas por el derecho privado–, se presenta una primera cuestión respecto a la clásica distinción entre ambas clases de derechos<sup>114</sup>.

Esta distinción se basa en una fórmula del derecho romano: derecho público es el que afecta a la utilidad del Estado; derecho privado

112. “[...] la codificación se origina en el derecho continental europeo, y este tarda en reconocerle a la Constitución fuerza normativa: se la consideraba más un documento político [...] Nuestra codificación civil responde al molde continental europeo, y en su regulación de las fuentes [...] ha respetado ese modelo”, PALAZZO, E., “Apuntes sobre las fuentes...”, ob. cit., pág. 3.

113. Cf. Art. 1° del Proyecto de Reforma.

114. Respecto a esta cuestión se ha señalado que “los iuscivilistas [...] antes de pasar sin más el problema del derecho civil, comienzan con una distinción entre derecho público y privado. Metodológicamente esta forma de abordar el tema responde, por una parte, al criterio que siguen todos los tratados de derecho civil, que se han dedicado al tema, los cuales invariablemente plantean el problema de la división del derecho”, LIMODIO, G., *Los principios y la enseñanza del derecho privado*, Buenos Aires, Educa, 2008, ver nota 145, pág. 116. En tal sentido se ha señalado respecto a esta cuestión en Francia que “el fenómeno de la constitucionalización de las ramas del derecho tiende a borrar la distinción entre derecho público y derecho privado”, FAVOREU, J. L., “La constitucionalización del derecho”, en *Revista Derecho (Valdivia)*, vol. 12, no. 1, agosto 2001, págs. 31-43.

es el que se refiere a la utilidad de los particulares. Para algunos autores –como ha señalado Legaz y Lacambra–, esta distinción “es tan esencial que posee carácter apriorístico. Así, según Radbruch, ‘no son conceptos jurídico-positivos que pudieran eliminarse sin inconveniente de un orden jurídico positivo determinado, preceden lógicamente a toda experiencia jurídica y poseen validez previa a ésta’”<sup>115</sup>. Sin embargo, esta distinción no la conoció el antiguo derecho germánico y el socialismo absorbió todo derecho privado en derecho público.

Según Kelsen, esta distinción es “funestísima” porque favoreció la irrupción de la política en la teoría del derecho: así con la *Razón de Estado* forjada por Maquiavelo el príncipe poseía un complejo de postulados políticos favorables frente al orden jurídico en vigor y entonces el derecho público fue concebido en una posición preeminente al derecho privado, criterio político que consiste en suponer una especie de plusvalor al primero pudiendo el príncipe por razón de Estado obrar contra el derecho privado<sup>116</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha considerado que ambas clases de derecho no poseen límites infranqueables porque hay materias que pertenecen, según el momento histórico, al derecho privado o al público, por lo que sería “una sana tendencia la de acentuar la unidad fundamental del derecho y la necesidad de destacar la naturaleza unitaria de las normas jurídicas a través de la mutaciones de su estructura”<sup>117</sup>.

A ello se suma además cierta dificultad para trazar una línea divisoria clara entre lo “público” y lo “privado”, entre lo que es de utilidad general y lo que solo afecta a la utilidad particular.

Según Legaz y Lacambra la gran crisis que atraviesa actualmente la división del derecho en público y privado se debe a una variación fundamental de los supuestos que motivaron su éxito, tales como:

En primer lugar, la juridización que ha experimentado la vida toda del Estado liberal –cuyo correlato en la teoría es la doctrina jurídica pura de Kelsen y su escuela– ha creado un clima muy poco propicio para la supervivencia de aquella *Razón de Estado* que constituía

115. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1972, pág. 511.

116. Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, ob. cit., págs. 512-513.

117. *Ibid.*, pág. 514.

un dominio de *ius publicum* por virtud del cual el príncipe se afirmaba *legibus solutus*<sup>118</sup>.

En segundo lugar, la evolución social ha ido poniendo de relieve la interferencia cada vez mayor de lo público en lo privado: muchos intereses particulares tradicionalmente enclavados en el área del derecho privado han sido tomados expresamente en la protección del derecho público. Baste pensar en dos ejemplos: la familia y la propiedad<sup>119</sup>.

En tercer lugar, el liberalismo representó la disolución del derecho público en derecho privado. La categoría fundamental del derecho público es allí el pacto social; el fundamento de la obligación política es la voluntad de los obligados, es decir, la obligación política se construye al modo de una obligación privada; en suma, el derecho público liberal se resuelve en relaciones de coordinación [...] El contrato es la forma adecuada al tipo de unión llamado sociedad consistente en que "sus miembros no están vinculados por lazos orgánicos, sino puramente voluntarios y racional-utilitarios; organización político social del liberalismo individualista, cuya forma política de organización es el Estado Liberal de Derecho"<sup>120</sup>.

En cuarto lugar, en las concepciones superindividualistas el punto de vista se invierte y la primacía corresponde al derecho público, "[...] allí las relaciones de subordinación tienden a convertirse en típicas incluso en el ámbito tradicionalmente asignado al derecho privado"<sup>121</sup>.

Sin embargo, el mismo autor concluye con una valoración negativa la supresión de la distinción entre el derecho público y privado porque "la diferencia entre ambos tipos de regulación jurídica representa un valor irrenunciable y posee una justificación ética: es imposible que todas las formas de convivencia social adopten el módulo de la coordinación, porque entonces sería imposible la autoridad, que es un factor ineliminable de la coexistencia: pero tampoco puede

118. Cf. LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 519.

119. *Ibid.*, pág. 520.

120. *Ibid.*, pág. 521.

121. *Ibid.*, pág. 521.

reducirse todo a subordinación, porque ello sería destruir la libertad, que es la raíz misma de la existencia”<sup>122</sup>.

Según el Dr. Ricardo Lorenzetti han cambiado en las últimas décadas los presupuestos que dieron origen a la separación entre derecho público y privado<sup>123</sup>, mencionando cuatro elementos:

- 1) El “imperium” e igualdad: antes para el derecho público el Estado era fuerte porque estaba dotado de *imperium* y el derecho privado se aplicaba a dos sujetos en paridad que se relacionaban de modo horizontal. En cambio, ahora a las desigualdades entre individuos se les aplican normas imperativas en el derecho privado que se imponen a los particulares en asuntos sensibles al interés público<sup>124</sup>.
- 2) Ley y contrato: antes la ley correspondía al ámbito público y los contratos al privado. En cambio ahora sucede que algunos negocios públicos surgen de negociaciones análogas a los contratos, y se ha incrementado la regulación heterónoma de conductas con base en el orden público<sup>125</sup>.
- 3) Justicia distributiva y conmutativa: la primera correspondía al derecho público y la segunda al derecho privado. Ahora comienza a percibirse el efecto distributivo de las normas jurídicas y ello gravita en las decisiones regidas por la justicia conmutativa, como por ejemplo, la imputación de la responsabilidad civil<sup>126</sup>.
- 4) Por último, menciona un cambio que está directamente relacionado con la reforma que analizamos: antes las fuentes eran autónomas, es decir, para el derecho público, la Constitución y para el derecho privado, los Códigos Civil y Comercial. Ahora el derecho privado está tratado en la Constitución y “el movimiento de derechos humanos ha influido notablemente para que la relación sea muy estrecha: la mayoría de los casos se so-

122. *Ibíd.*, pág. 522.

123. Cf. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pág. 30.

124. *Ibíd.*, pág. 30.

125. *Ibíd.*, pág. 30.

126. *Ibíd.*, pág. 30.

lucionan con referencias constitucionales<sup>127</sup>. Al mismo tiempo, el derecho público incorporó elementos iusprivatistas (servicios públicos a consumidores o contratos administrativos). Concluye allí entonces la constatación de un “pluralismo de fuentes muy complejo en el que se relacionan las fuentes del derecho privado con las del derecho público”<sup>128</sup>.

Respecto a esta cuestión, en los Fundamentos del Proyecto de CC y Com. se advierte que, frente a la división tajante existente en la mayoría de los Códigos entre el derecho público y el derecho privado, se “establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado”<sup>129</sup>, unión que considera se ve claramente en todos los ámbitos del derecho privado, tales como la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, afirmando que “existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”<sup>130</sup>.

Aquí entonces podemos concluir que la discusión doctrinaria entre la necesaria o no distinción entre derecho público y privado se inserta dentro del proceso histórico que dio paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional, del Estado Legislativo al Estado Judicial.

### 3. LAS VÍAS DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

La doctrina ha señalado tres vías de constitucionalización del derecho privado: la vía reformadora, la vía hermenéutica o indirecta y la vía directa<sup>131</sup>.

127. *Ibíd.*, pág. 31.

128. *Ibíd.*, pág. 31.

129. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 4.

130. *Ibíd.*, pág. 4.

131. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, en *Derecho mayor*, Temuco, Nro. 3, octubre de 2004, págs. 47-63.

### 3.1. *La vía reformadora: la Constitución como motor del cambio legislativo*

Este modo de constitucionalización del derecho privado a su vez ha acontecido de dos maneras diferentes: por un lado, se han realizado reformas en la legislación del derecho privado teniendo en cuenta criterios o principios constitucionales. Por otro lado, a la inversa, diversas reformas constitucionales han introducido en sus artículos principios o normas de derecho privado<sup>132</sup>.

Así, encontramos como ejemplo del primer modo<sup>133</sup> la reforma del Código Civil chileno en materia de filiación<sup>134</sup>, que desde un comienzo se justificó en la necesidad de ajustar la normativa legal a las exigencias del principio de igualdad recogido en la Constitución o la introducción en el mismo CC chileno de un texto constitucional donde expresamente el Artículo 222 establece que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo” y que para ello “procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los *derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana* de modo conforme a la evolución de sus facultades”. De allí que Corral Talciani haya señalado que la frase “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” está tomada directamente del Artículo 5º, inc. 2, de la Carta Magna chilena.

En el mismo sentido, los Fundamentos del proyecto de reforma del CC y Com. consideran que “como consecuencia de la constitucionalización del derecho privado hay un importante contenido de normas de orden público en áreas relevantes”<sup>135</sup> y aclara que “en aquellos supuestos controvertidos, se tomaron decisiones [...] que

132. Un detallado análisis de esta vía de constitucionalización en las reformas del CC de España puede verse en BARBER CÁRCAMO, R., “La Constitución y el derecho civil”, en *REDUR*, N° 2, 2004, págs. 40-52, disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/barber.pdf>.

133. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 46.

134. Cf. Ley N° 19.585 de 1998.

135. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 10.

estuvieron orientadas por los valores representados en el bloque de constitucionalidad”<sup>136</sup>.

Así, por ejemplo, podríamos considerar dentro de esta vía la regulación ordenada según el proyecto de reforma en el cuerpo del Código de los *derechos personalísimos*. Como ha señalado el Dr. Navarro Floria, “la regulación de los derechos personalísimos es el eco, en el derecho civil, del gran desarrollo que en el derecho constitucional y en el derecho internacional público han tenido a partir de la segunda mitad del siglo XX los llamados ‘derechos humanos’. Se trata, en ambos casos, de una exigencia del reconocimiento de la dignidad connatural e innata de toda persona humana, que es el fundamento de tales derechos”<sup>137</sup>. De este modo, se incluyen dentro de la normativa civil la protección de la dignidad humana, el derecho al honor, a la imagen, a la intimidad y disposición del propio cuerpo. Sin embargo, el proyecto no es consecuente con la enunciada y pretendida constitucionalización de modo completo ya que omite ciertos derechos que pertenecen al bloque de constitucionalidad argentino tales como el derecho a la vida, el derecho a la identidad y el derecho a la objeción de conciencia<sup>138</sup>.

Asimismo se ha señalado que en la regulación del matrimonio el proyecto inserta principios constitucionales que generan cierta equívocidad. Por ejemplo, como ha señalado la Dra. Úrsula Basset, el principio de igualdad es de naturaleza constitucional y aparece en tratados internacionales específicamente referido al matrimonio, por lo que “el

136. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 8.

137. NAVARRO FLORIA, J. G., “Los derechos personalísimos”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 107. Señala este autor que algunos de los derechos personalísimos habían encontrado lugar en el Código, como por ejemplo el derecho a la intimidad en el Art. 1071 bis, otros, en cambio, habían quedado alojados en leyes complementarias, como el caso de la ley de propiedad intelectual que protege el derecho a la imagen, por lo que la regulación en esta materia es “desordenada e inorgánica”, *ibíd.*, pág. 108.

138. *Ibíd.*, pág. 115.

Código Civil no parece el lugar apropiado para su reiteración<sup>139</sup>. Por otro lado, la redacción del proyecto enuncia el principio de igualdad de manera abstracta, sin advertir diferencias de hecho en las situaciones por igualar y además aquellos que más deberían ser protegidos, como las mujeres y los niños, no parecerían estarlo<sup>140</sup>.

El segundo modo de esta vía de constitucionalización, que justamente es inverso al anterior, consiste en introducir en la Constitución principios de derecho privado<sup>141</sup>. Así, como ha señalado Aída Kemelmajer de Carlucci –una de las redactoras de la reforma–, nuestra Cons-

139. BASSET, U. C., “Matrimonio”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 212.

140. Nos excede aquí la posibilidad de enumerar todos los artículos del proyecto en los que el principio constitucional de igualdad quedaría vulnerado en lugar de ser regulado en coherencia con la pretendida constitucionalización, siendo solo a modo de ejemplo: respecto de la mujer, al no contemplarse la especial constitución de la relación intersexual que se da entre varón y mujer, eliminando toda referencia al sexo femenino, implica olvidar que “la protección de la mujer en las relaciones heterosexuales es un imperativo derivado de la constitucionalización del derecho civil”, *ibíd.*, pág. 213; se incorporan además normas claramente lesivas de la dignidad de la mujer, tales como el alquiler de vientres. Respecto al niño, no se ha incorporado el principio de protección del interés del niño, “como una exigencia de la constitucionalización del derecho de familia”, *ibíd.*, pág. 213.

141. Este modo ha sido denominado también como “privatización del derecho público”. Cf. PLOVANICH, M. C., “Enfoque constitucional de los derechos de la personalidad”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.acaderc.org.ar/>. Respecto a este modo Corral Talciani ha señalado que “los profesores de derecho civil –medio en broma, medio en serio– suelen vengarse de quienes hablan de constitucionalización del derecho civil, retrucando que lo que en verdad ha sucedido es una civilización del derecho constitucional. Es el mismo fenómeno pero observado desde el ángulo inverso: materias que eran y son propias de derecho privado ahora se las encuentra en la Constitución, al menos en sus elementos básicos. Así, la disposición que contempla que ‘la ley protege la vida del que está por nacer’ ha pasado del Código (Art. 75) a la Constitución (Art. 19 N° 1), y lo propio sucede con clasificación de las cosas en corporales o incorporeales (Art. 565 CC, Art. 19 N° 24 Const.). Estas disposiciones no cambian su pertenencia o adscripción al derecho privado por el solo hecho de recogerse en la Constitución o por contar con una adicional tutela jurisdiccional de fuente constitucional”, CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 11.

titución Nacional desde la reforma de 1994 tiene algunas normas que expresamente se refieren a la reparación del daño<sup>142</sup>.

Por ejemplo, el Artículo 41 establece que “el daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer según lo establezca la ley”, por lo que “se trata de una cláusula constitucional que específicamente prevé un daño especial (el ambiental) y lo declara indemnizable”<sup>143</sup>.

En igual sentido, el Dr. R. Lorenzetti ha señalado que se ha constituido como una tendencia en Latinoamérica que las Constituciones incorporen normas de contenido privado, como por ejemplo la reforma constitucional de Brasil de 1998, que incorporó numerosísimas normas sobre derechos de la persona, de la intimidad, de la información, etc.; o la reforma constitucional de 1994 en nuestro país, que se inclinó a la misma tendencia, aunque “utilizando una metodología diferente: los Artículos 41, 42 y 43 incorporaron directamente normas fundamentales de derecho privado [...] dando lugar a un importante contenido iusprivatista en la Constitución”<sup>144</sup>.

Sin embargo, tal autor ha considerado contraproducente tanto detallismo en el texto constitucional, ya sea porque puede llegar a inmovilizar el desarrollo social o porque podría tornarse inaplicable, transformando a la ley fundamental en un texto programático “con una abundancia de compromisos doctrinarios que puede llegar a fracasar tal como ha sucedido con la Constitución de Brasil”<sup>145</sup>.

142. Cf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, Ponencia presentada en las Jornadas “Homenaje al 150° Aniversario de la Constitución Nacional”, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 14 de agosto de 2003, disponible en <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/>. Aquí la autora explica detalladamente cómo se ha constitucionalizado el derecho de la responsabilidad civil.

143. *Ibíd.*, pág. 7.

144. LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., págs. 81-82.

145. *Ibíd.*, pág. 82.

### 3.2. *La aplicación indirecta o vía hermenéutica*

Según Corral Talciani, esta vía “es menos invasiva que la anterior, pero quizá de mayor permanencia”<sup>146</sup>. También puede adoptar dos formas, una moderada y otra radical.

La forma moderada contempla a la Constitución como el marco dentro del cual deben moverse los operadores jurídicos en el derecho privado a la hora de interpretar o leer los textos legales. En esta versión –advierte Corral Talciani– “es posible incluir la aplicación del criterio de interpretación llamado ‘conforme a la Constitución’ y que consiste en privilegiar como lectura de un texto legal aquella en que se aprecie mejor su compatibilidad con los valores y normas constitucionales”<sup>147</sup>. O también “se aplica en aquellos casos en que, de dos alternativas de interpretación de la ley, una de ellas se adecua a la Constitución y la otra se presenta como incompatible con ella, y se opta por aquella que es compatible (conforme) con la carta fundamental”<sup>148</sup>.

Esta forma ha sido muy estudiada y puesta en práctica ya en las primeras décadas del siglo XX en varios países europeos. Así, por ejemplo, en el año 1935 decía Federico de Castro: “Ninguna cuestión de derecho ha tenido en España tan amplia y extensa resonancia como la del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídicas civiles”<sup>149</sup> y en el derecho italiano<sup>150</sup>, donde la doctrina y jurisprudencia

146. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 7.

147. Cf. ibíd., pág. 7 y sigs.

148. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 89.

149. DE CASTRO, F., “El derecho civil y la Constitución”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, año XXII, 1935, pág. 33.

150. Se ha señalado que en Italia la doctrina de “interpretar conforme a la Constitución” subsiste todas las veces en las cuales se presente una posibilidad, aunque sea remota, de leer el texto en modo constitucionalmente orientado, D’ATENA, A., “Interpretazioni adeguatrici, diritto vivente e sentenza interpretativa della Corte Costituzionale”, Relazione conclusiva al Seminario “Corte Costituzionale, giudici comuni, interpretazioni adeguatrici”, Corte costituzionale – Palazzo della Consulta, Roma, 6-11-2009, disponible en <http://www.cortecostituzionale.it/documenti/>

cia –no solo las Cortes Constitucionales sino incluso los jueces del derecho ordinario– realizaron una “relectura” de los textos, interpretándolos no tanto a través de lo que dicen, sino a la luz de los principios constitucionales, por lo que “la tarea del juez termina solo cuando el resultado del proceso interpretativo aparece en sintonía con los principios del derecho constitucional”<sup>151</sup>.

Según R. Guastini, la sobreinterpretación de la Constitución presupone su fuerza vinculante y corresponde a un enfoque interpretativo inclinado por la interpretación extensiva, de tal manera que resulta extraer de ella “innumerables normas implícitas, no expresas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social y política”<sup>152</sup>.

También se adopta esta vía de constitucionalización en el proyecto de reforma que analizamos ya que explícitamente en los Fundamentos se menciona “la necesidad de procurar interpretar la ley conforme a la Constitución”<sup>153</sup>.

En este sentido el Dr. Ricardo Lorenzetti ha señalado que cuando la Constitución se constituye como fuente indirecta incluso puede modificar el espíritu informador del derecho y cambiar los principios

---

convegna\_seminari/06\_11\_09\_DAtena.pdf, pág. 13 (la traducción del párrafo citado es nuestra).

151. GIULIANI, A. y otros, *L'interpretazione della norma civile*, Torino, Giappichelli, 1996, pág. 179. “Esta nueva visión implica que el intérprete, fundamentalmente el juez, de alguna manera, comienza a valorar con menor peso el método gramatical, o incluso el histórico, para apoyarse en el sistemático, pero entendiendo que el sistema remonta a la norma fundamental; en este camino ascendente, debe advertir que la Constitución siempre incorpora ‘determinadas opciones políticas y sociales profundas’”, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. D., “La democracia y el lugar de la ley”, en *El derecho, la ley y el juez*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 48. Cf. para el derecho italiano RUOTOLO, M., *L'interpretazione conforme a Costituzione nella più recente giurisprudenza costituzionale. Una lettura alla luce di alcuni risalenti contributi apparsi nella rivista Giurisprudenza costituzionale*, en PACE, A. (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale nell'esperienza della Rivista Giurisprudenza costituzionale per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006.

152. GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 54.

153. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 14.

generales, convirtiéndose el resto del derecho en “derecho constitucional aplicado”, citando como ejemplo su voto en la “Causa Simón”, 2005, donde “la fuente para calificar a los delitos de lesa humanidad fue el Artículo 31 de la Constitución Nacional, norma fundamental para el reconocimiento del Estado de Derecho”<sup>154</sup>.

Se ha denominado a esta vía como “constitucionalización-transformación”<sup>155</sup>, que consiste en una constitucionalización de los derechos y libertades que lleva a una impregnación de las distintas ramas del derecho así como a una transformación de éstas. Hay transformación en la medida en que la Constitución produce o provoca un cambio en el contenido del derecho, hablándose desde la década del setenta en Europa de derecho constitucional social, de derecho constitucional penal, de derecho constitucional civil, etc.<sup>156</sup>.

Por otro lado, igualmente se aplica esta vía cuando el intérprete se encuentra con cláusulas generales o abiertas en la descripción de los supuestos de hecho de las normas. Son los llamados conceptos jurídicos indeterminados como “buenas costumbres”, “orden público”, “moral”, “buena fe”, etc. Todas ellas pueden concretarse o llenarse de contenido haciendo uso de los preceptos constitucionales<sup>157</sup>.

También los Fundamentos del proyecto expresamente habilitan esta vía de constitucionalización al establecer que “deben tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los prin-

154. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., pág. 85.

155. Cf. FAVOREU, J. L., “La constitucionalización del derecho”, ob. cit., pág. 40.

156. “Eso es perfectamente descrito por Michel Fromont al expresar: “[...] La teoría de los derechos fundamentales tiene vocación para ejercer una influencia profunda sobre el conjunto del derecho alemán, sea por la deducción de nuevas reglas de derecho, sea por anulación de las disposiciones contrarias, sea incluso por la interpretación de las reglas existentes en un sentido conforme a la Constitución””, *ibíd.*, pág. 40.

157. Cf. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., pág. 8.

cipios y valores<sup>158</sup>, los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico<sup>159</sup>.

En este sentido, volvemos a Corral Talciani, quien ha señalado que “también es posible sostener que cuando el juez debe hacer uso de los principios generales del derecho para interpretar o integrar el orden legal, ha de preferir aquellos que poseen consagración constitucional”, agregando más adelante que “en una perspectiva más novedosa es factible propiciar un recurso a los valores y principios constitucionales a la hora de la interpretación de los contratos y convenciones entre particulares, sobre todo respecto de aquellos que imponen exigencias que podrían lesionar la dignidad o los derechos fundamentales de los contratantes o de la parte más débil de la negociación”.

Consideramos que esta vía de constitucionalización se viene realizando en nuestro país a través de la jurisprudencia. De este modo, ha señalado Kemelmajer de Carlucci que se han ido leyendo las normas del derecho civil a través de la mirada constitucional en importantes áreas del derecho civil tales como la noción de daño<sup>160</sup>, los montos de

158. Una de las características del neoconstitucionalismo consiste en la consideración de la Constitución como un orden objetivo de valores tal como lo había manifestado el Tribunal Federal Alemán, por lo que se ha señalado que “lo decisivo y novedoso de este constitucionalismo radica, precisamente, en las cualidades materiales o sustanciales de la Constitución, que la tornan prácticamente omnipresente en toda operación de creación y aplicación del derecho. De hecho, en la actualidad, es difícil concebir un problema jurídico que no encuentre alguna orientación, ya sea próxima o remota en el texto constitucional. Y, en la medida en que la Constitución se ha proyectado sobre todo el ordenamiento jurídico, contribuyendo a configurar el orden social en su conjunto, las relaciones entre legislación y jurisdicción se han modificado sustancialmente: el juicio de validez de la ley depende ahora de un *juicio de conformidad con la Constitución*”, CRUZ, L. M., “La Constitución como orden de valores. Reflexiones al neoconstitucionalismo”, en *Dikaion*, Vol. 23, N° 18, Universidad de La Sabana, diciembre 2008, págs. 11-31.

159. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 15.

160. “En el año 1997, la Corte Federal sostuvo que hay que indemnizar el valor económico que implica la muerte del ama de casa. Dicho en otros términos, no se puede afirmar, sin arbitrariedad constitucional, que como regla el trabajo del ama de casa no tiene ningún valor patrimonial. ¿De dónde surge que sí tiene valor? ¿De los textos legales? ¿Del Código Civil? ¡No! La afirmación tiene base en los principios constitucionales: el principio de igualdad, el derecho a la vida familiar, etc.”, KEMELMAJER

la condena<sup>161</sup> o la responsabilidad profesional a la luz de las garantías constitucionales<sup>162</sup>.

La vía hermenéutica tiene, sin embargo, una versión más profunda y radical, que pasa por un cambio en la perspectiva metodológica y en la comprensión del derecho privado. Según Corral Talciani, “éste ya no puede ser entendido como un conjunto de reglas técnicas y asepticas que sirven para distribuir los bienes entre los particulares sin que existan opciones valóricas o morales subyacentes. El derecho civil pasa a ser comprendido en todas sus normas o instituciones como un conjunto de pautas, criterios y preceptos que asumen como propios los valores y principios del orden constitucional”<sup>163</sup>.

Según Carlos Martínez de Aguirre, no basta con enmarcar las instituciones civiles en la Constitución ni tampoco con una simple relectura de las mismas en el prisma de la Constitución, sino que es preciso lograr que las normas civiles sean instrumentos de actuación de los principios constitucionales, “es decir, que la Constitución y sus principios no deben influir en el derecho civil, ‘desde fuera’ a la manera en que es externa la luz al libro cuya ‘relectura’ se pretende, sino que debe penetrar en el interior mismo del sistema, y desde ahí vitalizar enteramente el derecho civil, constituyéndose en la fuerza interna inspiradora de la aplicación e interpretación de las normas civiles”<sup>164</sup>.

---

DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, Ponencia presentada en las Jornadas “Homenaje al 150° Aniversario de la Constitución Nacional”, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 14 de agosto de 2003, disponible en <http://www.cpacf.org.ar/doctrinasinstitutos/>, págs. 8-9.

161. En este sentido se ha repudiado tanto las indemnizaciones bajísimas como las “súper altas” por ser violatorias del derecho de propiedad constitucional, *ibíd.*, pág. 9.

162. “Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad profesional, varios votos del juez Fayt dicen que los médicos deben tener especial cuidado, porque tienen en sus manos un valor fundamental del ser humano, constitucionalmente amparado, que es la salud”, *ibíd.*, pág. 8.

163. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, *ob. cit.*, pág. 8.

164. Cf. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., *El derecho civil a finales del siglo XX*, Madrid, Tecnos, 1991, pág. 85.

Por su parte, hace ver Pietro Pierlingieri que la “relectura” en clave constitucional no expresa una mera y subsidiaria actividad interpretativa de normas y principios de naturaleza ordinaria ni se agota en la interpretación constitucional del objeto “norma”. En tal evento, solo se recurriría a la Constitución en los casos dudosos. Por el contrario, “las normas constitucionales –que dictan principios de relevancia general– son de derecho sustancial, no meramente interpretativas; el recurso a ellas, también en sede de interpretación, se justifica, lo mismo que para cualquier otra norma, como expresión de un valor al cual la interpretación no se puede sustraer”<sup>165</sup>.

### 3.3. *La vía de la aplicación directa de la Constitución*

A la influencia directa de la Constitución en el derecho privado incluso se la ha denominado “derecho civil constitucional”<sup>166</sup>, entendido como un “sistema de normas y principios normativos institucionales integrados en la Constitución, relativos a la *protección de la persona en sí misma y sus dimensiones fundamentales familiar y patrimonial*, en el orden de sus relaciones jurídico-privadas generales, y concernientes a aquellas otras materias residualmente consideradas civiles, que tienen por finalidad fijar las bases más comunes y abstractas de la regulación de tales relaciones y materias, a las que son susceptibles de aplicación inmediata o pueden servir de margen de referencia de la vigencia, validez e interpretación de la normativa aplicable o de pauta para su desarrollo”<sup>167</sup>.

En el mismo sentido, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci se ha referido a esta cuestión explicando que el “marco constitucional des-

165. PIERLINGIERI, P., “Normas constitucionales y relaciones de derecho civil”, en *Scuole, tendenze e metode. Problemi di diritto civile*, Roma, Edizione Scientifiche Italiane, 1989, pág. 122.

166. La expresión “derecho civil constitucional” ha sido utilizada por Francesco Galgano en Bolonia y Joaquín Arce y Flores-Valdés en España, cf. RIVERA, J., “El derecho privado constitucional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Vol. 7, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, pág. 27 y SAUX, E. J., *Estudios de derecho civil en su parte general*, Santa Fe, Centro de Publicaciones UNL, 2002.

167. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial*, ob. cit., pág. 85.

ciende al derecho privado”<sup>168</sup>, por lo que ha surgido un vínculo de conexión entre el “derecho de daños” y la Constitución Nacional<sup>169</sup>. De este modo, considera que la Constitución se ha ido ampliando “a las relaciones horizontales, a aquellas que se trazan de particular a particular”. Así, expresa, “comenzamos a hablar de los efectos horizontales de las garantías constitucionales”<sup>170</sup>.

¿Cuáles serían, entonces, los ámbitos del derecho privado que se constitucionalizarían? Serían, por ejemplo, el derecho de los consumidores; la apertura de la vía del amparo no solo contra los actos de gobierno, sino también contra actos de los particulares; y el recurso extraordinario que debe permitir la entrada de cuestiones que antes no ingresaban por no ser federales<sup>171</sup>.

168. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, ob. cit., pág. 6.

169. A. Kemelmajer de Carlucci se pregunta ¿qué vínculos pueden existir entre el Código Civil y la Constitución Nacional?, y para responder realiza un análisis sobre la visión decimonónica explicando: “[...] en una visión muy tradicional, ambos ordenamientos se miraban con ‘majestuosa indiferencia’. ¿Por qué lo digo? Porque parecía que el orden constitucional y el derecho civil no tenían ningún punto de contacto. El derecho constitucional, en su versión decimonónica, miraba solo las relaciones del hombre contra el Estado. El Estado era visto como el personaje que perturbaba al hombre en su individualidad. No lo protegía, sino que lo agredía. Por eso, las constituciones decimonónicas tradicionales se preocuparon en poner límites al Estado. En esta visión, la garantía constitucional básica, la más tradicional, es el hábeas corpus [...] El derecho civil tradicional, en cambio, fue el derecho de las relaciones entre los particulares [...] En apariencia, pues, eran dos órdenes que andaban por caminos paralelos, que nunca tenían por qué encontrarse”, *ibíd.*, págs. 1-2.

170. Nótese que esta expresión se remonta al caso “Lüth” en el que, como vimos en párrafos anteriores, la constitucionalización del derecho privado consistió en aplicar a las relaciones entre particulares los valores constitucionales. A. Kemelmajer de Carlucci considera que “el típico caso es el de derecho de los consumidores, que en nuestro país adquiere rango constitucional después de la reforma del año 1994. ¿Qué regula sustancialmente este derecho? La relación de consumo, o sea las relaciones consumidor-empresa. Dos particulares, pero de esos particulares, uno está adquiriendo poderes que se parecen a los públicos”, *ibíd.*, pág. 2.

171. Efectivamente, si decimos que esta materia está regida por el “derecho común” –por la ley–, la Corte Suprema Federal dirá que la cuestión está fuera de su competencia. Pero el litigante dirá: “[...] se trata de una ley pero se la ha interpretado

El Dr. Rodolfo Vigo ha señalado al respecto que “la Constitución Nacional se ha constituido en una fuente del derecho y la fuente encargada de controlar a las demás fuentes”<sup>172</sup>. Según Aldunate Lizana, “la fuerza vinculante de la Constitución implica que el texto constitucional es considerado, en el mismo plano que las demás fuentes escritas, como base para la construcción normativa”<sup>173</sup>.

Según R. Guastini deben darse cuatro requisitos además de la fuerza vinculante de la Constitución para que pueda hablarse de la constitucionalización del derecho: la sobreinterpretación de la Constitución (vía hermenéutica), la aplicación directa de las normas constitucionales, interpretación conforme de las leyes y la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas<sup>174</sup>.

Para el Dr. Ricardo Lorenzetti el paradigma del Estado de Derecho Constitucional requiere la existencia de un límite tanto al poder político como al poder privado. Allí es donde inserta la vía que analizamos al expresar que “el límite al poder privado está dado por acciones concedidas a los ciudadanos de efecto horizontal”<sup>175</sup>. Cita al respecto numerosísimos ejemplos: “[...] en materia ambiental han surgido los principios de prevención y precaución que importan un límite cuando hay riesgo de los bienes ambientales; el hábeas data como tutela del dato privado; la declaración de ineficacia de las cláusulas abusivas en la contratación de consumo; el abuso del derecho y la buena fe en las relaciones privadas, etc.”<sup>176</sup>.

Precisamente esta orientación ha sido receptada en la reforma del Código que analizamos al colocar deliberadamente la buena fe y

---

o se la ha aplicado de un modo que vulnera los principios constitucionales, por lo tanto, ábrame la puerta del recurso extraordinario”, *ibíd.*, pág. 4.

172. VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”, en LAFFERRIERE, J. N. et al. (comp.), *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012: informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina*, ob. cit., pág. 64.

173. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 88.

174. GUASTINI, R., “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, M. (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pág. 54.

175. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial*, ob. cit., págs. 401-402.

176. *Ibíd.*, págs. 420-421.

el abuso del derecho como principios generales del capítulo dedicado al “Ejercicio de los derechos”<sup>177</sup>. En los fundamentos se aclara que este título referido al ejercicio de los derechos tiene por destinatario principal a los ciudadanos<sup>178</sup>. Además, a diferencia del proyecto de reforma de 1998, se decide colocarlos en el Título Preliminar para suministrar pautas generales para el ejercicio de los derechos “que tienen una importancia fundamental para dar una orientación a todo el Código”<sup>179</sup>.

Como hemos visto en puntos anteriores, este efecto inmediato en las relaciones particulares de los derechos fundamentales tuvo su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y la doctrina que le sirvió de inspiración, según la cual los derechos fundamentales vinculan las relaciones jurídicas entre particulares de modo directo, vinculación que implicaría la obligación de los jueces ordinarios de aplicar directamente los derechos fundamentales en la resolución de los casos<sup>180</sup>.

Esta postura de la doctrina alemana sostiene que los derechos fundamentales no son meras normas de interpretación sino de regulación social y que, en cuanto valores, corresponde una protección universal o en toda dirección. Como consecuencia de ello, los derechos fundamentales modificarían las normas de derecho privado existentes y, a su vez, crean normas nuevas.

177. Cf. Arts. 9º, 10 y 11 del Proyecto de reforma del CC.

178. Esta distinción ha sido criticada por el Dr. Rodolfo Vigo como “demasiado forzada y poco realista [...] en definitiva los jueces deben guiarse por el modo que pretende la ley para el ejercicio de los derechos, más aún, todo el derecho se dirige a ciudadanos y autoridades (incluidos los jueces)”, VIGO, R., “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”, ob. cit., pág. 66.

179. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, págs. 19-20.

180. Cf. MENDOZA ESCALANTE, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, Universidad Complutense de Madrid, 2010, disponible en [www.consultoriaconstitucional.com](http://www.consultoriaconstitucional.com).

#### 4. CRÍTICAS A LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO

##### 4.1. Interpretación insegura: la Constitución versus ley de derecho privado

Según Kemelmajer de Carlucci, “la constitucionalización del derecho privado puede generar inseguridad. El riesgo se corre por el modo de interpretación. La interpretación de la Constitución asienta sobre bases más flexibles que la interpretación de las leyes. Las leyes son más casuistas y, por ello, tienen otro lenguaje. Por lo tanto [...] todo depende de los jueces que aplicamos las leyes y de los abogados que plantean los pleitos”<sup>181</sup>.

Según Corral Talciani, por querer afirmar la supremacía constitucional podemos correr el riesgo de incurrir en el extremo de lo que podemos llamar “autarquía constitucional”<sup>182</sup>. Dicho riesgo se está dando a través de la fabricación *ad casum* de lagunas legales, que una vez construidas por el intérprete le dejan abierta la vía para propiciar una aplicación directa *secundum legem*, es decir, a falta de ley que regule la materia.

En el mismo sentido, Ernst Forsthoff –pionero de la visión crítica del neoconstitucionalismo en Alemania– había destacado que la norma constitucional no se puede interpretar como otra ley, por lo que rechazaba, cuando una interpretación textual y del significado del texto no sea evidente, deducir, a partir de un conjunto de normas, una “imagen del hombre” a la que se le dé relevancia para la interpretación de la Constitución<sup>183</sup>. Luego señalaba como principales consecuencias: la pérdida de las normas constitucionales en raciona-

181. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Daños y Constitución Nacional”, ob. cit., pág. 11.

182. CORRAL TALCIANI, H., “Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado”, ob. cit., págs. 9-10.

183. Cf. BRAGE CAMAZANO, J., “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Posguerra”, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pág. 6, disponible en [www.uned.es](http://www.uned.es).

lidad, en evidencia; la destrucción de la lógica jurídica y su refinada interpretación<sup>184</sup>.

Respecto al texto constitucional entendido en la categoría de “principios” frente a las normas legales, S. Pozzolo ha puesto de manifiesto que se encuentra expresado “en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción”<sup>185</sup>. Además, al afirmarse la superioridad de la Constitución respecto de la ley, se produce una “materialización” o “sustancialización” de la Constitución<sup>186</sup>, que significaría un contenido sustancial condicionante de las normas subconstitucionales. “La ley, pues, cede el paso a la Constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales”<sup>187</sup>.

Por otro lado, y en relación con esta cuestión, se ha señalado que los jueces de derecho civil, al resolver una controversia donde se dilucida si se han lesionado los derechos de la personalidad como la intimidad, el honor, la buena reputación, la integridad personal o el derecho de propiedad, “están realizando una función de jueces constitucionales porque resuelven controversias sobre derechos fundamentales”<sup>188</sup>. Recordemos que, por el contrario, cuando el Tribunal Federal Alemán en el “Caso Lüth” aplicó la Ley Fundamental de Bonn a una relación de derecho privado regida por el Código Civil aclaró que el juez civil

184. Agregó además que no es una interpretación jurídica porque contiene hipostatizaciones extrañas a las normas a interpretar y porque los derechos fundamentales no forman ningún sistema. Cf. *ibíd.*, pág. 8.

185. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *ob. cit.*, pág. 340.

186. Cf. LA TORRE, M., “Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 16, Madrid, 1993, pág. 85.

187. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, *ob. cit.*, pág. 341.

188. MENDOZA ESCALANTE, M., “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares”, *ob. cit.*, pág. 23. El mismo autor indica que “desde que la Constitución es fuente de derecho, todos los jueces se convierten, desde esta perspectiva, en jueces, constitucionales”, *ibíd.*, pág. 23, nota 80.

estaba aplicando la Carta Magna como parte integrante del mismo derecho privado<sup>189</sup>.

Analizando esta cuestión, el Dr. García Amado ha señalado que parecería que estamos asistiendo a una especie de “canonización de las normas constitucionales”<sup>190</sup>, incluyendo en sí cierta paradoja: mientras la Constitución se enarbola a la manera de un dogma religioso, su interpretación y concreción debe pasar por el tamiz judicial, quien se convierte en el nuevo “oráculo” de las sociedades modernas.

Por eso también se ha señalado que el efecto horizontal de los derechos fundamentales implicaría una potencial disolución de las tradiciones argumentativas y construcciones dogmáticas propias de los ordenamientos infraconstitucionales, generando al mismo tiempo un aumento desorbitado de las potestades de los jueces al poder prescindir de dichas construcciones en los casos concretos y poder aplicar aquellos estándares normativos ambiguos e indeterminados que suponen los derechos fundamentales, por lo que “la destrucción de esas tradiciones libera así al juez haciendo más incierto el mérito de los razonamientos judiciales y el texto de la leyes”<sup>191</sup>.

Además a ello debe sumarse que quienes defienden la horizontalidad no solo entienden que los derechos fundamentales pueden hacerse valer en la dimensión ciudadano/ciudadano, sino también pueden ejercerse con prescindencia de las disposiciones de carácter legal. En este sentido, tras la teoría del efecto horizontal existe la pretensión de que “un particular puede oponer a otro particular directamente un derecho fundamental, sin necesidad de un acto del legislador o alguna otra mediación o cualificación”<sup>192</sup> o de que “los derechos fun-

189. Cf. pág. 22.

190. Cf. GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, en MANTILLA ESPINOSA, F. (coord.), *Controversias constitucionales*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2009, pág. 343 y sigs.

191. CORREA, R., “En defensa de una aplicación exclusivamente vertical de los derechos fundamentales”, Ponencia presentada el 13 de enero de 2004 al VI Congreso Mundial de Derecho Constitucional, en Santiago de Chile.

192. JANA, A., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, Buenos Aires, Del Puerto, 2003, pág. 59.

damentales habrían de tener un efecto absoluto”<sup>193</sup>. Es esto, sin duda, lo verdaderamente problemático tras la tesis de la horizontalidad y es esto lo que, en definitiva, produciría un aumento considerable de inseguridad jurídica.

#### 4.2. *Textura abierta de los derechos fundamentales como valores*

En relación con la crítica anterior, surge una nueva cuestión. Según Sierra Gutiérrez las primeras tensiones que surgen en torno a la constitucionalización del derecho provienen del enfrentamiento entre las altas cortes, producto de la interpretación del derecho privado desde la invasión del sistema jurídico constitucional de principios y valores frente a las reglas, lo que conllevará a decisiones controversiales y quizá contradictorias porque si bien la regla del neoconstitucionalismo del derecho privado supone una forma distinta de interpretar el derecho, “esa puede ser antagónica si se compara con los métodos tradicionales de la interpretación de la ley”<sup>194</sup>.

Esta consecuencia está directamente relacionada con la consideración de los derechos fundamentales como valores. En tal sentido se ha señalado que “lo notable de esta faceta del neoconstitucionalismo es que tal calificación –la de los derechos fundamentales como valores– no suele, salvo excepciones, ir acompañada de una discusión o al menos de una toma de posición respecto de qué es lo que se entiende por ‘valor’, como si no se tratase de uno de los términos de sentido

193. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 470. Adicionalmente, y en el mismo sentido, Alexy señala que Nipperdey, uno de los principales representantes de la teoría del efecto directo, concibe a este último como un “efecto directamente normativo que *modifica las normas de derecho privado existentes* –sin que importe que se trate de derecho vinculante o dispositivo, de cláusulas generales o de determinadas normas jurídicas– o crea otras nuevas, sean éstas prohibiciones, mandatos, derechos subjetivos, leyes de protección o razones de justificación”.

194. SIERRA GUTIÉRREZ, A., “Panorama actual de la constitucionalización del derecho privado en Colombia. Teorías jurídicas y filosóficas”, en *Justicia Juris*, Vol. 7, N° 1, enero-junio 2011, pág. 126.

más elusivo en las ciencias humanas y sociales. Quizás lo más destacable, en este punto, del neoconstitucionalismo, no sea la afirmación (trivial en un sentido, altamente compleja desde un punto de vista lógico en otro) de que los derechos fundamentales son valores, o constituyen valores (o cualesquiera otras expresiones similares), sino la ausencia del intento por precisar en qué consiste este predicado, o de justificar un sentido para el mismo<sup>195</sup>.

Sin duda, uno de los cambios fundamentales introducidos por el “Caso Lüth” ha sido la consideración de la Constitución como un orden objetivo de valores, lo cual traducido o aplicado a las decisiones de las controversias del derecho privado, significa que la doctrina ha considerado que se ha producido una “moralización” del derecho”.

Se ha señalado que “la moralización que se aprecia al interior del sistema constitucional se repetiría también en el resto del sistema jurídico, pudiendo los jueces de instancia prescindir de los dictados del legislador invocando valores y principios superiores del ordenamiento a efectos de resolver todo tipo de conflictos jurídicos<sup>196</sup>”.

La jurista S. Pozzolo ha sido una de las primeras en señalar esta cuestión advirtiendo que la conexión entre derecho y moral se verifica tanto en el plano interpretativo, cuando el juez debe atribuir significado a los valores morales subyacentes; como a nivel justificativo, cuando el operador jurídico fundamenta la decisión judicial en argumentos morales<sup>197</sup>.

195. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 90. Sobre la problemática filosófica de la noción de “valores” ver el exhaustivo análisis de todas las posturas en DÍAZ REVORIO, J., “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 102, Madrid, octubre-diciembre 1998, págs. 129-159.

196. LEIVA FADIC, F., “El Estado Constitucional y los derechos fundamentales como valores”, en <http://congresoconstitucional.cl/>, pág. 37.

197. POZZOLO, S., “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, ob. cit., pág. 343. En otra parte ha señalado que “se habría equivocado un iuspositivismo que afirmara que el jurista-juez puede *conocer* el derecho, o bien ‘individualizar el contenido del derecho’, sin recurrir a argumentos extra-jurídicos (es decir, sobre la única base de la interpretación textual)”, POZZOLO, S., “Un constitucionalismo ambiguo”, en CARBONELL, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., pág. 205. Por su parte, Bayón ha señalado que “dado que los preceptos constitucio-

El problema no residiría tanto en la estricta cuestión de la relación entre derecho y moral, cuestión que se remonta a los orígenes del derecho en la cultura grecorromana, sino más bien en la noción ambigua de “valores” con la irrupción del neoconstitucionalismo.

Por ejemplo, según R. Lorenzetti, “el valor expresa un juicio comparativo cuando de dos objetos se dice que uno tiene mayor valor que otro, expresándose juicios de preferencia”<sup>198</sup>, luego que los valores no se fundan en el derecho natural ya que el fundamento del ordenamiento es la regla de reconocimiento y son utilizados con una finalidad crítica y orientadora de la producción jurídica, indicando sus fines fundamentales.

Según Zagrebelsky las Constituciones actuales se basan en la coexistencia de valores y principios no absolutos para no renunciar a sus cometidos de unidad e integración y no hacerse incompatibles con su base material pluralista, por lo que “solamente asume carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en lo tocante al aspecto sustancial) y la lealtad en su enfrentamiento (en lo referente al aspecto procedimental)”<sup>199</sup>.

Respecto a los valores y principios que el proyecto de reforma considera relevantes encontramos<sup>200</sup>: la defensa de un “Código con identidad latinoamericana”<sup>201</sup>; la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales; los derechos de incidencia colectiva; la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores y de los bienes ambientales; la igualdad real –por contraposición a una igualdad abstracta– concebi-

---

nales que declaran derechos básicos están ordinariamente formulados en términos considerablemente vagos y abstractos, su aplicación hace estrictamente inevitable una ‘lectura moral’ de los mismos”, BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, en *ibíd.*, pág. 215.

198. LORENZETTI, R. L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., pág. 146.

199. ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, ob. cit., pág. 14.

200. Cf. *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, pág. 10 y sigs.

201. Al respecto se ha señalado que “esta tarea de compatibilización (de las tradiciones románica, hispánica, francesa y la cultura latinoamericana) no es fácil, dada las diferencias culturales y jurídicas de las distintas tradiciones”, HERRERA, D., “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil...”, ob. cit., págs. 42-43.

da como una “una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”<sup>202</sup>; el paradigma no discriminatorio y la defensa de una sociedad multicultural<sup>203</sup>; entre otros.

Por otro lado, también se ha señalado que esta concepción axiológica de la Constitución incide sobre las mismas fuentes del derecho ya que la vigencia de las mismas, enfocada desde el punto de vista de su producción conforme a los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico y dentro de éste, del orden constitucional, “queda ahora supeditada o al menos indisolublemente unida a la cuestión de la validez de dichas fuentes a la luz de los principios (morales) contenidos en la fuente superior que, por su primacía, condiciona en esta dimensión de validez también la dimensión de vigencia de las demás fuentes”<sup>204</sup>.

#### ***4.3. Los derechos fundamentales frente a la autonomía de la voluntad***

Otra crítica ha señalado que “producto del efecto horizontal de los derechos fundamentales se introduce una limitación indebida en la autonomía privada por cuanto la Constitución, en vez de limitarse a proteger los derechos fundamentales frente al Estado, impone a los ciudadanos la obligación de respetar los derechos de los demás”<sup>205</sup>.

202. “Esta preferencia por lo que el proyecto hoy llama igualdad real ya fue realizada por la reforma de 1968 al incorporar instituciones como el abuso del derecho, la lesión subjetiva-objetiva y la teoría de la imprevisión, al mismo tiempo que le dio a los jueces mayores potestades para morigerar las desigualdades a través de un reajuste equitativo de las relaciones jurídicas, tanto contractuales como extracontractuales”, HERRERA, D., “Análisis del proyecto de nuevo Código Civil...”, ob. cit., pág. 46.

203. La expresa mención al “multiculturalismo” como valor defendido en el proyecto nos permite deducir que la concepción filosófica sobre los valores y principios constitucionales será la del subjetivismo plasmado en el consenso. Sobre esta teoría ver DÍAZ DE REVORIO, J., “Algunas ideas sobre los valores en la filosofía jurídica y política”, *Revista de Estudios Políticos*, N° 12, Madrid, oct.-dic. 1998, págs. 129-159.

204. ALDUNATE LIZANA, E., “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 92.

205. Cf. FERRERES, V., “La eficacia de los derechos constitucionales frente a los particulares”, en *Los derechos fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA 2001), Buenos Aires, Del Puerto, 2003, págs. 41-52.

Aún para aquella doctrina que concuerda con los efectos horizontales de los derechos fundamentales señala que “las dificultades surgen cuando nos encontramos con la existencia de relaciones entre particulares sometidas al principio de autonomía de la voluntad, dado que con base en dicho principio podría renunciarse al ejercicio o a la protección de algún derecho fundamental”<sup>206</sup>.

Surge así la pregunta sobre si resulta admisible en este tipo de situaciones la renuncia al ejercicio o a la protección que depara algún derecho fundamental<sup>207</sup>. Se presenta aquí nuevamente la cuestión sobre el estatus del derecho privado frente a un derecho público que parecería intenta absorberlo.

Respecto a esta cuestión, la doctrina ha puesto determinados requisitos para que la irradiación de los derechos fundamentales no lesione la autonomía de la voluntad sobre la que se asientan varias instituciones del derecho privado. Así, Pietro Sanchís considera que estos casos requieren un análisis casuístico, y que corresponde “al juez ponderar los intereses en conflicto, pero, desde luego, sin excluir a priori la eficacia de las libertades en las relaciones entre particulares”<sup>208</sup>, y en sentido similar Bilbao Ubillos señala que en cada caso habrá que indagar la solución ponderando los intereses en juego. De ahí que afirme

206. Cf. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990, págs. 207-209 y BILBAO UBILLOS, J. M., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, 1997, págs. 360-382.

207. Los que justifican esta irradiación de los derechos fundamentales en las relaciones de derecho privado consideran que “estos poderes que se gestan en el estado de naturaleza –los consorcios, asociaciones de profesionales, grandes empresas–, que incluso llegan a ser más fuertes que los propios Estados, como por ejemplo las transnacionales, deben ser controlados, tornándose necesaria la constitucionalización del derecho privado que implica poner freno al poder que detentan los particulares y entrar a controlar y vigilar ciertos espacios de la vida privada que antes eran intocables; el concepto de lo privado y, por ende, de lo intocable ha ido variando conforme a las luchas históricas producidas en la sociedad, cuyos resultados se han ido expresando mediante leyes, cf. FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2008, pág. 299.

208. PRIETO SANCHÍS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, ob. cit., pág. 215.

que el problema del alcance concreto de esa eficacia “es una cuestión de ponderación”<sup>209</sup>.

Este autor presenta dos criterios que a su juicio debe seguir el juez en la tarea de resolver los conflictos que se pueden dar en las relaciones entre particulares. El primero consiste en proteger con más intensidad el derecho fundamental de la parte más débil, cuando en una relación entre particulares se observe la supremacía de una parte sobre la otra. Sería el caso, por ejemplo, de la relación entre empresario y trabajador. El segundo criterio pasa por considerar que la eficacia vinculante de un derecho fundamental será más intensa cuando se halle en juego la dignidad humana.

Se introduce así un importante matiz al señalar que “los conflictos entre particulares deberán resolverse siempre procurando preservar el núcleo esencial de los derechos e intereses en juego (y del derecho fundamental, en primer lugar)”<sup>210</sup>. Dicho en otros términos, si el legislador, al regular el ejercicio de los derechos y libertades, está obligado a respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, también el juez, cuando resuelve conflictos entre particulares, efectúa ponderaciones, y en ellas debe velar por mantener intangible el contenido esencial de los derechos fundamentales.

Pues bien, dado que este autor admite que la ponderación entre el derecho fundamental y los otros intereses en juego no siempre se saldará con el triunfo del derecho fundamental, cabe deducir que entiende que respetar el contenido esencial de un derecho fundamental significa exigir una justificación constitucionalmente aceptable de aquellas medidas que restrinjan su ejercicio.

Consideramos que esta crítica obedece a una concepción jurídica determinada: la que concibe al derecho como “mera potestad subjetiva” y que por lo tanto las relaciones jurídicas son leídas como “conflictos de intereses individuales”<sup>211</sup>. Corresponde entonces preguntar-

209. BILBAO UBILLOS, J. M., “La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *ob. cit.*, pág. 378.

210. *Ibid.*, pág. 367.

211. Esta corriente subjetivista ha sido caracterizada como una “reacción individualista que da primacía a los deseos sobre los derechos –deseo tal cosa y por eso

nos si la irradiación de los derechos fundamentales sobre el derecho privado previsto en el proyecto de reforma corrige esta concepción jurídica. En tal sentido, el Dr. Gabriel Limodio ha señalado que “se ahonda en una visión muy particular de los derechos personalísimos, que no hacen sino recuperar un fuerte individualismo, propio de las declaraciones de derechos inmediatos a la Revolución Francesa [...] Esto puede leerse en la aceptación de un pluralismo como hecho, que pareciera sostener que la trama social está constituida por una gran cantidad de grupos en conflicto, los cuales se van resolviendo sin pretender que exista algún tipo de valores respecto de los cuales no se puede disponer”<sup>212</sup>.

De allí que también se ha señalado que “los efectos en las relaciones particulares de los derechos fundamentales se enmarcan en una nueva forma de comprender los derechos fundamentales caracterizada por rechazar precisamente la tesis que se pretende hacer valer mediante el recurso a la historia, a saber: el antagonismo entre lo individual y lo colectivo que condujo a ver los derechos individuales como esfera de libertad frente al poder y que se tradujo en el sometimiento de los derechos a la ley”<sup>213</sup>.

#### ***4.4. Preponderancia del rol del Poder Judicial en el Estado de Derecho***

Respecto a la interpretación “conforme a la Constitución”, Aldunate Lizana ha realizado el siguiente reparo: “[...] la interpretación conforme a la Constitución admite dos variantes, una de ellas exenta de críticas y la otra altamente cuestionable. La primera variante opera en el nivel de aplicación operativa de la ley; no hay objeciones a invo-

---

tengo derecho a ello-, sin importar si hay una norma habilitante o si simplemente se trata de un acto de mi caprichosa voluntad”, PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, ob. cit.

212. LIMODIO, G., “Luces y sombras...”, ob. cit., pág. 59.

213. DE DOMINGO PÉREZ, T., “El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 1, N° 1, Universidad Miguel Hernández, julio 2006, págs. 291-301.

lucrar a la Constitución como elemento de interpretación de la ley de forma tal de conducir el proceso interpretativo al resultado conforme con la Constitución. Un uso diferente de la noción de interpretación conforme a la Constitución es aquel que emplea el órgano de jurisdicción constitucional cuando agrega, a la declaración de constitucionalidad de un precepto de ley, o proyecto de ley controlado, su declaración respecto del sentido en que debe ser interpretado: dicho de otro modo, usa el argumento de ‘la interpretación conforme’ para asumir una labor colegislativa (positiva) al generar, junto al de la ley, un texto de función normativa equivalente (la respectiva declaración aditiva de ‘interpretación conforme’)”<sup>214</sup>.

También se ha señalado<sup>215</sup> que al asumir la ley contenidos éticos, morales o religiosos, y no poder así aplicarse conclusiones silogísticas, la ley constitucional pierde su forma típica del Estado de Derecho: se llega así a un *Estado de Justicia* que disuelve a la Constitución en la casuística que se elabora libre de control y lleva a un alejamiento del vínculo formal a la ley constitucional, a la que se concibe como algo “abierto”, fijándose su contenido caso por caso por el Tribunal Constitucional en su desarrollo evolutivo; el Tribunal supera así ampliamente los límites constitucionales de un Tribunal transformándose en un órgano supremo que toma parte activa en la integración estatal defendiendo su posición propia. Se abandona un Estado de Derecho en pro de un Estado de Justicia, donde la sociedad está regida por valores o por valoraciones subjetivas de los jueces constitucionales con la consiguiente pérdida de racionalidad y previsibilidad.

Según García Amado, “a mayor indeterminación lingüística de los enunciados constitucionales y mayor presencia de sistemas morales concurrentes en la sociedad pluralista para rellenarlos de contenido, mayor discrecionalidad de sus intérpretes y aplicadores; y cuando esas normas, así enunciadas, se aplican directamente, sin mediación

214. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, ob. cit., pág. 89.

215. BRAGE CAMAZANO, J., “La doctrina de Smend como punto de inflexión de la hermenéutica y concepción de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales a partir de la Segunda Posguerra”, ob. cit., pág. 10.

legal, también mayor discrecionalidad de sus aplicadores a efectos de configurar y precisar sus concretos contenidos<sup>216</sup>.

#### 4.5. *Las dificultades del método de ponderación judicial*

Tal como hemos visto al analizar la sentencia “Lüth”, la vía para solucionar los conflictos entre derechos fundamentales o entre un derecho fundamental o principio constitucional y una ley de derecho privado sería el “método de ponderación judicial”<sup>217</sup>. A partir de allí la doctrina, principalmente a través de R. Alexy, ha analizado este método. Si bien esta cuestión excede nuestra investigación, conviene detenernos en la consideración sobre su real dimensión y las críticas que la misma doctrina ha realizado, ya que no es un método exente de cuestionamientos jurídicos.

Así, por ejemplo, para el Dr. R. Lorenzetti, “los conflictos entre los principios y valores son tratados mediante un análisis de la capacidad argumentativa de cada uno, que se denomina juicio de ponderación”<sup>218</sup>. Este método requiere, de antemano, negar cierta jerarquización entre los derechos, porque considera que “la jerarquía como definición a priori de un orden conspira contra toda flexibilidad, contra la incorporación de nuevos derechos”<sup>219</sup>. Por lo tanto, si no hay jerarquización previa de los derechos hay competencia entre ellos y de allí la necesidad de la ponderación<sup>220</sup>.

¿Cómo se aplica la ponderación? Enuncia los siguientes pasos lógicos: en primer lugar, identificar un campo de tensión, constatar una situación de conflicto entre principios contrapuestos, se satisface un principio pero se lesiona otro, por ejemplo: identificar si en un caso la protección de la persona colisiona con la libertad de información; en

216. GARCÍAAMADO, J. A., “Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores”, ob. cit., pág. 346.

217. Ver párrafo textual de la sentencia en pág. 24.

218. LORENZETTI, R., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, ob. cit., pág. 255.

219. *Ibíd.*, pág. 257.

220. *Ibíd.*, pág. 257.

segundo lugar, se debe buscar la alternativa más económica que consiste en encontrar una solución que cumpla un principio sin lesionar a otro, por lo que hay que optar por esta posibilidad; en tercer lugar, aplicación de la ponderación cuando se presentan casos de principios competitivos, el juez debe considerar cuál es el punto óptimo de equilibrio entre lo que se da a unos y se saca a otros, y cómo ponderar los valores en juego<sup>221</sup>.

Sin embargo, la doctrina ha puesto en tela de juicio este método como vía para la solución de casos concretos en que se presenta colisión de principios o valores porque desde el punto de vista de la estructura lógica que propone, el método de ponderación “deja al operador jurídico justo allí donde se plantea el problema: cómo justificar normativamente la preferencia por uno u otro principio, el mayor peso relativo que se otorga a uno u otro valor en un caso concreto. Si los valores que se sostienen presentes en el documento constitucional cumplen su función normativa al ser involucrados como tales en el juicio de ponderación, las razones en virtud de las cuales opera la preferencia condicionada en la que consiste el juicio de ponderación son independientes de tales valores y, por tanto, se encuentran del todo desvinculadas de la fuente jurídica de la decisión. Las valoraciones adicionales requeridas por la operación, a saber, la decisión del peso a adjudicar a cada uno de los valores en juego, quedan entregadas al operador sin punto de apoyo o referencia jurídica (y habría que agregar: ni siquiera argumental)”<sup>222</sup>.

221. *Ibíd.*, págs. 259-259. En sentido similar Alexy ha explicado que “la ley de ponderación expresa que optimizar en relación con un principio colisionante no consiste en otra cosa que ponderar. La ley de ponderación muestra que ésta puede descomponerse en tres pasos. En el primero debe constatar el grado de incumplimiento o perjuicio de un principio. A él debe seguir en un segundo paso la comprobación de la importancia de la realización del principio contrario. En un tercer paso finalmente debe averiguarse si la importancia de la realización del principio contrario justifica el perjuicio o incumplimiento del otro”, ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, *ob. cit.*, pág. 9.

222. ALDUNATE LIZANA, Eduardo, “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo”, *ob. cit.*, pág. 96.

J. Habermas ha considerado que el ponderar en el derecho constitucional conduce a varios problemas<sup>223</sup>. La primera objeción de Habermas es que el modelo ponderativo quita fuerza normativa a los derechos fundamentales, se degradarían al plano de los objetivos, programas y valores; con ello perderían la “*primacía estricta*” que debería ser característica de los “puntos de vista normativos”. Junto a este peligro de ablandamiento de los derechos fundamentales se sigue el de los “juicios irracionales”. La ponderación suele realizarse de manera arbitraria o irreflexivamente según estándares y jerarquías consuetudinarios. Por otro lado, considera que con la teoría de la ponderación, el derecho es sacado del ámbito de lo válido y lo inválido, de lo correcto e incorrecto, y de lo justificado; y se trasplanta a uno que sería definido por representaciones ideales como las de una mayor o menor adecuación, y conceptos como el de discrecionalidad.

## 5. CONCLUSIONES GENERALES<sup>224</sup>

1. El proyecto de reforma del Código Civil y unificación con el Código Comercial comportará un paso significativo para la constitucionalización del derecho privado.
2. Se innova respecto al derecho comparado con la incorporación de la Constitución Nacional como fuente expresa del derecho privado, habilitándose la vía de su aplicación directa y constituyéndose como el principal norte para la interpretación del Código.

223. Cf. ALEXY, R., “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, ob. cit., págs. 6-7.

224. Coincidimos con la valoración realizada por el Dr. R. Punte al señalar que esta reforma en el cambio sustancial que comportará para el derecho argentino sería como “ver impávidos cómo se demuele un viejo edificio, con su parte bella y sus defectos, para ser reemplazado por un rascacielos vidriado. Este, reluciente, pronto se verá, sin embargo, sujeto a los avatares del uso y la vida, las dificultades del clima, los defectos estructurales y de diseño, y todas las dificultades que cualquier obra humana tiene”, PUNTE, R., “Observaciones a la propuesta reforma unificatoria de los Códigos Civil y Comercial”, ob. cit.

3. La complejidad del sistema de fuentes que estructura el proyecto otorgará un rol preponderante al Poder Judicial en la dilucidación de los casos concernientes al derecho privado argentino.
4. El proyecto no resuelve las principales críticas realizadas por la doctrina a la constitucionalización del derecho privado analizadas en el punto 4 de la investigación.
5. La constitucionalización del derecho privado que se pretende presenta algunas contradicciones en la ordenación de la parte especial, como por ejemplo en lo atinente a los derechos personalísimos cuando se omite toda protección al derecho a la vida.



# **EL NO RECONOCIMIENTO DE UNA AGRUPACIÓN POLÍTICA (Constitucionalidad, discriminación, partido anti-sistema)**

GUILLERMO C. SCHINELLI<sup>1</sup>

Una relativamente reciente sentencia de nuestro más Alto Tribunal<sup>2</sup> entrega importantes elementos para ayudarnos a profundizar en la cuestión que hemos resumido en el título, que puede ser de medianamente clara conceptualización en sus líneas generales, pero no fácil de resolver en situaciones concretas. Ese decisorio (y sus inmediatos antecedentes) aporta ideas y juicios que en pocas ocasiones anteriores habían sido motivo de su directo análisis. Y por eso consideramos que merecen especial consideración.

1. Profesor protitular ordinario de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, institución donde también dicta clases en el curso de especialización (posgrado) en Derecho Constitucional. Profesor también en el curso de actualización sobre Derecho del Petróleo y del Gas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Prestó servicios en dependencias técnicas y profesionales de la Cámara de Diputados de la Nación; se desempeña actualmente en el asesoramiento jurídico empresario. Autor de distintas publicaciones y artículos sobre derecho constitucional, focalizándose especialmente en el derecho parlamentario.

2. “Partido Nuevo Triunfo – Distrito Capital Federal s/ reconocimiento”, Causa P. 1469. L. XLI; *Fallos*: 332:433, sentencia emitida el 17 de marzo de 2009.

## 1. PRECEDENTES

El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuestión se origina en dos decisiones judiciales, de primera y de segunda instancia, que no otorgaron reconocimiento a la personería jurídico-política, en el Distrito Capital Federal, solicitada por el Partido Nuevo Triunfo.

La Cámara Nacional Electoral señaló<sup>3</sup> (en párrafos particularmente recogidos por el decisorio de la Corte) que “no eran las ideas políticas” de los miembros de ese partido lo que la conducía a determinar la imposibilidad de reconocerlo legalmente, “[...] sino su emulación de un régimen basado en pretendidas desigualdades, que agravia ostensiblemente uno de los derechos humanos más elementales consagrados por el orden jurídico nacional e internacional, y que –en el desenvolvimiento de dicha agrupación– se traduce en concretos actos discriminatorios por motivos de raza, sexo y origen nacional”. Llegó a esa conclusión basándose en que la agrupación en cuestión constituía una emulación del “Partido Alemán Nacional Socialista de los Trabajadores”, de la década de 1930, utilizando prácticas y símbolos “comunes con los del régimen que instauró una teoría basada en la superioridad racial, todo lo cual resulta agravante para los derechos humanos más elementales consagrados en el orden jurídico nacional e internacional”. Además de analizar los símbolos y elementos *nazis*<sup>4</sup> que se intentaban utilizar, tuvo especialmente en

3. En decisión pronunciada en el Expediente N° 3846/04, del 5 de mayo de 2005, fallo N° 3423/05, cuyo texto completo puede verse en internet, [www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2/resultado.php](http://www.pjn.gov.ar/jurisprudencia2/resultado.php).

4. Entre ellos, y conforme se recogió de la sentencia de primera instancia, del Juzgado Federal electoral de la Capital Federal, la utilización en las publicaciones partidarias de la figura del águila imperial que lucían los oficiales nazis en sus uniformes, la designación del presidente de la junta promotora como “líder”, es decir “Führer”, la autodefinition de un sector partidario como *camisas pardas*, la celebración del día del partido en oportunidad del natalicio de Adolfo Hitler, el saludo de sus partidarios mediante el brazo derecho extendido y elevado en el momento de cantar el himno nacional, etc. (entre otros importantes elementos que recogen BALLESTERO, José Luis y SLONIMISQUI, Pablo, en “Sobre los límites de la tolerancia política”, publicado en *La Ley*, 2009-B, 685).

cuenta que el programa de gobierno del pretendido partido postulaba “el drástico desmantelamiento de la red homosexual, drogadicta y corrupta que hoy afecta la Argentina”, y que con referencia al castigo de la “vagancia”, “el respeto a esta norma será doblemente importante en el caso de los extranjeros”. Ello la condujo a “tener por configurados actos concretos de discriminación absolutamente contrarios al principio de igualdad ante la ley y que, a los fines de su reconocimiento como partido político, no encuentran cobijo en el Art. 38, CN, en los tratados internacionales incorporados a su Art. 75, inc. 22, ni en las Leyes N° 23.298, de partidos políticos, y N° 23.592, que sanciona los actos discriminatorios”.

La agrupación en cuestión interpuso recurso extraordinario, por razones que refieren a un supuesto rechazo a las “ideas políticas” de esa entidad “en seria contradicción con los principios de libertad de opinión y expresión que salvaguarda la Constitución Nacional”. Alegó que al existir una falta de subordinación al Estado de Derecho y a la ley vigente, se la estaba discriminando ideológicamente.

## 2. EL VOTO MAYORITARIO

### *a. Límites del juzgamiento*

El voto mayoritario del más Alto Tribunal (que comprendía a todos sus integrantes, con excepción del Dr. Carlos S. Fayt)<sup>5</sup> dio por debidamente debatido y resuelto el material probatorio existente en la causa, que llevó al convencimiento de que la agrupación en cuestión constituía “una organización que promueve un programa inspirado en las mismas ideas vinculadas a la inferioridad de ciertas personas por su condición racial, religiosa o por su origen nacional”. Y admitió juzgar la situación a través del recurso extraordinario solo en cuanto a si la denegación del reconocimiento de ese partido determinaba un trato discriminatorio; aunque en una frase posterior aceptó también

5. Se trata, en total y en particular, de los mismos ministros que componen en la actualidad la Corte Suprema.

que se debía “resolver si constituye o no una decisión inconstitucional negar autorización para funcionar a una organización que se identifica en actitudes, imágenes y programa” con el partido *nazi* alemán.

### *b. Igualdad. Diferenciaciones no arbitrarias*

Los Considerandos restantes de ese voto de la mayoría aportaron un completo análisis del asunto a la luz del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación, reiterando, por un lado, las tesis clásicas de nuestro Superior Tribunal Federal, pero agregando otros contenidos importantes. Primero, en el Considerando 5, se recordaron principios tales como el del derecho a la igualdad como no representando una equiparación rígida, admitiéndose diferenciaciones cuando los criterios de distinción no fueran arbitrarios sino razonables. Arbitrariedades que no se presumen, sino que deben ser probadas por quien las invoca.

### *c. Desigualdad agravada, por criterios “sospechosos”*

Pero en el capítulo siguiente, se agregó un elemento que introduce variaciones en ese tratamiento clásico, afirmándose la complementación del principio de igualdad “mediante la aplicación de un examen más riguroso, cuando se trata de clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos (también llamados ‘sospechosos’)”. Para ello, tomó en cuenta que el derecho constitucional argentino contiene, a partir de la incorporación de diversos tratados de derechos humanos, “la prohibición expresa de utilizar criterios calificadorios fundados en motivos de ‘raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social’” (ello a tenor de varios convenios internacionales incluidos por el Art. 75, inc. 22, CN, dentro de la órbita de lo *supremo*: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial –Arts. 1º y 4º–, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –Art. 20, inc. 2– y la Convención Americana

de Derechos Humanos –Art. 13, inc. 5). Ello implica, según la Corte, tres consecuencias concretas: (a) la prohibición de discriminación; (b) la exigencia internacional para que el Estado realice acciones positivas, a través de leyes, para evitar esa discriminación; y (c) que todo ello debe reflejarse en la interpretación que de esas leyes hagan los tribunales. Esto último ratifica una verdadera *inversión de la carga de la prueba*, cuando se invoque la existencia de discriminación basada en los tres motivos recién resumidos<sup>6</sup>.

Esta descripción recoge la aplicación extensiva que la Corte de los Estados Unidos de América hizo de la Enmienda XIV a la Constitución de ese país, denominando desde entonces como “categorías sospechosas” en materia de discriminación (que hacen presumir la inconstitucionalidad de la medida diferenciadora) aquellas que no se justifican en un interés legítimo del Estado, o que refieren a grupos que tradicionalmente fueron excluidos de los derechos o beneficios que reconocen las leyes, o que fueron postergados sin término<sup>7</sup>.

La conclusión de la Corte argentina es que, en esos casos, “el trato desigual será declarado ilegítimo siempre y cuando quien defiende su validez no consiga demostrar que responde a fines sustanciales – antes que meramente convenientes– y que se trata del medio menos restrictivo y no solo uno de los medios posibles para alcanzar dicha finalidad”.

6. Citó el tribunal, al respecto, tres sentencias en las cuales se aplicó el principio de presunción de inconstitucionalidad: “Hooft”, “Gottschau” y “Mantecón Valdez”. Creemos importante resaltar que en esos tres casos estaba en juego una sola de las *circunstancias agravantes* de la discriminación recién enunciadas con la comprensión de *sospechosas*, la nacionalidad.

7. BIDEGAIN, Carlos María, en su *Curso de derecho constitucional*, T. V, Buenos Aires, ed. AbeledoPerrot, 2001, pág. 161 y sigs. (de quien recogemos lo básicamente indicado en el párrafo principal donde esta nota se inserta), dedica todo el párrafo N° 1126 a consignar los casos de la jurisprudencia argentina y norteamericana sobre discriminación dentro de las “categorías sospechosas” de raza, sexo, nacionalidad, características físicas, situación familiar y convicciones políticas.

#### *d. Conclusiones de la mayoría*

Aplicando esos principios al caso concreto, admitió la mayoría de la Corte Suprema que la decisión de negar autorización a la agrupación en cuestión superaba los cuestionamientos basados en el derecho a la igualdad, tanto desde el punto de vista del clásico criterio amplio del análisis de aquél, así como también del criterio más estricto, resumido en el párrafo anterior.

Detalló también los tratados internacionales de derechos humanos involucrados en esta materia, y particularizó la obligación del Estado de impedir el proselitismo a favor de ofertas políticas como las del caso, así como de velar por el cumplimiento estricto de ese marco jurídico internacional. Y concluyó con todo ello confirmando la decisión de la Cámara Nacional Electoral, pues la denegatoria de reconocimiento a la agrupación involucrada se basaba “en el desconocimiento de los derechos más esenciales de ciertos grupos de personas o de minorías y en la superioridad de una raza, que promueven diferencias en razón del color, origen, religión, orientación sexual, etc., por entender que todas estas actitudes consideradas en forma conjunta revelan una práctica discriminatoria prohibida”.

Esta decisión resultó clara e inobjetable, y a ella se llegó a la luz de un análisis lógico y razonable que partió de determinadas pautas normativas que tienen que ver, primordialmente, con la existencia real o eventual de actos o conductas evidentemente discriminatorios. Tal parece haber sido (al menos así lo expresaron los ministros firmantes) la limitación del marco procesal que tuvo el Tribunal para fallar.

### 3. ¿PARTIDO ANTI-SISTEMA?

#### *a. Una cuestión discutida*

La mayoría de la Corte pudo haber encarado la resolución de la cuestión desde una óptica distinta o quizás paralela (aunque pueda llevar a soluciones coincidentes): la de la posibilidad constitucional de la existencia de un *partido anti-sistema*. No se nos escapa la existencia de una histórica y universal polémica en esta materia. Esto es,

el debate acerca de si la democracia debe defenderse por sí misma (o no) de un partido cuyo objeto sea diametralmente opuesto al régimen democrático y, en caso afirmativo, por qué vías legales.

Carlos María Bidegain<sup>8</sup> consigna los elementos básicos de la discusión. Por un lado, pueden darse resquemores, abiertos ante las posibilidades de proscripciones por razones ideológicas; frente a ellos, está la posición de quienes sostienen que la democracia debe ser solo para los demócratas. Y, en última instancia, enmarca a esta dicotomía el problema de quiénes controlan a los supuestos demócratas o a los supuestos antidemócratas.

La normativa vigente es bastante escueta en la materia<sup>9</sup>. El Artículo 38 constitucional (fruto de la reforma de 1994) parece hacer una expresa referencia a la cuestión al referir en el inicio de su segundo párrafo que “su creación [está haciendo referencia a los partidos políticos] y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos [...]”. El debate constituyente no arroja resultados definitivos que permitan ayudar a conseguir una interpretación unívoca de lo que opinaron entonces los integrantes de la asamblea<sup>10</sup>.

8. Ídem, T. II, pág. 185 y sigs. Publicación en la que, en el capítulo respectivo, tuvimos ocasión de brindar nuestro modesto aporte, con motivo de su actualización.

9. Compárese la misma, por ejemplo, con la siguiente frase, inserta en el Art. 15 de la Constitución Nacional reformada en 1949 (y vigente entonces por solo seis años): “[...] El Estado no reconoce organizaciones nacionales o internacionales cualesquiera que sean sus fines, que sustenten principios opuestos a las libertades individuales reconocidas en esta Constitución, o atentatorias al sistema democrático en que ésta se inspira [...]”.

10. El 22 de julio de 1994 (página 1859 del *Diario de Sesiones* de la Convención), el convencional Ortiz Pellegrini (en el marco de la discusión de la cláusula hoy vigente) dijo: “Está claro que nos estamos refiriendo a los partidos anti-sistema. La democracia y la Constitución no deben tolerar a partidos que tengan por objetivo abolir la independencia, la libertad o el modo de vida abierto, participativo y democrático de los argentinos”, aclarando asimismo que el control por ejercerse al respecto debería hacerse “sobre los partidos que signifiquen un peligro real y presente contra el sistema democrático y constitucional argentino, sin hacer abuso de esta cláusula para otros fines”. Algo parecido sostuvo su colega, Bercoff (discurso agregado en la página 1995 de la misma publicación). Sin embargo, en la página 1903, el convencional, Cullen, sostuvo su oposición a cualquier contralor ideológico, destacando que “todas las

Dos de los tratados de derechos humanos *constitucionalizados* en 1994, según el Artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna, en cierta medida habilitarían también prohibiciones como las que se están analizando. Así, el Artículo 16 del Pacto de San José de Costa Rica, y el Artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que admiten las restricciones al derecho de asociarse que sean necesarias en una sociedad democrática y se adopten en interés de la seguridad nacional, la seguridad o el orden público o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. La Ley de Partidos Políticos, N° 23.298, en su Artículo 1°, “garantiza a los ciudadanos el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos”.

En materia jurisprudencial, existe un precedente importante, la sentencia pronunciada por la Corte en el conocido caso “Partido Obrero”<sup>11</sup>. Entre otros importantes fundamentos, expresó entonces el Alto Tribunal que “la defensa del Estado democrático, es decir, la preservación de las instituciones vigentes, justifica la restricción de los derechos que la Constitución consagra”; agregó que “el Poder Legislativo está facultado para dictar medidas prohibitivas de defensa del Estado democrático, respecto de agrupaciones políticas subversivas que propugnen la rebelión, el golpe de Estado, la huelga revolucionaria o la disolución, por medios ilícitos, de las instituciones de gobierno”. Debe empero tenerse presente que la norma regulatoria de los partidos políticos entonces vigente, el Decreto Ley N° 19.044/1956, era mucho más explícita y, si se quiere, exigente, que la escueta (en esta materia) ley que hoy nos rige, puesto que determinaba que los partidos políticos debían propugnar expresamente el mantenimiento del régimen democrático, republicano, representativo y federal de gobierno, así como el de las libertades, derechos y garantías individuales que consagra la Constitución.

Varias sentencias de la Corte (*Fallos*: 278:287, 283:42, 283:83), en estos casos con una composición dispuesta por el gobierno *de facto*

---

proscripciones vinieron con el argumento, o con el pretexto, de que el partido tenía una ideología contraria a los principios de la Constitución”.

11. Del 27 de junio de 1962, *Fallos*: 253:133.

iniciado en 1966, avalaron normas prohibitivas de la actividad comunista. Pero también es preciso tener en cuenta que la norma en discusión era un texto aprobado por aquel mismo gobierno, la llamada Ley N° 17.401, limitada en sus alcances cuando promediaba ese régimen y luego derogada formalmente cuando advino el gobierno *de iure*, mediante la Ley N° 20.509<sup>12</sup>.

### *b. El voto del Dr. Fayt*

Ahora, y volviendo a la sentencia de la actual Corte, quien, a nuestro entender, asumió también un análisis hasta cierto punto del tipo del recién resumido, fue el Dr. Carlos S. Fayt, en su largo y muy fundamentado voto. Llegó a prácticamente la misma decisión adoptada por la mayoría, pero tras recorrer un camino que lo condujo a analizar en profundidad (tal como este magistrado lo ha hecho en otras sentencias vinculadas al tema, que allí cita) los partidos políticos, sus funciones e importancia.

En lo que a nosotros ahora particularmente nos interesa, el tratamiento de los partidos *anti-sistema*, queremos puntualizar las siguientes frases de este voto:

-"[...] la relevancia de sus referidas funciones [está hablando de las de los partidos políticos] de articulación de la democracia representativa ha justificado su reconocimiento en la mayoría de los ordenamientos constitucionales [...]"

-"[...] es deber de los partidos enriquecer con su acción al régimen representativo y fortalecer en el elector la mentalidad democrática [...] Ésta se recicla a través de las actitudes y comportamientos, y se caracteriza por el gradual desarrollo de sentimientos de libertad y de las convicciones sobre el valor de la justicia, el bienes-

12. Además de la situación recién aludida, no es ocioso recordar que durante los gobiernos *de facto* fue habitual disponer la disolución de todos o algunos de los partidos políticos, o la prohibición (absoluta o parcial) del desarrollo de sus actividades, usos de símbolos, nombres, etc.

tar general, la paz interior, y el carácter representativo del poder y la autoridad. Tiene por virtudes morales la tolerancia, la lealtad y la sinceridad [...]”.

En esta línea, citó al fallo del Tribunal Constitucional Alemán que declaró agravante del orden político fundamental la actividad del Partido Socialista del Reich. “Se trataba de la difícil tarea de determinar en qué consistía el orden fundamental democrático liberal [...] De modo de alcanzar una definición que pudiera, por un lado, poner un límite, llegado el caso, a la creación de partidos políticos de ideología antidemocrática; y, por el otro, también aventar toda posibilidad de que el Poder Ejecutivo se sirviera del concepto para excluir con él a partidos opositores fuera del escenario de las fuerzas políticas. La piedra fundamental resultó ser, para la inteligencia del fallo, la identidad entre valores fundamentales (*grundwerte*) y el orden mencionado; el orden democrático resultaba ser un orden unido a esos valores (*wertgebunden*), y mediante aquélla pudo predicarse la inconstitucionalidad de la actividad de un partido político en razón de afectar algún o todos los valores fundamentales propios del orden democrático, entre los que se enumeraban, como era de esperar, los derechos fundamentales del hombre [...]”.

“[...] en rigor, se trata de evitar el uso abusivo de un derecho político fundamental para el sistema representativo democrático, que supere la frontera de la licitud constitucional en la medida en que está dirigido a conculcar abiertamente otro derecho fundamental [...]”.

En la misma línea, y citando al precedente de *Fallos*: 310:819, concluyó que no cabía otorgar al partido en cuestión “la posibilidad de que condicione, mediante la obtención de la personería jurídica pretendida, los aspectos más íntimos de la vida política nacional, e incluso la acción de los poderes gubernamentales, de modo que de él también dependa, en gran medida, lo que ha de ser, en los hechos, la democracia del país [...]”.

Sin desconocer la importancia y calidad del voto mayoritario, nuestra opinión coincide aún más con la amplitud del marco de análisis y con el contenido del razonamiento del Dr. Fayt. Al menos, para la resolución de un caso en el cual la característica de *anti-sistema* que

revestía la agrupación recurrente resultaba evidente (ello, según los precedentes de la litis, que la mayoría de la Corte da por probados; tampoco debió escapar a los juzgadores que si la agrupación en cuestión constituía una emulación del Partido Nacional Socialista alemán de la década de 1930, aquél subió al poder utilizando los mecanismos de la llamada *Constitución de Weimar* precisamente para, de inmediato, tergiversar el régimen democrático que era el sustento de aquélla).

### *c. ¿Juzgamiento de actos concretos o control ideológico?*

Para culminar, recordemos que arriba se dijo que en la problemática del partido anti-sistema caben, en principio, dos formas diametralmente opuestas para considerarla. Prestigiosa doctrina reciente<sup>13</sup> procura una consideración equilibrada, intermedia, del problema, sin recurrir a posiciones extremas<sup>14</sup>.

13. GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, Buenos Aires, editorial La Ley, 2008, 4ª edición. En la página 557 de su tomo I, tras recapitular además precedentes alemanes, españoles, norteamericanos, y citando en parte un dictamen producido en 1971 por los Dres. Carlos S. Fayt, Mario Justo López y Alberto Antonio Spota (con motivo del en aquel entonces próximo re-encuadramiento constitucional), consigna: "En realidad, la cuestión no es de principios sino de prudencia política [...] en lo posible, al régimen democrático le conviene más absorber que repeler a los partidos que se proponen destruirlo. No obstante, las fórmulas tan generales pueden dar ocasión a que las reglamentaciones legales o administrativas impliquen un verdadero cercenamiento de las libertades de asociación, reunión y expresión". Agrega Gelli en la página 559: "Ciertamente el dilema existe. Creo, no obstante, que es acertada la solución dada por la Ley N° 23.298 en el sentido de controlar conductas y no opiniones o postulados y solo cuando aquellas, efectivamente, se producen. Sin embargo, más allá del control normativo y judicial, una sociedad democrática tiene en las libertades públicas –fundamentalmente en las libertades de expresión, de prensa y de reserva de la fuente informativa y en la justicia e igualdad– el reaseguro más eficaz contra los partidos antisistema".

14. En una línea análoga, mencionamos también a los autores citados en la nota de pie de página N° 3, quienes en la obra allí indicada expresan: "[...] el interrogante debe partir de si el hecho de ser intolerante (un individuo o un grupo) basta para limitar sus libertades. Eso sería legítimo si la represión o limitación de la libertad fueren necesarias para preservar la seguridad física de los demás. De ahí solo podemos

Una posición en el mismo sentido nos parece que resulta del Considerando 6º de la importante y bien fundamentada sentencia de segunda instancia inmediatamente precedente a la que estamos comentando, y que arriba referenciamos. Allí, los Dres. Rodolfo E. Munne, Alberto R. Dalla Vía y Santiago H. Corcuera, tras resaltar (una vez hecha la referencia a la frase “dentro del respeto a esta Constitución” a que se refiere el Art. 38 de la Norma Fundamental) que “no hay expresión relevante de la ciudadanía que pueda formularse extramuros de la ley fundamental”, refirmaron (entre otros importantes conceptos dentro de la siguiente línea) que “más allá del debate acerca de la posibilidad de otorgar reconocimiento jurídico político a los denominados ‘partidos anti-sistema’, o de la pertinencia o inconveniencia de que los Estados establezcan controles ideológicos respecto de las agrupaciones partidarias, no es controvertible que las actividades de estas entidades y las conductas de sus representantes [...] no pueden traducirse en actos que importen el desconocimiento del texto constitucional, ni la vulneración de los derechos que en él se consagran”.

---

limitar las libertades concedidas a toda la ciudadanía, con respecto a una secta o grupo intolerante cuando exista un considerable riesgo para nuestros propios intereses legítimos. Así, los ciudadanos justos deben obedecer a la Constitución con toda su igualdad de derechos y libertades, en la medida que la libertad general y la propia no se vean amenazadas. Pero mientras la Constitución en sí está asegurada, no hay razón para negar la libertad al intolerante” (citan, al respecto, *La tolerancia. Una pequeña virtud imprescindible para la democracia. Panorama histórico y problemas actuales*, de Iring FETSCHER, España, Gedisa editorial, 1995).

# LA CONSTITUCIÓN EXTERNA DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

HERNANDO V. CAÑARDO<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional tiene, como ley fundamental, una dimensión externa que conforma lineamientos sustantivos en materia de derecho y de relaciones internacionales.

En este trabajo se intentará plantear algunos de los temas puntuales que emergen de la Constitución en materia de derecho internacional público y los enlaces con el ordenamiento *jus* internacionalista. Estos son básicamente dos: la recepción del derecho internacional general y del derecho convencional. La reforma de 1994 ha modificado algunos de estos vínculos, apartándose de la Constitución madre que es la de los Estados Unidos, tanto en el texto como en la interpretación; e introduciendo algunas complicaciones, en mi opinión, innecesariamente.

La inserción en el mundo de un Estado configura las características particulares de su "constitución externa". Nuestra forma de República Representativa, Republicana y Federal determina la identidad propia de Estado Democrático de Derecho. Del mismo modo, tanto la libertad de cultos, como el sostén del culto católico apostólico romano y la

1. Profesor Titular, Derecho Internacional Público, Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Profesor Titular, Derecho Internacional Público, Universidad Católica del Uruguay "Dámaso Antonio de Larrañaga".

apertura a todos los “hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino” resuelven cuestiones que quedan definidas; y, sumadas las normas sobre nacionalidad y ciudadanía, contenidas en el Artículo 75, inc. 12, según el principio de la “ciudadanía natural”, o de origen, y las reglas sobre estatus e igualdad de los extranjeros así como de eliminación de la esclavitud, de los Artículos 15, 16, 20 y concordantes, implicaron la inserción dentro del ámbito del derecho de gentes de las reglas fundamentales de la República, demostrando tanto caracteres identitarios cristianos, como abiertos a una cultura de inclusión.

Contribuye a la definición del perfil externo el Artículo 27 en cuanto determina que “el gobierno federal está obligado a afianzar sus obligaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que tienen conformidad con los principios del derecho público establecidos en esta Constitución”, regla que, conjuntamente con la inserción de los tratados en el Artículo 31 de la Constitución, y la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, así como, en los restantes, su supremacía respecto de las leyes comunes –Art. 75, inc. 22–, determinan una clara configuración de sujeción tanto al derecho de gentes como a las normas convencionales que conforman el plexo normativo del derecho internacional público, invocable por otros Estados, que, de este modo, contribuyen también a la fisonomía de esta constitución exterior.

La distribución de funciones entre el Presidente y el Legislativo muestra una elaborada trama de potestades y equilibrios. Siendo las relaciones exteriores, y los poderes de represalias, guerra, armisticio y paz, responsabilidad primordial del Ejecutivo, los actos de máxima importancia reclaman la intervención del Congreso, tales como autorizar al Ejecutivo a declarar la guerra o a hacer la paz (Art. 75, inc. 25; Art. 99, incs. 12 y 15), y los tratados de paz se equiparan en su trámite a los actos que el PE está autorizado a concluir y firmar (Art. 99, inc. 11) y el Congreso a aprobar o rechazar (Art. 75, inc. 25)<sup>2</sup>.

En orden a los límites del territorio, la competencia es del Congreso (Art. 75, inc. 15): “Arreglar definitivamente los límites de la Nación,

2. Cfr. BIDEGAIN, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo IV, AbeledoPerrot N° 766/776.

así como el de los territorios que quedan fuera de las provincias”, lo que incluye la zona del mar territorial. También el Legislativo regula la navegación en los ríos (Art. 75, inc. 10), los derechos de importación y exportación (Art. 75, inc. 1), así como el cambio con las monedas extranjeras (Art. 75, inc. 11). Integra este perfil una nota federal –abierta primero por la doctrina y luego incluida constitucionalmente en 1994–, la facultad de los gobiernos de provincia de “celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior del gobierno y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o al crédito público de la Nación con conocimiento del congreso Nacional”, estableciéndose la posibilidad de un régimen especial similar para la Ciudad de Buenos Aires (Art. 124), así como que no pueden expedir leyes sobre comercio o navegación exterior, hacer la guerra, armar buques de guerra o levantar ejércitos, ni nombrar o recibir agentes extranjeros (Art. 126). Por último, deben destacarse, por su relevancia, las pautas de la cláusula transitoria primera sobre el ejercicio pleno de la soberanía como objetivo respecto de las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, sujeta, sin embargo, tanto al modo de vida de sus habitantes, como a la conformidad a “los principios del derecho internacional”.

Un párrafo especial merecen las nuevas reglas de integración. Si bien, como se ha de ver en el curso de esta nota, no han existido en ningún caso verdaderas cesiones de soberanía, estas son constitucionalmente posibles. En efecto, de acuerdo con el Artículo 75, inc. 24, un tratado de integración puede generar un órgano supraestatal, lo que implicaría delegar incluir competencias y jurisdicciones propias de la soberanía. Ya a la fecha de la reforma de 1994 existía el tratado de Asunción del 27 de marzo de 1991 creando el Mercosur. La Argentina adhirió tempranamente, en octubre de 1945, a las Naciones Unidas. Del mismo modo integra la Organización de los Estados Americanos, y una numerosa cantidad de tratados internacionales la ligan con distintos organismos. Como miembro de las Naciones Unidas es Estado parte del Tratado de la Corte Internacional de Justicia y, a partir de 2001, de la Corte Penal Internacional, creada por el Tratado de Roma.

## II. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL GENERAL. CLÁUSULAS INTERNACIONALES

Se ha repetido en muchas oportunidades que las Constituciones reciben en forma directa el derecho internacional general, o *derecho de gentes*, pero poco se ha explicado cómo puede ser este mecanismo de recepción. En la mayoría de los casos es una reverencia que los constitucionalistas o internacionalistas hacen en forma vacía, sin tener una noción adecuada de la expresión, ni profundizar el concepto. La recepción del derecho internacional general de fuente consuetudinaria o *derecho de gentes* puede realizarse a través de cuatro modos<sup>3</sup>.

1. Cláusulas que conllevan la adopción obligatoria pero no automática de las reglas del derecho internacional general.
2. Cláusulas que consagran la adopción automática en el orden interno del derecho internacional general.
3. Cláusulas que establecen la adopción automática y la superioridad del derecho internacional general sobre el derecho interno, instaurando un procedimiento para controlar la conformidad de este con el primero.
4. Cláusulas que enuncian de manera formal e individualizada ciertas reglas de derecho internacional general.

El primer grupo implica la obligación de incorporar al derecho interno las reglas del derecho internacional general. Así, el Artículo 7º de la Constitución de España de 1931, conforme al cual: "El Estado Español acatará las normas universales del derecho internacional general incorporadas a su derecho interno".

El segundo grupo es de los Estados que adoptan la norma consuetudinaria inglesa, "International law is the law of the land", o sea, una incorporación automática del derecho internacional general. Tal la Constitución de USA, y, más formalmente, la Constitución italiana

3. DE VISCHER, Paul, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, Recueil des Cours Academy of International Law, Vol. 8, London, Martinus Nijhoff Publishers, pág. 520.

en su Artículo 10, pero en general, dentro de este grupo el sistema más seguido es que los Estados apliquen el *corpus* del derecho internacional consuetudinario sin recepción formal.

Con respecto a la jerarquía hay algunas, como la de Portugal, de 1976, que la equiparan a la ley y otras como el caso de algunos de los derrotados países del Eje –Italia y Japón–, que dan a la norma consuetudinaria un rango superior a la ley interna, o sea que ninguna ley puede derogar las normas de costumbre internacional.

La Constitución argentina de 1853, cuando trata de límites, ríos, guerra, paz, agentes diplomáticos, presas, represalias, nacionalidad, etc., está receptando el *corpus* en forma automática, sin una cláusula determinada, ya que en esa época no se estilaba. Seguía en esto el modelo norteamericano.

El tercer grupo está constituido por aquellos que como Alemania en su Artículo 25 incorporan como derecho federal el derecho internacional general, no solo haciéndolo prevalecer sobre la ley, sino asignándole el poder de producir inmediatamente derechos y obligaciones<sup>4</sup>. El derecho federal queda sometido al control del Tribunal Constitucional que puede verificar la conformidad del ordenamiento interno con el derecho internacional. En este caso, como el de Japón<sup>5</sup> e Italia<sup>6</sup>, es evidente la motivación política que tiene la cláusula establecida en la posguerra.

El cuarto grupo es el que menciona ciertas reglas del derecho internacional como lo prevé el Artículo 7° de la Constitución portuguesa de 1976<sup>7</sup>.

4. Artículo 25. Las normas generales del derecho de gentes (*volkerrecht*) constituyen parte integrante del derecho federal, tendrán primacía sobre las leyes y crearán derechos y deberes de modo inmediato para los habitantes del territorio federal.

5. Artículo 98. Esta Constitución será la Ley Suprema de la Nación, y ninguna ley, ordenanza, decreto imperial u otro acto de gobierno, en forma total o parcial, contrario a lo que en ella se establece, tendrá fuerza legal o validez. Los tratados concluidos por Japón y el derecho internacional establecido serán fielmente observados.

6. Artículo 10. El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas.

7. Artículo 7°. (De las relaciones internacionales)

1. En las relaciones internacionales, Portugal se rige por los principios de la independencia nacional, del respeto a los derechos humanos, de los derechos de los

En consecuencia, para saber qué normas del derecho internacional general son aceptadas por las Constituciones, y en este caso la Constitución argentina, hay que analizar las cláusulas relacionadas con la materia.

La Constitución argentina tiene numerosas disposiciones de derecho internacional o relacionado con el mismo. Podemos denominarlas *cláusulas internacionales*.

---

pueblos, de la igualdad entre los Estados, de la solución pacífica de los conflictos internacionales, de la no injerencia en los asuntos internos de los demás Estados y de la cooperación con todos los otros pueblos para la emancipación y el progreso de la humanidad.

2. Portugal preconiza la abolición del imperialismo, del colonialismo y de cualesquiera otras formas de agresión, dominación y explotación en las relaciones entre los pueblos, así como el desarme general, simultáneo y controlado, la disolución de los bloques político-militares y el establecimiento de un sistema de seguridad colectiva, con vistas a la creación de un orden internacional capaz de asegurar la paz y la justicia en las relaciones entre los pueblos.

3. Portugal reconoce el derecho de los pueblos a la autodeterminación e independencia y al desarrollo, así como el derecho a la insurrección contra todas las formas de opresión.

4. Portugal mantiene lazos privilegiados de amistad y cooperación con los países de lengua portuguesa.

5. Portugal está empeñado en reforzar la identidad europea y en fortalecer la acción de los Estados europeos en favor de la paz, de la democracia, del progreso económico y de la justicia en las relaciones entre los pueblos.

6. Portugal puede, en condiciones de reciprocidad, con respeto al principio de subsidiariedad y con vistas a la realización de la cohesión económica y social, convenir el ejercicio en común de los poderes necesarios para la construcción de la Unión Europea.

Artículo 8°. (Del derecho internacional)

1. Las normas y los principios de derecho internacional, general o común, forman parte integrante de derecho portugués.

2. Las normas que constan en los convenios internacionales regularmente ratificados o aprobados entran en vigor después de su publicación oficial y rigen durante el tiempo que vinculen internacionalmente al Estado portugués.

3. Las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal forme parte entran en vigor en el ámbito interno directamente, siempre que así se encuentre establecido en los respectivos tratados constitutivos.

En primer lugar están las relacionadas con la esclavitud, donde la Argentina adopta una posición clara y de avanzada frente a un tema que en países ya independientes, como los Estados Unidos y Brasil, aun no había sido resuelto en la fecha que se sancionó, la primera<sup>8</sup>. También se tratan los derechos de los extranjeros, su situación jurídica, el fomento de la inmigración de determinadas regiones, como Europa<sup>9</sup>, y el tema de la nacionalidad<sup>10</sup>. Entra así el derecho internacional referente al estatus de los extranjeros y las normas de la atribución de la nacionalidad, donde la Argentina elige el principio del *Jus soli*, llamándolo *ciudadanía natural*<sup>11</sup>.

8. Artículo 15. En la Nación Argentina no hay esclavos [...] los esclavos que de cualquier modo se introdujeran quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.

9. 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.

Artículo 20. Derechos de los extranjeros. Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía, ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República.

Artículo 25. El Gobierno federal fomentará la inmigración europea; y no podrá restringir, limitar ni gravar con impuesto alguno la entrada en el territorio argentino de los extranjeros que traigan por objeto labrar la tierra, mejorar las industrias, e introducir y enseñar las ciencias y las artes.

10. Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad.

11. Así decía el texto del Artículo 67 antes de la Reforma: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, sin que tales

Asimismo están incorporadas a través del texto constitucional las normas del derecho internacional relacionadas con la navegación de los ríos de la República y la internacionalización de las mismas<sup>12</sup>.

El derecho de los tratados queda incorporado también claramente<sup>13</sup>, así como futuros acuerdos sobre cualquier otra materia que modifiquen los derechos o garantías de los individuos, y esto estaba claramente expresado antes de la Reforma de 1994<sup>14</sup>, en que sufre algunas modificaciones de importancia con respecto a la posición de los mismos en el ordenamiento, no solo en el Artículo 31, sino en el Artículo 75, inc. 22<sup>15</sup>. La Constitución reformada agrega una disposición, que luego será analizada, que incorpora con jerarquía constitucional una lista de declaraciones y tratados, es decir, asume textos internacionales en bloque<sup>16</sup>. La reforma recepta al menos formalmente el llamado

---

códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y *ciudadanía natural*.

12. Artículo 26. Navegación libre de los ríos interiores.

13. 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 por 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.

14. 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 soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.

15. Capítulo cuarto. Atribuciones del Congreso.

Artículo 75, inciso 22. 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.

16. Artículo 75, inciso 22. Tratados con jerarquía constitucional. 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

derecho de la integración, que permitiría la transferencia de competencias a organismos de carácter supranacional<sup>17</sup>.

El principio de la sucesión de Estados y las reglas respectivas ya integraban la Constitución histórica<sup>18</sup>.

También reconocíanse las reglas del derecho internacional en cuanto los límites<sup>19</sup> y su competencia en ellos, por lo cual es redun-

---

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. Solo 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.

17. Artículo 75, inciso 24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

18. Artículo 13. Podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso.

Artículo 35. Las denominaciones adoptadas sucesivamente desde 1810 hasta el presente, a saber, Provincias Unidas del Río de la Plata, República Argentina, Confederación Argentina serán en adelante nombre oficiales indistintamente para la designación del Gobierno y territorio de las provincias, empleándose la palabra Nación Argentina en la formación y sanción de las leyes.

19. Artículo 75, inciso 15. Arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas, y determinar por una legislación especial la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales, que queden fuera de los límites que se asignen a las provincias.

dante la cláusula transitoria referida a las Malvinas, pues esta es una cuestión de límites aun no resuelta<sup>20</sup>.

Sin embargo, al referirse a la forma democrática no está cumpliendo ninguna norma vigente de derecho internacional general, pues es jurisprudencia de la Corte que la forma de gobierno es decisión de cada Estado, si bien puede estar de acuerdo con una norma convencional regional, de carácter fuertemente político y de dudosa legitimidad<sup>21</sup>.

Establece la recepción de todo el derecho general sobre los órganos políticos en las relaciones internacionales, al establecer las competencias del Poder Ejecutivo en la materia<sup>22</sup>.

Reconoce y recepta, asimismo, las normas del derecho de guerra, incluidas las represalias, las alianzas militares, el sistema de seguridad colectiva y las operaciones de mantenimiento de paz<sup>23</sup>; y algunas ins-

20. Disposición Transitoria Primera. La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescriptible soberanía sobre las Islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional.

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

21. La Corte en el Caso de "Nicaragua c/ los Estados Unidos": "[...] cualquiera sea el régimen elegido por Nicaragua la adhesión de un Estado a una doctrina en particular no es una violación del derecho internacional consuetudinario, ya que si no fuera así se violaría el principio de la soberanía de los Estados sobre el que descansa todo el derecho internacional y la libertad de elección de un sistema económico, político, social y cultural por parte de un Estado". Case "Concerning military and paramilitary activities in and against Nicaragua", 1986, ICJ, paragraph 263.

22. Artículo 99, inciso 1. Es el jefe supremo de la Nación, jefe del gobierno y responsable político de la administración general del país.

23. Artículo 99, inciso 15. Autorizar al Poder Ejecutivo para declarar la guerra o hacer la paz. Facultar al Poder Ejecutivo para ordenar represalias, y establecer reglamentos para las presas.

Artículo 75, inciso 27. Fijar las fuerzas armadas en tiempo de paz y guerra, y dictar las normas para su organización y gobierno.

Artículo 75, inciso 28. Permitir la introducción de tropas extranjeras en el territorio de la Nación, y la salida de las fuerzas nacionales fuera de él.

tituciones en vigor en ese momento que después fueron prohibidas y la Reforma de 1994 olvidó modificar, como el corso<sup>24</sup>.

Con respecto a los poderes de guerra y específicamente el corso, la situación es similar a la establecida por la Corte Suprema de los Estados Unidos que dice que “si la Constitución nada hubiese dicho respecto a cartas de marca o capturas no hubiera limitado por ello el poder del Congreso la autoridad de conceder cartas de marca y repre-

24. “Declaración de París relativa a determinadas reglas de derecho marítimo en tiempo de guerra. 1856”.

Los plenipotenciarios que han firmado el Tratado de París del 30 de marzo de 1856, reunidos en conferencia, considerando:

Que el derecho marítimo en tiempo de guerra ha sido durante largo tiempo objeto de discusiones lamentables;

Que la impresión de los derechos y deberes en esta materia da lugar, entre los neutrales y los beligerantes, a divergencias de opinión que pueden originar serias dificultades y aun conflictos;

Que, por consiguiente, sería desventajoso establecer una doctrina uniforme sobre punto tan importante;

Que los plenipotenciarios, reunidos en el congreso de París, no podrán responder mejor a las intenciones que anima a sus gobiernos, que tratando de introducir en las relaciones internacionales principios fijos a este respecto;

Debidamente autorizados, los citados plenipotenciarios han convenido concertarse sobre estos medios de alcanzar ese objeto, y habiendo llegado a un acuerdo, han establecido la siguiente Declaración solemne:

1. El corso está y queda abolido.

2. El pabellón neutral cubre la mercancía enemiga, a excepción del contrabando de guerra.

3. La mercancía neutral, a excepción del contrabando de guerra, no puede ser apresada bajo el pabellón enemigo.

4. Los bloqueos, para obligar, deben ser efectivos, es decir, mantenidos por una fuerza suficiente para impedir realmente el acceso al litoral enemigo.

Los gobiernos de los infrascritos plenipotenciarios se comprometen a llevar esta Declaración a conocimiento de los Estados que no han sido llamados a tomar parte en el Congreso de París, y a invitarlos a dar su adhesión.

Convencidos de que las máximas que acaban de proclamar no serán acogidas sino con gratitud por el mundo entero, los plenipotenciarios que suscriben no dudan de que los esfuerzos de sus gobiernos para hacer general su adopción no sean coronados por el éxito.

La presente Declaración no es y no será obligatoria sino entre las potencias que acceden o que accedieren a ella. París, 16 de abril de 1856.

salía y de reglamentar las capturas ya que son ordinarios y necesarios incidentes del poder de declarar la guerra. Sin aquellos este sería totalmente inefectivo”<sup>25</sup>.

Recepta asimismo todo el derecho diplomático, consular y de las Organizaciones Internacionales de las que forma parte<sup>26</sup>. Además establece normas sobre la jurisdicción para el caso de interpretación o disputas relacionadas con tratados y con embajadores y cónsules extranjeros, al tratar la organización del Poder Judicial de la Nación<sup>27</sup>.

Debe agregarse que la integración del derecho consuetudinario internacional en el orden interno se hace en forma automática en el entendimiento de que el Estado ha consentido en la formación de dicha costumbre ya por no haber adoptado una costumbre contraria o no haber objetado la costumbre en el período de formación de la misma. Asimismo una cláusula de la Constitución que sea contraria al derecho internacional, sea este de origen general o convencional, no compromete la responsabilidad del Estado, mientras la misma no sea operativa, es decir, no se aplique.

25. “*Brown vs. United States*”, 8 Cranch 10, 1814.

26. Inciso 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras, recibe sus ministros y admite sus cónsules.

27. Artículo 116. Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero.

Artículo 117. En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente.

### III. LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL CONVENCIONAL, INSTITUCIONAL Y COMUNITARIO

Una vez analizadas las cláusulas de recepción del derecho internacional general, cabe analizar las normas del derecho internacional convencional.

Paul de Vischer explica que la mayoría de las Constituciones no establece la adopción automática de un tratado, sino que requiere un acto formal de recepción en el derecho interno. Este acto puede ser la publicación, como en el sistema francés, o la orden de ejecución, como en el italiano, que en los diferentes Estados puede adoptar la forma de ley, decreto u orden, sobreentendido que esto es diferente de la manifestación de tipo internacional de obligarse por tratado, por la ratificación o adhesión. Pero siempre debe existir un acto de recepción por el Estado<sup>28</sup>.

El procedimiento se enreda en la discusión doctrinaria que lleva siglos sobre el modo de recepción del derecho internacional en los ordenamientos internos, las llamadas doctrinas monistas y dualistas.

El argumento clásico del monismo es que no existen dos sistemas jurídicos –el internacional y el interno– con existencia separada; sino que están tan unidos que no pueden separarse o aislarse. Kelsen, en la década de 1930, reaccionando contra el dualismo vigente, fija su formulación en términos actuales<sup>29</sup>, sobre el razonamiento de que el derecho internacional público determina los ámbitos de validez temporal, material y personal de los ordenamientos jurídicos nacionales. En el primer caso, al regular el nacimiento y la desaparición de los Estados (*pero no para cada Estado en concreto sino en abstracto*), determina sobre qué territorio y población ese derecho tendrá vigencia.

Otras premisas fundamentales son:

1. El orden jurídico internacional solo tiene significación como parte de un orden que comprende a los Estados y al tener validez simultánea no puede formar parte de sistemas distintos e independientes.

28. DE VISCHER, Paul, *Les tendances internationales des constitutions modernes*, ob. cit.

29. KELSEN, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969, págs. 417-418.

2. Cualquier asunto “doméstico” en la vida de los Estados puede ser motivo de tratado internacional y los tratados en algunos casos pueden ser autoejecutables sin necesidad de derecho, leyes o reglamentos nacionales.

La concepción monista es mucho más compleja de lo que a primera vista parece, ya que sostiene que hay solo un sistema normativo nacional e universal. De esta unidad deducen la supremacía del derecho internacional, en cuanto este habilita a los Estados nacionales en la facultad de dictar sus ordenamientos. Según Kelsen las normas jurídicas derivan su validez de otras, hasta llegar a la norma fundamental, que él colocó alternativamente en el ordenamiento interno o en el internacional de acuerdo con la evolución de su pensamiento.

Si se adhiere al monismo con primacía del derecho interno, deviene un ordenamiento jurídico interno absoluto, como consecuencia de la soberanía. En cambio, dada primacía al derecho internacional, debiera reconocerse a este derecho un orden superior del cual dependen los sistemas jurídicos de los Estados, pero donde hace agua esta teoría es en cómo se recepta internamente dicho derecho internacional.

Trieppl, en cambio, ya con anterioridad, en 1899, en su obra *Völkerrecht und Landesrecht –Derecho internacional y derecho interno–*, definió las bases del dualismo, o sea, la coexistencia de dos ordenamientos jurídicos distintos y separados, el nacional y el internacional, dotados de distintas fuentes y ámbitos también distintos. El derecho internacional regula relaciones entre Estados y el interno, entre individuos. Como el Estado es soberano la validez de su Constitución es independiente de su conformidad con el derecho internacional.

Siendo dos sistemas diferentes no hay dependencia o subordinación y la norma internacional solo tendrá eficacia en el orden interno si es transformada e incorporada a través de un acto del legislador nacional –la conversión en ley y no la mera publicación. El dualismo en esto es muy claro, con ventaja sobre el monismo con prevalencia del derecho internacional de Kelsen, en lo relacionado a la recepción de los tratados.

En la actualidad este debate parece haberse zanjado en esta última dirección, a partir de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, de la que, según la mayoría de los intérpretes, resulta un monismo moderado con preeminencia del derecho inter-

nacional, y esto lo deducen del Artículo 27, en cuanto que no pueden invocarse disposiciones del derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Esto es lógico ya que previamente el Artículo 26 establece que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe cumplirse de buena fe<sup>30</sup>.

Es evidente que los Tribunales Internacionales dan primacía al derecho internacional sobre el interno, pero no es de extrañarse ya que, caso contrario, el ordenamiento jurídico internacional quedaría en situación precaria.

La idea de modificación del derecho interno como consecuencia de un tratado es antiquísima, y en la jurisprudencia internacional moderna ya la había expresado la CPJI en el caso del intercambio de las poblaciones griegas y turcas, donde dijo que “Un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para la ejecución de los compromisos asumidos”<sup>31</sup>.

En el caso de los nacionales polacos en Danzig el mismo tribunal sostuvo: “Un Estado no puede invocar respecto de otro Estado su propia Constitución para sustraerse a las obligaciones del derecho internacional consuetudinario o los tratados en vigor”<sup>32</sup>. Asimismo en el Asunto de las Comunidades Greco Búlgaras la CPJI estableció: “[...] es un principio reconocido del derecho de gentes que en las relaciones entre las potencias contratantes de un tratado las disposiciones de la ley interna no pueden prevalecer sobre las de un tratado”<sup>33</sup>.

En la Opinión Consultiva dada por la Corte Permanente respecto a los empleados ferroviarios de Danzig, que habían sido transferidos a Polonia por un acuerdo entre dos sujetos del derecho internacional: la Ciudad Libre de Danzig con el gobierno de la Sociedad de las Naciones y el Gobierno Polaco, se afirma: “[...] puede fácilmente advertirse

30. Este Artículo 27 se colocó a sugerencia de la delegación de Pakistán pues no estaba en el proyecto original, por ser el tema básicamente de la responsabilidad internacional. (SINCLAIR, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Second Edition, Manchester University Press, 1973, pág. 84).

31. PCIJ Series B N° 10, pág. 20, 1925

32. PCJI Series A/B N° 44, págs. 21-24, 1932.

33. PCJI Series AB N° 17, pág. 32, 1930.

que el tratado, siendo un acuerdo internacional, no puede como tal crear derechos y obligaciones para particulares. Pero no puede negarse que el objeto mismo de un tratado internacional, conforme a la intención de las partes contratantes, puede ser la adopción por las partes de algunas reglas definidas que creen derechos y obligaciones para los individuos y sean susceptibles de ser aplicadas por los Tribunales nacionales”<sup>34</sup>.

Asimismo que “Un Estado no puede invocar contra otro su propia Constitución con miras a evadir las obligaciones que le incumben por el derecho internacional”<sup>35</sup>.

En el llamado caso de las zonas francas la Corte expresó: “Francia no puede apoyarse en su propia legislación para limitar el alcance de sus convenios internacionales”<sup>36</sup>.

Y respecto del Estatuto Jurídico de Groenlandia Oriental se tuvo en cuenta una declaración hecha por el Ministro de Relaciones Exteriores noruego a Dinamarca, entendiéndose que tal declaración obligaba a Noruega, a pesar de que dicho Estado adujo que su Ministro Ihlen se había sobrepasado en sus poderes constitucionales<sup>37</sup>.

Con respecto al llamado derecho institucional, es decir, la recepción de resoluciones que constituyen actos internos de carácter norma-

34. PCJI Series B N° 15, pág. 17, Jurisdiction of the Courts of Danzig Advisory Opinion of 3 march 1928. Aquí al respecto de este tema hay antecedentes desde el inicio de la historia. Baste citar uno que es el Tratado de Westfalia, donde en los Títulos 11 a 64 se trata en extenso y minuciosamente sobre la restitución de derechos y privilegios, la soberanía de los Estados del Imperio y sus libertades. Los Estados del Imperio son confirmados en los límites territoriales de 1618 y la distribución territorial de las distintas confesiones cristianas se efectúa a partir de la situación de 1624. “[...] todos los oficiales así como militares consejeros y togados [...] con sus mujeres, hijos herederos [...] serán restaurados por todas las partes en su estado de vida, su honor, renombre, libertad de conciencia, derechos y privilegios que disfrutaban antes de los desórdenes ya mencionados” (Título 43).

35. CPJI Series A/B N° 44, Treatment of polish nationals and other persons of polish origin or speech in the danzig territory, pág. 24.

36. CPJI A/B N° 46, pág. 167, Free zones of upper savoy and the District of Gex, 1932.

37. CPJI A/B N° 48, Legal status of the South-Eastern territory of Greenland, pág. 170, 1933.

tivo de una Organización, cada Estado determinará la forma como son incorporadas a su derecho interno. Sin embargo, hay que excepcionar dos casos: las resoluciones del Consejo de Seguridad y las decisiones de los órganos de integración económica.

En la práctica las relaciones entre el derecho internacional y el derecho comunitario no siempre fueron sencillas. En Italia la Corte Constitucional ha sostenido que conforme al principio de la sucesión de las leyes en el tiempo, una ley local podría alterar un compromiso establecido en un tratado anterior<sup>38</sup>; pero la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha confirmado que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios, el tratado que instituyó la CEE o Mercado Común Europeo “ha creado un orden jurídico propio, integrado al sistema jurídico de los Estados Miembros, que desde la entrada en vigor del tratado se impone en sus jurisdicciones”; esto entraña “una limitación efectiva de los derechos soberanos de los Estados contra la cual no prevalecería la invocación de disposiciones de derecho interno de cualquier naturaleza que sean”<sup>39</sup>.

38. Caso “Costa vs. Enel”, 1964.

39. Casos “Costa vs. Enel” y “Comisión vs. República Italiana”, donde los hechos eran los siguientes: Un individuo reclamaba antes sus tribunales que la ley que nacionalizaba la producción y distribución de energía era incompatible con el Tratado de la Comunidad Económica Europea. El Tribunal envió la cuestión a la Corte Europea de Justicia de las Comunidades para una decisión preliminar. La Corte en la misma enfatizó la duración ilimitada de la Comunidad, la autonomía de poder de la misma, tanto interna como externamente y especialmente el tema de las limitaciones a las competencias, por la transferencia de poderes de los Estados a la Comunidad. La Corte pretendía así demostrar que las palabras o la letra y el espíritu del Tratado implicaban que es imposible que los Estados establezcan medidas unilaterales contra un orden legal que han aceptado en una base recíproca. La Corte asienta la base o el fundamento jurídico de la primacía del derecho comunitario en las palabras del Artículo 189 del Tratado de la Comunidad Económica, que establece que las reglas tienen fuerza vinculante o efecto vinculante y son directamente aplicables en todos los Estados Miembros. La Corte asimismo entiende que este artículo no puede tener reserva alguna, ya que no tendría sentido si un Estado pudiera unilateralmente anular el efecto por medio de normas legislativas que prevaleciesen sobre el derecho comunitario. En consecuencia, entiende la Corte que el derecho que surge del Tratado, como fuente jurídica independiente, por su origen especial y su naturaleza, no puede ser dejado de lado por disposiciones domésticas o de derecho interno, sin así perder su

En el Caso “Simmenthal”, la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas puntualizó que los jueces locales o nacionales deben garantizar el derecho comunitario contra toda disposición en contrario que hubiera en la legislación estatal, aún con posterioridad al tratado comunitario<sup>40</sup>.

---

carácter de derecho comunitario y sin que se destruya la base o fundamento legal de la Comunidad. La transferencia por parte de los Estados de competencias y derechos de sus ordenamientos internos al de la Comunidad a través del Tratado conlleva una limitación permanente en sus derechos soberanos, contra el cual un acto unilateral incompatible con el derecho comunitario no puede prevalecer.

40. El primer caso en que la Corte hizo una declaración sobre la naturaleza del derecho comunitario es “Van Gend en Loos *vs.* Netherlands” (1963), que se refería al efecto directo del Tratado de la Comunidad y el grado en el cual los individuos pueden basarse en el mismo para desafiar las medidas dispuestas por sus leyes nacionales. En ese caso la Corte de Justicia de las Comunidades falló: “El objetivo del Tratado de la Comunidad Económica Europea, que es el establecimiento de un Mercado Común, el funcionamiento del cual es de importancia directa para las partes interesadas en la Comunidad implica que el Tratado es mucho más que un mero Tratado que solamente crea obligaciones mutuas entre las Partes contratantes”.

La Comunidad así es un nuevo orden legal de derecho internacional para el beneficio del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos, si bien en campos limitados, y los sujetos que comprende no son solo los Estados sino también los nacionales de los mismos.

En el Caso “Simmenthal SPA” (1978), un juez italiano se enfrentó a un conflicto entre una Regulación del Consejo referida a la organización común de los mercados de la carne vacuna y las leyes fitosanitarias y de salud pública de Italia. De acuerdo al derecho italiano, la legislación doméstica contraria al derecho comunitario solo podía ser declarada inconstitucional por la Corte Constitucional y no por los tribunales inferiores. ¿Podía entonces un Juez Italiano de 1ª Instancia considerar inconsistente una legislación nacional antes de esperar su rechazo por la Corte Constitucional? La Corte estableció que el Tribunal de 1ª Instancia tenía el deber de dar pleno efecto a la norma comunitaria cuando había un conflicto con la ley nacional y sin esperar una decisión de un tribunal de mayor jerarquía para decidir en la materia. En consecuencia todos los tribunales nacionales deben aplicar el derecho comunitario en su totalidad y proteger los derechos conferidos a los individuos y dejar de lado reglas de origen nacional que entren en conflicto con el derecho comunitario, sean anteriores o posteriores a las reglas de la Comunidad.

De allí la importancia de este caso que tiene implicancias extremadamente interesantes con respecto a los principios de supremacía y efecto directo. El problema también estaba relacionado con la naturaleza de los tribunales nacionales, y qué ocu-

Con respecto al derecho de la integración en Latinoamérica lamentablemente no existe en el Mercosur el efecto directo del derecho comunitario sobre el derecho interno. Es decir, las normas del primero no se imponen directamente en el segundo. Ciertamente es que el Tratado de Asunción es sistemáticamente violado por las partes, en muchos casos a través de leyes o decretos posteriores o simples decisiones de órganos del Estado, con lo cual no se nota el mismo entusiasmo por la primacía del tratado que se puede observar en el tema de los derechos humanos.

El Artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto obliga a los Estados a incorporar las normas comunitarias en el derecho interno *cuando sea necesario*, lo cual es una expresión ambigua<sup>41</sup>. El derecho del Mercosur tampoco estipula derechos y obligaciones ni los legitima para abogar por sus derechos. Puede agregarse a modo de información que las Constituciones de Brasil<sup>42</sup> y Uruguay<sup>43</sup> en sus Artículos 4° y 6°, respec-

---

rría si el tribunal no tenía jurisdicción en el sistema doméstico para cuestionar o dejar de lado actos legislativos nacionales, sean estos leyes o reglamentos. La respuesta de la Corte es que aun cuando solo la Corte Constitucional es el tribunal con poder para decidir la constitucionalidad, si un caso es tratado por un tribunal inferior, ese tribunal debe darle efecto inmediato a la legislación comunitaria, sin esperar la decisión del Tribunal superior.

41. Artículo 42. Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2° de este Protocolo tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

42. Artículo 4°. La República Federativa de Brasil se rige en sus relaciones internacionales por los siguientes principios: 1. independencia nacional; 2. prevalencia de los derechos humanos; 3. autodeterminación de los pueblos; 4. no intervención; 5. igualdad de los Estados; 6. defensa de la paz; 7. solución pacífica de los conflictos; 8. repudio del terrorismo y del racismo; 9. cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad; 10. concesión de asilo político. Párrafo único: La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones.

43. Capítulo IV.

Artículo 6°. En los tratados internacionales que celebre la República propondrá la cláusula de que todas las diferencias que surjan entre las partes contratantes serán decididas por el arbitraje u otros medios pacíficos. La República procurará la integra-

tivamente, si bien promueven la integración en forma programática, guardan silencio sobre la relación de los tratados internacionales y el ordenamiento interno.

En Europa todo juez nacional es a la vez guardián del derecho comunitario porque hay primacía de este, pero no es el caso en este bloque del Cono Sur.

En cambio, en el campo de los derechos humanos, Argentina está imbuida de un fuerte espíritu internacionalista y supranacional, que debería tener también para los bloques económicos del que forma parte. El Tribunal Interamericano ha sentado la práctica de que no se ocupa de modificar en forma directa el derecho interno ya que su misión consiste en controlar si las normas locales acatan o no los principios del sistema y por ende no es una cuarta instancia que deja sin efecto las leyes de los países. Si advierte la violación se lo hará saber al país infractor para que modifiquen los actos, ello a fin de evitar que incurra en responsabilidad internacional (Arts. 1° y 2° del Pacto).

En consecuencia, la jurisprudencia internacional acepta que un Estado no puede alegar el cumplimiento de su derecho interno—inclusive de su Constitución— para negarse a aceptar un tratado y si lo hace está incurriendo en responsabilidad internacional. Esto tiene como consecuencia que los tratados deberían estar en todas las Constituciones por encima de las leyes.

Pero como el derecho internacional es un ordenamiento precario, no todos los Estados siguen este principio. Aún en los ordenamientos comunitarios avanzados hay conflictos entre los tratados y las leyes como los mentados Casos “Costa” y “Simmenthal” lo demuestran.

En definitiva será la Constitución de cada Estado la que decida el rango que el derecho interno reconoce a los tratados o a las normas internacionales.

*A. Jerarquía supra constitucional.* El tratado puede modificar la Constitución. (Artículo 91. 3, de la Constitución de Holanda).

---

ción social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos.

- B. *Jerarquía constitucional*. Tratados con rango igual que la Constitución. (Así el caso de la Argentina en el Artículo 75, inc. 22, con los tratados que se mencionan<sup>44</sup>).
- C. *Jerarquía supra legal*. Los tratados están sobre la ley pero no pueden modificar la Constitución. (Nuestro Artículo 75, inc. 22, con respecto a los demás tratados).
- D. *Jerarquía legal*. Tratados iguales a ley ordinaria. (Constitución de los Estados Unidos I § 8).

Hay que observar que si la aplicación interna de un tratado es regida por las normas de derecho interno, sea este de rango constitucional o legal, su aplicabilidad directa condiciona su justiciabilidad, o sea, su invocación directa por las personas interesadas.

En algunos Estados, como Estados Unidos y Francia, para que una norma internacional se aplique directamente es necesario que en el tratado se confiera un derecho subjetivo a una persona y que no se requiera la aplicación de una acción o procedimiento legal específico no creado aún para su ejecución<sup>45</sup>.

En conclusión:

1. El derecho internacional general y el convencional se incorporan a cada ordenamiento según su Constitución.
2. No se pueden alegar normas de derecho interno para no cumplir una norma internacional, sea convencional o consuetudinaria.

44. Un tema de importancia es: ¿Por qué estas Convenciones y no otras tienen rango constitucional? Por Ley N° 24.820, BO 29-5-1997, se reconoce ese carácter a la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas. Ha sido evidente el error del constituyente en hacer un *numerus clausus* en la Constitución de los Tratados con jerarquía constitucional.

45. En 1998 la Corte Suprema de los EE. UU. rehusó aplicar directamente esta disposición que establece la comunicación de los cónsules con los nacionales del Estado que envía, alegando falta de procedimiento. (“*Brord vs. Greene*”, 14 abril 1998, SCt 1332, “*Hamdam vs. Rumsfeld*”, 2006).

#### IV. ORÍGENES DE LA CLÁUSULA DE LA SUPREMACÍA EN LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS

Es el momento de analizar los orígenes del Artículo 31 de la Constitución que establecía y aún establece la llamada cláusula de la supremacía y que rigió hasta 1994, cuando la reforma estableció que los tratados son superiores a las leyes.

En los Estados Unidos, la Convención Constituyente de 1787 debió resolver problemas graves que habían surgido entre las trece Colonias que habían firmado los artículos de la Confederación vigentes entre 1781 y 1789. Uno de los mayores problemas eran los tratados firmados independientemente por los Estados; y los firmados por el Congreso de la Confederación como representante de todo el conjunto.

El Congreso había nombrado a Jefferson, Franklin y Jay para negociar Tratados de Paz y de Comercio con las naciones de Europa en nombre de la Confederación. Pero las potencias europeas se negaban a firmar cuestionando la validez de la supremacía de los tratados, frente a los acuerdos firmados, por ejemplo, con Virginia o Carolina del Norte, y preguntaban así cuáles tendrían supremacía, si los estatales o los realizados por el Congreso.

Otro tema que también traería problemas a la larga era una peligrosa mezcla de políticas exteriores llevadas a cabo por los Estados al firmar tratados con las tribus indias. Estos tratados eran de paz, acuerdo para acceder a territorios y comercio. Inclusive algunos Estados llevaban adelante guerras por su cuenta y firmaban tratados sin consultar a los demás.

Estas situaciones han sido los antecedentes indirectos de la cláusula de la supremacía, contenida en el Artículo 6º, párrafo 2<sup>46</sup>, que tiene a los tratados en la ley suprema en el mismo nivel que las leyes federales emanadas del Congreso. La situación que desencadena

46. Artículo 6º, párrafo 2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

este artículo, además de las ya expresadas, fue una falla que estaba en los artículos de la Confederación que si bien le daban el poder de los tratados al Congreso el cumplimiento de las disposiciones dependía de las legislaturas estatales. Esto se vio particularmente con respecto a las disposiciones del Tratado de Paz de 1783, donde se estipulaba la protección de los derechos de propiedad de los acreedores ingleses de ciudadanos americanos. Estas disposiciones eran deliberadamente ignoradas o no cumplidas por las legislaturas locales. Tras las protestas británicas, John Jay, Ministro de Relaciones Exteriores, sugiere al Congreso que ordene a las legislaturas locales que dejen sin efecto cualquier ley contraria a las disposiciones del Tratado de Paz y al mismo tiempo autorizar a los tribunales a que cumplieran las disposiciones del tratado.

Si bien siete Estados cumplieron en cierto grado estas disposiciones, la impotencia del Congreso para hacer efectivas las disposiciones del tratado hizo que obviamente al redactarse la Constitución se estableciera el Artículo 6º, párrafo 2, para solucionar estos problemas de una vez.

El mismo principio de la supremacía de los tratados sobre leyes estaduales fue establecido con posterioridad en otros casos<sup>47</sup>.

## V. RELACIÓN ENTRE LOS TRATADOS Y LAS LEYES EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

Es el momento de analizar la jurisprudencia de los Estados Unidos, que es el país en cuya Constitución la Argentina se basó y lo que dice su Corte sobre los tratados y su relación con las leyes. En primer lugar, la Corte entiende que el tratado debe ser cumplido porque el

47. "Ware vs. Hylton", 279 3 US 3Dall 199 (1796). "Hopkirk vs. Bell", 281 7 US 3 Cranch 454 (1806). En "Clark vs. Allen", 331 US 503 (1947), California es informada de que los derechos de los ciudadanos alemanes de acuerdo al Tratado del 8 de diciembre de 1923 entre los Estados Unidos y el Reich han sobrevivido la guerra y cierta legislación y prevalecen sobre cualquier legislación estadual.

interés y el honor de los Estados están en juego, y puede establecer derechos para el individuo<sup>48</sup>.

Con respecto a la eficacia de los tratados en el orden interno, como leyes o con el efecto de las leyes federales, son las cortes quienes la determinan<sup>49</sup>. Ahora si bien los tribunales consideran que también se le da un peso decisivo a la interpretación de los departamentos del gobierno que se encargan de la negociación y el cumplimiento en el ámbito internacional<sup>50</sup>. Al mismo tiempo se establece que las decisiones de la Corte Internacional interpretando tratados no tienen fuerza obligatoria más que para las partes y con respecto al caso particular. Es decir solo se le da *una respetuosa consideración*<sup>51</sup>.

48. "A treaty is primarily a compact between independent nations. It depends for the enforcement of its provisions on the interest and honour of the governments which are part of it [...] But a treaty may also contain provisions which confer certain rights upon the citizens or subjects of one of the nations residing in the territorial limits of the other, which partake of the nature of municipal law and which are capable of enforcement as between private parts in the courts of the country". Head Money Cases 112 U.S. 580, 598 (1884).

49. La interpretación de los Tratados como ley es realizada por el Poder Judicial: "[...] if treaties are to be given effect as federal law under our legal system, determining their meaning as a matter of federal law is emphatically the province and duty of the judicial department headed by the one Supreme Court established by the Constitution". "Sánchez Llamas vs. Oregon", 548 US 331, 353-354 (2006), quoting, "Marbury vs. Madison" 5, US 1 Cranch 137, 177 (1803).

50. "Yet while Courts interpret treaties for themselves, the meaning given to them by the departments of government particularly charged with their negotiation and enforcement is given great weight". "Sánchez Llamas vs. Oregon", 548 US 355, quoting, "Kolovrat vs. Oregon", 366 US 187, 194 (1961).

51. "Under Article 36 of the Vienna Convention, a treaty to which the U.S. is a party, any person detained in a foreign country has the right to notify the consulate of his home country of his detention. Moisés Sánchez-Llamas, a Mexican national, was arrested for his role in a shootout with the police. He was given a Miranda warning, but not informed of his right under Article 36 to notify his consulate. After Sánchez-Llamas made incriminating statements to the police, he was charged with attempted murder. Sánchez-Llamas moved to dismiss the charge. He argued that he had a right under Article 36 which had been violated, and that his confession should consequently be inadmissible as evidence. The trial court denied the motion. The Oregon Court of Appeals and the Oregon Supreme Court both affirmed, holding that the Vienna Convention does not create individual rights, but only rights of countries". "Sánchez

En los Estados Unidos el tratado debe ser autoejecutable –*self executing*– y crear un derecho exigible individualmente, para que pueda ser invocado por una persona.

Sin embargo, en la práctica no se aplican los tratados por inexistencia de una acción o de un procedimiento interno<sup>52</sup>. Aun si una decisión de la Corte Internacional de Justicia tiene fuerza obligatoria entre los Estados, no necesariamente se puede exigir su cumplimiento por los individuos afectados por ella. Si, por ejemplo, la Corte encuentra que los Estados Unidos violó un derecho de un acusado dentro de las normas del derecho internacional y esa decisión constituye una obligación a cumplir por parte de los Estados Unidos, no significa que sea derecho aplicable<sup>53</sup>.

---

Llamas *vs. Oregon*", 548 US at 354 2005, quoting Statute of International Court of Justice. "Sánchez Llamas *vs. Oregon*", 548 U.S. at 355, quoting, "Breard *vs. Greene*", 523 US 371, 375 (1998).

52. La Corte Internacional de Justicia en el año 2001 y en el año 2004 consideró que la ausencia de información a los extranjeros de su derecho a tener contacto con las autoridades consulares violaba el Artículo 36 de la Convención de Viena de las Relaciones Consulares.

53. El caso "Medellín *vs. Texas*" trata de la apelación presentada por José Medellín, condenado a pena de muerte por violación, contra el Estado de Texas, ya que el Estado no tuvo en cuenta una jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, en donde se determina que los Estados Unidos han violado los derechos humanos de 51 prisioneros mexicanos por no haber informado al consulado de su país que fueron detenidos. Medellín citó como fundamento para su demanda del caso "Sánchez Llamas *vs. Oregon*" y una circular expedida por Bush en el año 2005, en donde se instruye a las cortes estatales para que cumplan las sentencias de la CIJ en el caso de los mexicanos que se encuentren en el "corredor de la muerte". La Corte Suprema negó ambas peticiones, en primer lugar no consideró que el derecho internacional de la Convención de Viena, especialmente en lo que trata de los asuntos consulares, deba ser aplicado directamente por una Corte norteamericana y decide seguir la tesis dualista del derecho internacional, en este caso en materia de derechos humanos, en donde primero tiene que ser la norma aprobada por el Congreso para convertirse en derecho interno en forma de ley y explica que en este caso priman las normas procesales estatales sobre la Convención. En segundo lugar estimó la Corte que la recomendación del presidente Bush no debe ser acogida por las cortes estatales ya que implicaría que éste se convertiría en un órgano que ordenará la aplicación de legislación o jurisprudencia *y este poder no se le ha conferido al Ejecutivo en la Constitución*. "If for example the ICJ finds that the United States violated a particular defendant's

### a. El rechazo de los tratados por el Congreso

¿Qué sucede si una disposición de un tratado y una ley del Congreso están en conflicto?

Además de una posición claramente dualista, la respuesta en los Estados Unidos es que ninguna es superior a la otra y prevalece la posterior. *Leges posteriores priores contrariis abrogat*.

Es decir que las obligaciones internacionales no disminuyen los poderes del Congreso. Es claro que la abrogación de un tratado por una ley federal posterior sería una violación del tratado a los ojos de la otra u otras partes. En esos casos, la Corte ha dicho que entra la materia en el campo de las relaciones internacionales. "Its infraction becomes the subject of international negotiations and reclamations, so far as the injures party chooses to seek redress which may in the end be enforced by actual war. It is obvious that with all this the judicial courts have nothing to do and can give no redress"<sup>54</sup>.

El rechazo o abrogación de los tratados por ley federal se estableció por primera vez en una opinión del Attorney General en 1854<sup>55</sup>. Al año siguiente la doctrina fue adoptada judicialmente en una prolongada y profunda opinión del Juez Curtis en una decisión de la Corte de Circuito en "Taylor vs. Morton"<sup>56</sup>. "Congress by legislation and so far as the people and authorities of the United States are concerned, could abrogate a treaty made between this country and another coun-

---

right under international law and such a decision constitutes an international law obligation on the part of the United States [...] it does not necessarily constitutes binding federal law enforceable in US Courts [...] While treaties may comprise international commitments they are not domestic law unless Congress has either enacted implementing statute or the treaty itself conveys an intention that it be self executing and is ratified in these terms", "Medellín vs. Texas", 128 S. Ct 1346, 1356 (2008).

54. "Head Money Cases", 112 US 580, 599 (1884).

55. 6 Ops Atty. General 291.

56. 23 Fed Cases 78 N° 13 CCD Mass 1855. Ver también: "The Cherokee Tobacco", 78 US 11 Wall 616 (1871); "United States vs. forty three gallons of whisky", 108 US 491, 496 (1883). "Botiller vs. Domínguez", 130 US 238 (1889). "The Chinese Exclusion Case", 130 US 581, 600 (1889); "Fong Yue Ting vs. United States" 149 U.S. 698, 721 (1893).

try which had been negotiated by the President and approved by the Senate"<sup>57</sup>.

### *b. Los tratados frente a leyes federales anteriores*

Si bien hay numerosos casos en que la Corte ha confirmado que leyes posteriores derogan tratados<sup>58</sup>, el Juez Marshall ya había dicho que lo opuesto podía ser posible también; es decir, que un tratado autoejecutable sea ley suprema y prevalezca sobre una ley anterior<sup>59</sup>. El tema se vincula a la cuestión del carácter autoejecutable de un tratado, o si para ello se necesita legislación federal que lo haga efectivo. ¿Qué sucede si un tratado le da a un particular o particulares el derecho a ejercitar un derecho ante un Tribunal?

Ya en 1801 la Corte Suprema entendió que había tratados que otorgaban derecho a los individuos y reconoció los mismos al peticionante<sup>60</sup>.

57. "La Abra Silver Mining Co. vs. United States", 175 US 423, 460 (1899). En contra. "Reichart vs. Felp", 73 US 6 Wall. 160, 165, 166 (1868), donde se establece lo contrario: "Congress is bound to regard the public treaties and it has no power to [...] nullify Indian titles confirmed many years before".

58. "A treaty, as the law of the land, is superior to any State legislation, and is valid even as a municipal regulation, until superseded by some act of Congress". "Ware vs. Hylton", 3 Dall. 236; "Taylor vs. Morton", 2 Curtis, C. C. 454; 1, Story on Const., sect. 1838; "Worcester vs. Georgia".

59. "Foster vs. Neilson", 27 US 2 Pet 253, 314-315 (1829). "United States vs. Percheman", 32 US 7 Pet 51 (1833). Una excepción es "Cook vs. United States", donde una Corte dividida estableció que un Tratado de 1924 con Gran Bretaña referido a la inspección de buques ingleses interpretó una sección de la Tariff Act de 1922 en un caso de contrabando de licor que establecía que los oficiales del servicio de guardacostas podían inspeccionar y apresar un velero o buque que estuviera en un área de 4 leguas o 12 millas de la costa, en el sentido de que eso debía equivaler a la distancia posible de ser atravesada por un buque en una hora. La dificultad con el caso es que la Tariff Act había sido renovada en 1930 así que por el criterio de la ley posterior se llegaba a un resultado diferente. Debe sospecharse que la impopularidad en que había caído la prohibición y el deseo de evitar una controversia diplomática con el Reino Unido si la captura se hubiese llevado a cabo fueron grandes influencias en la decisión de la Corte.

60. En "Foster vs. Neilson", el Juez Marshall explicó que un Tratado debe ser considerado por los Tribunales como ley "as equivalent to an act of the legislature

Algunas veces de la propia naturaleza del tratado se determina si se requiere ejecución legislativa o tiene la intención de ser autoejecutable. Algunos entienden que la calidad de autoejecutable depende de si la obligación está impuesta en los individuos particulares o en las autoridades públicas<sup>61</sup>. En otro caso se refería a un tratado con tribus indias, donde la tribu cede territorio, y luego ese territorio está incluido en el Estado de Minnesota. La Corte establecía que en los territorios cedidos, el tratado continuaba en vigor<sup>62</sup>.

En “*Missouri vs. Holland*”<sup>63</sup>, los Estados Unidos y Gran Bretaña habían firmado un tratado para la protección de las especies de aves migratorias<sup>64</sup> y el Congreso había legislado sobre el tratado para hacerlo efectivo<sup>65</sup>. El Estado de Missouri objetó entendiéndolo que esa legislación es materia reservada a los Estados de acuerdo a la décima enmienda y que la ley la afectaba.

Haciendo notar que los tratados son la ley suprema de la Nación el Juez Holmes dijo que si “El tratado es válido no puede haber dudas sobre la necesidad de la ley federal de acuerdo al Artículo I § 8 como medio necesario y adecuado para ejecutar los poderes del Gobierno”<sup>66</sup>.

---

whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision”. A treaty will not be self executing however “when the terms of the [treaty] stipulation refers to a contract, when either the parties engage to perform a particular act. When this is the case the treaty addresses itself to the political not the judicial department and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the court”.

61. “*United States vs. Schooner Peggy*”, 5 US 1 Cranch 103 (1801), aplicando un tratado que entra en vigor después de una ley y que modificaba todos los tratados vigentes entre los Estados Unidos y Francia: “The obligation of a treaty, the supreme law of the land, must be admitted by the Court. The execution of the contract between the two nations is to be demanded from the executive of each nation; but where a treaty affects the rights of parties litigating in court, the treaty as much binds those rights, and is as much regarded by the court as an act of Congress”.

62. “*U.S. vs. forty three gallons of whiskey*”, 93 U.S. 188 (1876).

63. 326, 252 U.S. 416 (1920).

64. 327, 39 Stat 1702 (1916).

65. 40 Stat 755 (1918).

66. “*Missouri vs. Holland*”, 252 US 416, 432 (1920). “[...] Since the treaty and the statute dealt with a matter of national and international concern, the treaty was proper and the statute was necessary and proper to effectuate the treaty”.

## VI. CLÁUSULA DE LA SUPREMACÍA. RELACIONES ENTRE LOS TRATADOS Y LAS LEYES EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

Nuestra Corte ha admitido tempranamente la posible operatividad inmediata de normas internacionales. Así interpretó que la Convención sobre Abordaje, Asistencia y Salvamento, firmada en Bruselas en 1910 y aprobada por Ley N° 11.132, quedó de hecho incorporada al Código de Comercio<sup>67</sup>. Sin embargo, la Corte estableció en uno de los casos más famosos que el dualismo en tiempos de paz se basa en la distinción entre las normas internacionales y el derecho interno<sup>68</sup>. Esto suponía que los tratados debían convertirse en ley interna para que tuvieran eficacia jurídica. Además especificó por entonces que las normas contenidas en los tratados no resultaban de aplicación inmediata, sino programáticas.

En el Caso “Merck”, el Gobierno Argentino había dictado el Decreto Ley N° 69.457/1945 declarando el estado de guerra con Alemania y Japón y los DL Nros. 7.327/1945 y 11.599/1946, procediendo a la confiscación de los bienes del enemigo, luego ratificados por las Leyes Nros. 12.837 y 12.838 del Congreso establecido en 1946<sup>69</sup>. El caso es interesante por varias razones, no solo porque hace una distinción clara entre el derecho consuetudinario y los tratados, sino porque también tiene una dosis de política, de realismo y de actualidad que impresionan: “[...] corresponde dejar establecido, en primer término, que cualquiera fuera la inteligencia o alcance que se pretenda asignarles, no cabe discusión alguna sobre la existencia y preexistencia de los poderes de guerra por cuanto los principios rectores de que están informados en mira a la salvaguarda de la integridad e independencia nacional o salud y bienestar económico que significan uno de los objetivos primarios de toda sociedad civil (*El Federalista* N° XLI) sin forzosamente contrariar y llegado el caso como normas superiores la propia Constitución confiada a la

67. Caso “Quebrachales Fusionados c/ Capitán, armadores y dueños del buque Águila s/ indemnización”, *Fallos*: 150:84, del 9 de diciembre de 1927; “Compañía de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. c/ dueño y otros del vapor Duquesa”, del 25 de junio de 1932 (*Fallos*: 165:144), en sentido similar.

68. “S.A. Química Merck c/ Gobierno Nacional”, 9-6-1948, *Fallos*: 211:162.

69. Ídem.

defensa de los ciudadanos argentinos (Art. 21) y cuya supervivencia futura como la supervivencia y plenitud de todos los beneficios que ella acuerda o protege quedan subordinadas a las alternativas del estado de guerra defensiva, al cual el país puede encontrarse avocado en cualquier momento [...] que a mérito de este razonamiento, ajustado por otra parte a la realidad circundante en las últimas conflagraciones universales, puede afirmarse que si bien en la superficialidad aparente de los hechos, el fin no justifica los medios o que la victoria no da derechos, como enfáticamente lo tiene proclamado la República desde tiempo atrás [...] ello no puede traducirse en el renunciamiento total que coloque a la Nación en el camino de la derrota, su desmembramiento interno, y su desaparición como unidad soberana”.

“La realidad jurídica no puede prescindir de la realidad de la vida, que es la que explica la razón de su organización política y flexibiliza o adapta la letra de sus instituciones básicas. De allí que la generosidad y el hondo humanismo de que están impregnadas las doctrinas argentinas no pueden convertirse en el instrumento de su perdición frente a cualquier enemigo que practique doctrinas opuestas fundamentadas en el derecho de victoria”.

En el Caso “Editorial Noguer”, del 18 de mayo de 1962, la Corte determinó por mayoría que el Artículo 3° de la Convención Universal sobre los Derechos de Autor, del 6 de septiembre de 1952, debe aplicarse automáticamente por cuanto resultaba del Decreto Ley N° 12.088/1957 y de lo establecido por el Artículo 31 que el citado Artículo 3° modifica lo dispuesto por la Ley N° 11.723 de propiedad intelectual<sup>70</sup>. En otros casos, en cambio, falló de forma diferente igualando jerárquicamente a la ley con el tratado, fundándose en doctrina y jurisprudencia americana<sup>71</sup>.

70. “Editorial Noguer”, *Fallos*: 252:262.

71. “Martin y Cía. Ltda. S.A. c/ Administración General de Puertos”, del 6 de noviembre de 1963. Se trataba de un decreto que modificaba un Tratado que establecía exención de tasas (*Fallos*: 257:99); y el caso “Esso S.A. Petrolera Argentina c/ Nación Argentina”, del 5 de junio de 1968 (*Fallos*: 271:7), referido al Decreto N° 5.135/1955,

Esto cambió en el Caso “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, en que la Corte sostuvo: “[...] la necesaria aplicación del Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado Argentino –una vez asegurados los principios del derecho público constitucional– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”. “Esta conclusión resulta la más acorde a las presentes exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad el Estado por los actos de sus órganos internos”<sup>72</sup>.

La discusión sobre la posición jerárquica de las normas quedó zanjada por la reforma de 1994, pues el nuevo inciso 22 del Artículo 75 (anteriormente Art. 67, inc. 19) establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes ratificando los previos criterios de la Corte citados. El Artículo 31 queda pues restringido en su texto, ya no como ordenador jerárquico de los tratados y las leyes, sino solo como regulando la supremacía del derecho federal sobre el provincial. De tal modo la Constitución de 1994 instala la superioridad de los tratados sobre las leyes y equipara a ciertos tratados con la Constitución.

En su consecuencia, determina el siguiente ordenamiento federal:

1. Constitución y tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional (Art. 75, inc. 22, Parágrafos 2 y 3).
2. Otros tratados internacionales (Art. 75, inc. 22, Parágrafo 1).
3. Leyes nacionales y decretos de necesidad y urgencia.
4. Decretos reglamentarios, delegados y autónomos.

---

que establecía gravámenes para introducir vehículos y abrogaba disposiciones del Convenio Comercial entre Argentina y Estados Unidos del 14 de octubre de 1941.

72. Caso “Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, del 7-7-1993. Ver “Hagelin Ragnar vs. Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 316:3176, 22-12-1993; y “Café La Virginia s.a. s/ apelación”, *Fallos*: 317:1282, 10-10-1994.

Con respecto al carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana en materia de derechos humanos, la Corte ha elegido orientarse en esa materia por la jurisprudencia de la Corte Interamericana como órgano que fija las pautas interpretativas de la Convención Americana y demás instrumentos del sistema de derechos humanos interamericano. Así fundamentó en el fallo “Giroldi” de 1995: “Que, en consecuencia, a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del Artículo 1° de la Convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del Artículo 1.1 de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990)”.

La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido y está establecida por voluntad expresa del constituyente en el Artículo 75, inc. 22, 2° párrafo. De allí que la jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoce competencia a la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana conforme al Artículo 75, CN, Artículos 62 y 64 de la Convención Americana y Artículo 21, Ley N° 23.054<sup>73</sup>.

73. “Giroldi, Horacio D. y otro”, CS, abril 7-995.

## VII. LOS ESFUERZOS DE INTEGRACIÓN A NIVEL SUDAMERICANO

Cabe, por último, hacer una referencia, siquiera somera, a los trabajos que conjuntamente con otros países se han ido realizando, en el camino de integrar esfuerzos en el subcontinente.

El Tratado de Asunción que entró en vigor en diciembre de 1991 fue inscripto en la ALADI como “Acuerdo de Complementación Económica N° 18”. Desde entonces y como es habitual en todos los procesos graduales de integración nuevos acuerdos y protocolos han completado y modificado el Acuerdo Constitutivo dándole un perfil más actual. Así los Protocolos de Brasilia del 17 de diciembre de 1991, el de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994 y el de Olivos del 18 de febrero de 2002, entre otros. El Tratado de Asunción no posee ninguna característica de integración, a saber: supranacionalidad en sentido estricto con estructuras permanentes, medios financieros y personales propios, establecimiento de órganos comunitarios y jurisdiccionales. Es entonces un proceso de integración *in status nascendi*<sup>74</sup>.

Más recientemente, ha surgido otra incipiente estructura, la Unión de Naciones Sudamericanas; es una organización intergubernamental con tendencias supranacionales, que pretende integrar dos bloques, los que a su vez pretenden ser uniones aduaneras, el Mercosur y el Pacto Andino. Su modelo es la Unión Europea, y su tratado constitutivo fue firmado el 23 de mayo de 2008 en el transcurso de la Cumbre de Jefes de Estado en Brasilia. Sus miembros se han inspirado en las Declaraciones de Cuzco del 8 de diciembre de 2004; Brasilia, del 30 de septiembre de 2005 y Cochabamba, del 9 de diciembre de 2006.

Es el último hito en una serie de intentos por lograr la integración efectiva de los países del continente. Muchos entienden, sin embargo, que ya es solo un pedazo de papel. Las diferencias y divisiones regionales que desde décadas afectan al continente no se verán superadas por este nuevo tratado que intenta fusionar las instituciones de integración económica y crear asimismo una integración de carácter político. Las doce naciones que la componen son: Argentina, Bolivia,

74. CAÑARDO, Hernando V., “El Mercosur en su vigésimo aniversario”, *elDial.com*, DC1578, publicado el 12-4-2011.

Brasil, Colombia, Chile, Guyana, Ecuador, Paraguay, Perú, Venezuela, Uruguay y Surinam. Su sede y Secretaría Ejecutiva deben estar en Quito, Ecuador; mientras que el Parlamento está previsto se reúna en Cochabamba, Bolivia<sup>75</sup>.

Una consecuencia de esto ha sido la aprobación del Convenio Constitutivo del Banco del Sur, suscrito el 26 de septiembre de 2009. La Cámara de Diputados, a través de la Ley N° 26.701, se convirtió en el cuarto país en darle ratificación parlamentaria al convenio de constitución de la entidad. El Banco del Sur es una iniciativa que se oficializó en febrero de 2007, cuando el entonces Presidente argentino rubricó el memorando para su creación, con el objetivo de impulsar una alternativa a los organismos tradicionales de crédito. El 9 de diciembre de ese año –un día previo a la asunción de la nueva Presidente–, el proyecto de la entidad fue puesto en marcha formalmente en Buenos Aires por mandatarios y autoridades de los siete países fundadores (Venezuela, Argentina, Brasil, Ecuador, Uruguay, Bolivia y Paraguay), mientras que en septiembre de 2009 ese grupo de naciones firmó en la venezolana isla Margarita el Convenio Constitutivo del Banco del Sur<sup>76</sup>.

### VIII. CONCLUSIONES

En primer lugar queda claro que la Constitución argentina vigente recepta gran parte del *corpus* del derecho internacional general, al incluir las disposiciones en su ordenamiento supremo, siguiendo en parte los postulados del monismo, con primacía del derecho internacional.

Si bien la cláusula de la supremacía fue tomada de la Constitución americana, se ha seguido un camino divergente pues la Argentina otorga supremacía al tratado sobre la ley, tanto por la jurisprudencia de la Corte como por su texto constitucional, que del dualismo

75. CAÑARDO, Hernando V., "La UNASUR", *elDial.com*, DC1382, publicado el 7-6-2010.

76. CAÑARDO, Hernando V., "El Banco del Sur. Ley N° 26.701", *elDial.com*, DC173F, publicado el 7-11-2011.

extremo pasa a un dualismo moderado. Estados Unidos mantiene los postulados del dualismo extremo, como se vio del análisis de su jurisprudencia.

En su interpretación y aplicación –o sea el derecho vigente– puede distinguirse un régimen más estricto en relación a los tratados de derechos humanos en los cuales a partir de la jerarquía constitucional asignada a un grupo significativo, aplicando un criterio similar al de la Corte Europea de Justicia de las Comunidades, hay un seguimiento escrupuloso y aún expansivo con respecto a la doctrina de la Comisión, y a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este criterio está solo reservado al tema de derechos humanos y no a los demás tratados, especialmente los relacionados con los de integración, en los que se tolera sean incumplidos permanente y sistemáticamente.

Como reflexión final de este recorrido por la dimensión internacional de la Constitución en su texto y jurisprudencia, resulta oportuno recordar un tramo del discurso de despedida de George Washington –*George Washington's Farewell Address*–, de 1796. El texto es el adiós de un prócer y Presidente que con toda la sencillez de un ciudadano habla a sus pares, y si bien la parte más conocida es cuando advierte a los Estados Unidos que no forme alianzas fuera de sus intereses naturales, palabras que son recordadas ominosamente cada vez que Estados Unidos interviene en guerras lejanas; en este caso la parte pertinente del texto hace mención a la necesidad de reforzar la Constitución y no reformarla, y a las relaciones comerciales con los demás Estados, dos temas a los que la Argentina y sus dirigentes deberían prestar atención. Con respecto a la Constitución afirma: “Towards the preservation of your government, and the permanency of your present happy state, it is requisite, not only that you steadily discountenance irregular oppositions to its acknowledged authority, but also that you resist with care the spirit of innovation upon its principles, however specious the pretexts. One method of assault may be to effect, in the forms of the Constitution, alterations which will impair the energy of the system, and thus to undermine what cannot be directly overthrown. In all the changes to which you may be invited, remember that time and habit are at least as necessary to fix the true character of governments as of other human institutions; that expe-

rience is the surest standard by which to test the real tendency of the existing constitution of a country; that facility in changes, upon the credit of mere hypothesis and opinion, exposes to perpetual change, from the endless variety of hypothesis and opinion [...]”.

En relación al comercio internacional expresa: “Harmony, liberal intercourse with all nations, is recommended by policy, humanity, and interest. But even our commercial policy should hold an equal and impartial hand; neither seeking nor granting exclusive favors or preferences; consulting the natural course of things; diffusing and diversifying by gentle means the streams of commerce, but forcing nothing; establishing (with powers so disposed, in order to give trade a stable course, to define the rights of our merchants, and to enable the government to support them) conventional rules of intercourse, the best that present circumstances and mutual opinion will permit, but temporary, and liable to be from time to time abandoned or varied, as experience and circumstances shall dictate; constantly keeping in view that it is folly in one nation to look for disinterested favors from another; that it must pay with a portion of its independence for whatever it may accept under that character; that, by such acceptance, it may place itself in the condition of having given equivalents for nominal favors, and yet of being reproached with ingratitude for not giving more. There can be no greater error than to expect or calculate upon real favors from nation to nation. It is an illusion, which experience must cure, which a just pride ought to discard”.

## BIBLIOGRÁFICAS

Reseña a Castaño, Sergio Raúl, *El poder constituyente entre mito y realidad*, Buenos Aires, Instituto de Filosofía del Derecho y Ciencias Afines, Universidad Católica de Cuyo – Sede San Luis, 2012, 112 pp.

Sergio Raúl Castaño es un auténtico científico de la política y de la Teoría constitucional, áreas que viene cultivando desde hace ya muchos años como Investigador del CONICET, Profesor Titular en la Universidad FASTA (San Carlos de Bariloche), ex Profesor de Teoría del Estado en la Universidad Nacional de Buenos Aires (UBA) y docente invitado en diversos países del Viejo Continente. Graduado como Profesor y Licenciado en Filosofía por la UBA, es Doctor por esta última Universidad en el área de Derecho Político y Doctor en Filosofía por la Universidad Abat Oliva. Es autor de varios libros, entre los cuales cabe destacar: *La racionalidad de la ley, Orden político y globalización, Defensa de la política, El Estado como realidad permanente, Principios políticos para una teoría de la constitución, La interpretación del poder en Vitoria y Suárez*, y editor –junto al prestigioso administrativista chileno, Eduardo Soto Kloss– del monumental compendio, *El derecho natural en la realidad social y jurídica*. Además de ello, también tiene un blog personal (<http://sergiorcastano.blogspot.com/>) en el cual publica fragmentos de sus libros, artículos, trabajos breves inéditos, y demás aportes y anuncia la próxima publicación de un libro sobre el tema de la legitimidad en el Estado constitucional.

En esta oportunidad, Castaño nos ofrece una obra que contiene el fruto de sus investigaciones sobre el poder constituyente, la naturaleza del poder político y el concepto de constitución, en un aporte a aquello que –impropiamente– quizás podríamos llamar “parte general” del derecho constitucional, muchas veces tratada demasiado velozmente en los textos de la materia. La importancia de este libro radica en que el poder constituyente es una cuestión focal para el

constitucionalismo y la Teoría constitucional contemporánea y en que la era del neoconstitucionalismo impone –quizás más que nunca– la necesidad de efectuar una revisión crítica de los presupuestos doctrinales, axiológicos, e incluso ideológicos del derecho constitucional y la Teoría Política.

El libro comienza con un prólogo del profesor Orlando J. Gallo –titular ordinario de Derecho Constitucional y Director del Centro de Derecho Constitucional y de la carrera de Especialización en Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica Argentina– y un segundo y relativamente extenso prólogo del prestigioso jurista italiano, Pietro Giuseppe Grasso. Posteriormente, y después de una breve introducción del autor, se desarrollan los capítulos que conforman la obra.

El primero de ellos tiene como título “La naturaleza del poder político”. Castaño explica que trata este tema porque “[l]a locución *poder constituyente* significa una forma o modo del poder político, dado que su término especificante se refiere a una propiedad del orden político (a saber, la constitución). De allí que toda posible inteligencia del concepto del poder constituyente implique necesariamente una aproximación a la esencia del *poder político*” (pág. 21).

Durante este capítulo inicial, el autor desarrolla una serie de tesis, respecto de cada una de las cuales usa el mismo método: en el examen dialéctico de cada una de estas cuestiones planteadas se exponen muy brevemente las posturas de prestigiosos pensadores –contemporáneos o no tanto– y luego las de al menos un exponente distinto del aristotelismo, para terminar con sus propias consideraciones críticas.

*Primera tesis:* “La autoridad política consiste en una función (racional) directiva”. Aquí Castaño niega la reducción del poder político a “coacción organizada al servicio de los fines particulares” (pág. 23) que hace el individualismo y afirma la dirección (racional) como función primordial del poder político.

*Segunda tesis:* “La potestad política supone ontológicamente la realidad de la comunidad política –y, asimismo, se halla investida de supremacía normativa en el ámbito de la comunidad sobre todo otro poder mundanal”. En este punto el autor afirma lo que ha llamado la

“secuencia ontológica del orden político-jurídico”: porque hay un fin común político hay comunidad política; porque existe ésta, hay necesidad de una autoridad política (y de su *jurisdictio*).

*Tercera tesis:* “La potestad política es intrínsecamente (por esencia) bipolar”. Castaño destaca las particularidades de la relación mando-obediencia, refutando la mítica idea de la identificación entre quienes mandan y quienes obedecen, y señalando –entre otras cosas– que “se da una unidad compleja pero orgánica en la relación de mando y obediencia, que invalida la posibilidad de explicar la existencia de tal relación si se desestima el concurso necesario del acuerdo voluntario por parte del subordinado” (pág. 33).

*Cuarta tesis:* “La potestad política recae sobre titulares particulares que la ejercen”. El autor muestra la gran aporía del constitucionalismo respecto de la titularidad del poder, ya que según él, si el ciudadano no puede ni debe ejercer la potestad política es porque este poder “no tiene como sujeto al supuesto titular” (pág. 38), de modo tal que los titulares de la mentada potestad política serían en realidad “solo quienes ejercen el poder político”.

*Quinta tesis:* “La potestad política constituye una propiedad (en el primer analogado del término ‘propiedad’) de la comunidad política, es decir, dada una comunidad política, la existencia de la potestad es necesaria e inderogable (indefectible)”. Castaño rechaza la posibilidad de eliminar las relaciones de subordinación en la vida política, afirmando tanto el derecho de autogobierno de los Estados como la necesidad de la potestad política como una propiedad de la *pólis*.

*Sexta tesis:* “La potestad política no puede ser ejercida sin el concurso de quienes obedecen, el cual concurre asimismo en la determinación de los títulos de quienes mandan”. El autor sostiene que existe “la necesidad de algún grado de anuencia voluntaria para la vigencia de las relaciones de mando y obediencia” (pág. 45), culminando el tratamiento de esta tesis con el estudio del problema del consenso, tanto en su relación con la legitimidad de origen de las autoridades como en su papel en cuanto pretendida causa eficiente del orden constitucional.

Las precisiones del filósofo argentino clarifican el papel del pueblo en asuntos constitucionales fundamentales como la designación de las autoridades.

En el capítulo II (“La naturaleza de la constitución”), habiendo ya estudiado el sentido del término “poder”, el profesor Castaño se dedica al estudio del término “constitución”. La elección del tema de este segundo capítulo se entiende perfectamente justificada, ya que si se está tratando el poder constituyente es menester dilucidar qué se entiende por constitución.

En la primera aproximación por la definición *nominal*, el investigador del CONICET acude a los orígenes y al uso histórico del término en cuestión, recurriendo luego a la tipología de García Pelayo en su *Derecho constitucional comparado*, concluyendo con una síntesis crítica.

Posteriormente, en la búsqueda de la definición *real*, Castaño examina a la constitución entendida como: *orden político, composición nacional, racial y religiosa, tradición política, orden de atribución territorial del poder (formas de Estado), orden de la subordinación (formas de gobierno), la presencia y acción de los factores de poder social, la dinámica política en sus principios culturales e ideológicos, el “sistema político” en relación a los partidos*, y como *la constitución jurídica* –a la cual divide en constitución jurídica total (la que solemos denominar “real” o “material”) y jurídico-formal. Seguidamente, y luego de esta exploración, el autor refiere a un “sentido plenario de constitución” que se identifica con “la complejidad u orden total de la comunidad política”, asumiendo así las diversas acepciones del término anteriormente expuestas.

El tercer capítulo se llama “El poder constituyente como función del poder político. Algunas conclusiones”. Allí Castaño sostiene que no puede identificarse al poder constituyente con la adhesión ciudadana, a la vez que estudia la relación de un supuesto poder constituyente con los sentidos de “constitución” estudiados en el capítulo precedente. Para finalizar, el autor asevera que “[a]unque se aceptaran las categorías constitucionalistas de ‘poder constituyente’ y ‘poder constituido’, solo resultaría lícito entenderlas como una dualidad de funciones en el seno del mismo poder político (correspondiente al ejercicio de las funciones constituyente y constituida), mas no como una distinción real entre dos poderes político-jurídicos” (pág. 84). Castaño también concluye negando fundamento real al principio del

poder constituyente en sentido amplio, si bien –como se relataba unas líneas antes– lo admite “entendido como una de las funciones de la potestad política” (pág. 87).

Como cierre del libro el autor reproduce oportunamente su valioso trabajo, “A propósito de un libro de Bidart Campos: el ‘mito’ de la soberanía del pueblo” –ya publicado hace unos años en su obra, *Principios políticos para una teoría de la constitución*–, que remite al lector a un lúcido si bien breve ensayo de Germán Bidart Campos, *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación* (Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1960), respecto del cual este libro comparte el estudio crítico de ciertos seudo-principios del constitucionalismo.

En numerosas oportunidades los lectores nos cruzamos con libros extensos pero poco profundos. En este caso, la impresión es exactamente la opuesta. Por ello, no es posible dejar de celebrar este nuevo aporte de Sergio Castaño a la Teoría constitucional –y al diálogo académico que debe nutrir a ésta– desde una perspectiva jurídico-política clásica.

*Carlos G. Arnossi*

